

REVISTA
DE CONCORRÊNCIA
E REGULAÇÃO

ANO III • NÚMEROS 11/12
JULHO – DEZEMBRO 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

MA
ALMEDINA



AUTORIDADE DA
CONCORRÊNCIA

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

Ano III • Números 11/12

julho – dezembro 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.º 76-80
3000-167 Coimbra, Portugal
T: 239 851 904
F: 239 851 901
editora@almedina.net
www.almedina.net

EXECUÇÃO GRÁFICA
EDIÇÕES ALMEDINA, SA

Preço avulso desta Revista € 25,00

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

MARÇO 2013

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
- 21 DOUTRINA
- 23 **Doutrina Geral**
- 25 Alexandra Amaro – *Auxílios de Estado e contratos públicos: Os limites do concurso*
- 55 Miguel Sousa Ferro – *Nuclear Law at the European Court in the 21st Century*
- 133 Vinicius de Melo Lima – *Ações neutras e branqueamento de capitais*
- 193 **Dossier temático I**
Arbitragem e concorrência em Portugal e na UE / Arbitration and Competition in Portugal and in the EU
- 195 José Robin de Andrade – *Apresentação sobre a nova Lei de Arbitragem Voluntária e a aplicação do direito da concorrência pelos tribunais arbitrais*
- 215 Laurence Idot – *Arbitration, European Competition Law and Public Order*
- 227 Christopher Hodges – *New Modes of Redress for Consumers and Competition Law*
- 251 Assimakis P. Komninos – *Arbitration and EU Competition Law*
- 305 **Dossier temático II**
Dever de colaboração com as entidades reguladoras / The duty to cooperate with regulatory authorities
- 307 Paulo de Sousa Mendes – *O problema da utilização de elementos recolhidos em ações de supervisão como meios de prova em processo sancionatório*
- 319 Diana Alfafar – *O dever de colaboração e o nemo tenetur se ipsum accusare no direito sancionatório da concorrência*
- 383 Helena Magalhães Bolina – *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados no mercado de valores mobiliários*
- 429 Ana Proença Coelho – *Entre o dever de colaborar e o direito de não se autoinculpar: O caso da supervisão do ICP-ANACOM*
- 467 LEGISLAÇÃO
- 469 **Legislação nacional**

469 Legislação nacional de regulação – julho a dezembro de 2012

475 JURISPRUDÊNCIA

477 **Jurisprudência Geral**

477 Jurisprudência nacional de concorrência – julho a dezembro de 2012

479 Jurisprudência nacional de regulação (CMVM) – julho a dezembro de 2012

483 Jurisprudência de concorrência da União Europeia – julho a dezembro de 2012

491 BIBLIOGRAFIA

493 **Recensão**

Kai Ambos, Luís Pereira Coutinho, Maria Fernanda Palma & Paulo de Sousa Mendes (orgs.) – *Eichmann in Jerusalem – 50 Years After. An Interdisciplinary Approach*, Berlin: Duncker & Humblot, 2012 – Paulo de Sousa Mendes/Luís Pereira Coutinho

499 **Novidades Bibliográficas** – julho a dezembro de 2012

505 ATUALIDADES

511 NOTAS CURRICULARES

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

521 **Órgãos Sociais**

EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

João Espírito Santo Noronha

Luís Silva Morais

Com este número duplo da C&R (compreendendo os números 11 e 12), completamos o terceiro ano consecutivo da publicação desta revista.

Para assinalar o encerramento deste terceiro ano do presente projeto editorial, considerámos apropriado, como sucedeu por ocasião do aniversário da C&R, publicar simultaneamente dois *dossiers* temáticos, num número duplo, apesar de o considerarmos um formato claramente excepcional (privilegiando, por isso, números individuais, tratando-se de uma publicação trimestral).

Três anos representam normalmente um período de tempo curto, mas, em termos de lançamento de um projeto científico e editorial – com as características pretendidas

With this double number (comprehending numbers 11 and 12) of C&R we complete a third consecutive year of publication of the Review.

To mark the completion of the third year of this editorial project we found appropriate, as it had occurred with the second anniversary of C&R, to publish simultaneously two thematic files in a double number of the Review, albeit we intend this to be a clearly exceptional format (privileging henceforth individual numbers of C&R as per our normal quarterly publication period).

Three years represent usually a very short period of time but, in terms of launching a scientific and editorial project – with the characteristics

neste projeto C&R e os seus respectivos obstáculos – isto corresponde já a um apreciável grau de consolidação do projeto (particularmente se considerarmos a muito precária ou transitória natureza de múltiplos projetos científicos em áreas que envolvem um alto grau de conhecimento especializado e que, por isso, estão inclinados para mobilização de um público e leitores mais especializados, enquanto a C&R se propõe atingir gradualmente uma audiência mais vasta, numa base interdisciplinar, económica e jurídica, também fazendo um balanço de um foco alargado de atenção que a crise económica, largamente devida a séries de falhas e omissões de regulação, criou em termos da consideração genérica da regulação económica).

Mais do que isso, fomos confrontados no decurso dos últimos três anos com a poderosa e verdadeiramente excecional aceleração do tempo histórico, no início da crise financeira internacional de 2007-2009, que conduziu a um debate internacional sobre a reforma da regulação financeira, que a C&R já trabalhou em *dossiers* temáticos especiais, mas alargando-se a outras áreas da regulação económica – e também a um considerável debate sobre o papel do direito e da política de concorrência (em tempos de sérias dificuldades económicas e sociais).

aimed for in this C&R project and its corresponding hurdles – this already corresponds to an appreciable degree of consolidation (particularly if we consider the rather precarious or transitory nature of multiple scientific projects in areas that involve a high degree of specialized knowledge and that, accordingly, are prone to mobilize a more specialized readership and public, while we purport to reach gradually a wider audience on an interdisciplinary basis, economic and legal, also taking stock of the widened focus of attention that the economic crisis, largely due to a series of regulatory failures and gaps, has created in terms of understanding economic regulation in general).

Furthermore, we have been confronted in the course of the latest three years with a powerful and quite exceptional acceleration of the historical time in the wake of the international financial crisis of 2007-2009, that has led to an international debate on regulatory reform – largely centered on reform of financial regulation, that C&R has already covered in two special thematic files, but spilling over to other areas of economic regulation – and also to a considerable debate on the role of competition law and policy (in times of serious economic and social distress).

Considerando este ambiente excepcionalmente dinâmico – em termos de regulação económica e de políticas públicas – tivemos o objetivo de lidar com aqueles desafios trabalhando regularmente nestes últimos três anos algumas reformas regulatórias a nível mundial, a nível da UE e também ao nível de Portugal (compreendendo aqui, designadamente, a reforma da Lei da Concorrência, decorrente da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio).

Com este número duplo da C&R procurámos esse objetivo editorial, particularmente através dos dois dossiers temáticos nele incluídos, que compreendem (i) *a arbitragem e o direito da concorrência em Portugal e na UE* e (ii) *o dever de cooperação com as autoridades reguladoras*.

O primeiro dossier temático inclui artigos de José Robin de Andrade, Laurence Idot, Christopher Hodges e Assimakis Komninou e teve a sua principal origem numa conferência realizada em Lisboa, em outubro de 2012, organizada conjuntamente pelo IDEFF (Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito de Lisboa) e pela Direção-Geral de Defesa do Consumidor (DGC).

Tal como referido no artigo de José Robin de Andrade, esta Conferência pretendeu, pela primeira vez em Portugal, analisar a pos-

Given this exceptionally dynamic environment – in terms of economic regulation and public policies – we have purported to cope with such challenges, addressing regularly throughout these latest three years some of the key topics involved in regulatory reforms at worldwide level, at EU level and also at the national level in Portugal (comprehending here namely the reform of National Competition Act, arising from the adoption of Law No. 19/2012, of 8 of May, 2012).

With this double number of C&R we pursue that editorial goal, particularly through the two thematic files included therein, which cover (i) arbitration and competition law in Portugal and the EU and (ii) the duty to cooperate with regulatory authorities.

The first thematic file comprehends articles by José Robin de Andrade, Laurence Idot, Christopher Hodges and Assimakis Komninou and was essentially originated in a Conference held in Lisbon, in October 2012, jointly organized by IDEFF (Institute of Economic Financial and Tax Law of Lisbon Law University) and the Portuguese Directorate-General of Consumer Affairs (DGC).

As referred in the article by José Robin de Andrade, this Conference

sível interação entre a arbitragem e o direito da concorrência, na sequência da aprovação da nova Lei da Arbitragem Voluntária (Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro). Os documentos que resultaram da conferência, incluídos neste *dossier* temático especial, acrescentados e atualizados, baseados neste recente desenvolvimento normativo nacional, nos desenvolvimentos jurisprudenciais relevantes a nível da UE (compreendendo também as sentenças arbitrais em vários Estados membros da UE) e em recentes discussões analíticas sobre esses temas cruciais, especialmente os decorrentes das *Hearings on Arbitration and Competition* da OCDE, de 2010 (com dois estudos notáveis aí apresentados, de Luca di Radicati Brozzolo e Laurence Idot, o segundo dos quais é, compreensivelmente, amplamente referido no artigo de Laurence Idot incluído no nosso dossier temático).

Na verdade, embora o conteúdo de numerosas sentenças arbitrais não seja divulgado publicamente – impedindo, assim, uma maior consciência das potenciais simbioses entre a arbitragem comercial e a aplicação do direito da concorrência – é um facto que, num número crescente de casos de arbitragem, as questões do direito da concorrência são consideradas pelos tribunais arbitrais. A relevância destas simbioses e o seu signifi-

purported for the first in time in Portugal to address the possible interplay between arbitration and competition law enforcement, in the wake of the adoption of the new Portuguese Law on Voluntary Arbitration (Law No. 63/2011 of 14 December). The resulting, expanded and updated papers included in this special thematic file build on this recent normative development (in terms of Portuguese Law), on the relevant jurisprudential developments at EU level (comprehending also arbitral awards in various EU Member States) and on recent analytical discussions of these crucial topics, particularly the ones arising from the 2010 OECD Hearings on Arbitration and Competition (with two remarkable Studies presented therein, of Luca Radicati di Brozzolo and Laurence Idot, the second of which is understandably largely referred to in the article of Laurence Idot included in our thematic file).

In fact, although the content of numerous arbitral awards is not publicly disclosed – thus preventing a wider awareness of the potential crosscurrents between commercial arbitration and the enforcement of competition law – the fact remains that in a growing number of arbitral cases competition law issues

cado para a aplicação do direito da concorrência no contexto decorrente da descentralização na aplicação do direito da UE (desenvolvido desde 2003 e preparado pela Comissão desde 1999) foi compreendida por alguns dos mais notáveis especialistas em política de concorrência, como Claus-Dieter Ehlermann, que, já em 2001, antecipava – no contexto da modernização de 2003 do direito da concorrência da UE, orientada não só para a descentralização, mas também para um campo potencial de *private enforcement* das regras da concorrência – que “no futuro, a Comissão terá de adotar uma abordagem mais positiva em relação à arbitragem, pois esta é uma pré-condição para o exercício de modernização”¹. Os vários artigos incluídos no nosso *dossier* temático especial abordam os diversos desenvolvimentos relevantes que possam promover essa interação virtuosa entre a arbitragem e a aplicação do direito da concorrência e as perspectivas futuras neste domínio ao nível da UE (estendendo-se também essa análise de novas formas de ressarcimento dos consumidores para além dos limites do direito da concorrência e dos limites estritos de arbitragem, lidando também com os proce-

1 Cfr. C-D Ehlermann, I Atanasiu, (eds.), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Hart Publishing, 2003, p. 303.

are raised and taken into consideration by arbitral courts. The relevance of these crosscurrents and its significance for the enforcement of competition law in the context arising from the decentralization in the application of EU competition law (developed since 2003 and prepared by the Commission since 1999) was perceived by some of the most remarkable specialists in competition policy, like Claus-Dieter Ehlermann, who as early as in 2001, already anticipated – in the context of the post 2003 modernization of EU competition law, oriented not only to decentralization but also towards a potential field of private enforcement of competition rules – that “in future the Commission will have to take a more positive stand towards arbitration, as this is a pre-condition for the modernization exercise”¹ The various articles comprehended in our special thematic file comment the various relevant developments that may foster this virtuous interplay between arbitration and enforcement of competition law and the prospects ahead in this domain at EU level

1 See C-D Ehlermann, I Atanasiu, (eds.), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Hart Publishing, 2003, p. 303.

dimentos de resolução alternativa de litígios – RAL).

O artigo de Robin de Andrade, como já foi referido, inicia-se com o novo Direito Português da Arbitragem Voluntária, de 2011, revendo também alguns precedentes portugueses dignos de nota, nos quais as questões do direito da concorrência foram ponderadas pelos tribunais arbitrais (e determinou mesmo o resultado de alguns sentenças arbitrais). O artigo suscita as questões levantadas pela aplicação do direito da concorrência pelos tribunais arbitrais, à luz das disposições pertinentes do direito português sobre arbitragem e dos princípios jurídicos aplicáveis neste domínio, bem como da jurisprudência do TJUE.

O artigo de Laurence Idot, em grande parte fundado na sua já referida comunicação na Conferência de Lisboa de 2012 e no seu estudo apresentado no contexto das *2010 OCDE Hearings*, trata o conceito fundamental da ordem pública e o seu significado e relevância para a aplicação das regras de concorrência da UE por tribunais arbitrais, na esteira da jurisprudência “Eco Swiss” do TJUE, de 1999, mas também das decisões “Mostaza Claro” (2006) e “Asturcom” (2009), casos de direito do consumidor. Também se discutem aí as condições para a apresentação de problemas de direito da concorrência

(extending also that analysis to new forms of redress for consumers beyond the boundaries of competition law and the strict boundaries of arbitration, dealing also with alternative dispute resolution procedures – ADR).

The article by Robin de Andrade, as already referred, starts from the new rules of the 2011 Portuguese Law on Voluntary Arbitration, also reviewing some noteworthy arbitration precedents in Portugal where competition law issues were pondered by arbitral courts (and even determined the outcome of some arbitral awards). The article discusses the issues raised by the application of competition law by arbitral courts in light of the relevant provisions of Portuguese law on arbitration and of legal principles applicable in this domain and of the ECJ jurisprudence as well.

The article of Laurence Idot, largely based on her Communication in the aforementioned Lisbon October 2012 Conference and on her Study presented in the context of 2010 OECD Hearings, discusses the crucial concept of public order and its significance and relevance for the application of EU competition rules by arbitral courts in the wake of ECJ “Eco Swiss” case of 1999, but also of the ECJ “Mostaza

e arbitragem, à luz da jurisprudência relevante dos Estados membros da UE, para concluir, otimistamente, que, apesar de uma discussão teórica persistente neste domínio em cada vez maior número de casos, estão a reunir-se condições para que as questões do direito europeu da concorrência sejam amplamente debatidas nos tribunais arbitrais.

O artigo de Christopher Hodges assume uma perspetiva mais ampla, enveredando pela discussão dos desenvolvimentos ao nível da UE em matéria de ações coletivas, aplicada a ações individuais de dano concorrencial e de RAL de consumo (resolução alternativa de litígios em conflitos que envolvem consumidores e direito do consumidor). O artigo segue e comenta o debate europeu neste domínio, algo parado desde 2008, mas com novas perspetivas em curso, tanto no que diz respeito ao *private enforcement* da concorrência (com um papel relevante a ser, potencialmente, aqui interpretado pela arbitragem *stricto sensu*), e no que diz respeito às iniciativas legislativas da UE para promover meios mais amplos de RAL, compreendendo a mediação e outras alternativas de tipo misto para lidar com conflitos que envolvam comerciantes e consumidores, situadas entre a arbitragem e a mediação (que, no conjunto, podem mudar completamente a paisagem jurisdic-

Claro” (2006) and “Asturcom” (2009) cases in consumer law. It also discusses the conditions to submit competition law problems to arbitration in light of relevant EU Member States case law to conclude, optimistically, that in spite of the persistent theoretical discussion in this domain in more and more cases conditions are being met to have EU competition law issues extensively discussed before arbitral courts.

The article of Christopher Hodges takes a wider perspective and engages in the discussion of developments at EU level on collective redress, applied to private actions for competition damages and to consumer ADR (alternative dispute resolution in conflicts involving consumers and consumer law). It follows and comments the European debate in this domain, somewhat stalled since 2008, but with new prospects currently underway, both as regards private enforcement of competition role (with a relevant role being potentially played herein by arbitration stricto sensu) and as regards EU legal initiatives to foster wider means of ADR, comprehending mediation and other alternative mixed-type alternatives of handling conflicts involving traders and consumers comprehended between

cional europeia e o tipo e o número dos casos que dependem de tribunais judiciais tradicionais nos vários Estados membros da UE, trazendo para a dianteira alguns tipos inteiramente novos de interação entre os órgãos de RAL e as autoridades reguladoras, em vários campos relevantes para a defesa do consumidor). O artigo de Assimakis Komninos aborda amplamente como os litígios do direito da concorrência podem ser objeto de arbitragem, não obstante a sua natureza de ordem pública, analisando criticamente como as sentenças arbitrais podem ser revistas pelos tribunais estaduais sediados na UE com fundamentos de política pública (*ordre public*), em termos que deveriam mesmo levar os árbitros, em determinados casos, a aplicar direito da concorrência da União por sua própria iniciativa (*ex officio*).

Se o primeiro dossier temático sobre arbitragem e direito da concorrência está, em grande parte, escorado no direito da UE, embora abordando também as perspectivas que se colocam neste campo a partir da nova Lei Portuguesa da Arbitragem, de 2011, o segundo *dossier* temático, sobre o dever de cooperar com as autoridades reguladoras, é, em grande parte, orientado para o direito português, ligando e colocando em perspectiva enquadramentos especiais de supervisão das

arbitration and mediation (which, on the whole, may entirely change the European jurisdictional landscape and the type and number of cases relying on traditional judicial Courts in the various EU Member States, also bringing forwards some entirely new kind of interplay between ADR bodies and Regulatory Authorities in various fields relevant to consumer protection).

The article of Assimakis Komninos extensively discusses how competition law disputes may be arbitrable notwithstanding their public order nature and goes on to critically analyze how arbitral awards may be reviewed by EU-based State courts on public policy (ordre public) grounds, in terms that should even lead arbitrators in certain cases to apply EU competition law of their own motion (ex officio).

If the first thematic file on arbitration and competition law is largely anchored on EU law, although also discussing the prospects arising in this field from the new Portuguese Arbitration Law of 2011, the second thematic file on the duty to cooperate with regulatory authorities is largely oriented towards Portuguese law, combining and putting into perspective particular frameworks of supervision of economic activities conducted by some public

atividades económicas, conduzida por algumas autoridades públicas [a Autoridade da Concorrência (ADC), a Comissão de Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) ou a Autoridade Nacional das Comunicações (ICP-ANACOM)] à luz de uma perspetiva transversal e geral sobre os pontos de contacto, relevantes e admissíveis, entre os procedimentos de supervisão e os procedimentos de sancionamento de ilícitos de natureza contraordenacional, no que respeita aos elementos de prova recolhidos àquele nível (como é especialmente abordado no artigo de Paulo de Sousa Mendes).

Assim, voltamos ao tema principal de um dos *dossiers* temáticos do N.º 1 da C&R (o dever de cooperar com os reguladores e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*), mas fazendo uso de uma perspetiva mais ampla e aprofundada, tanto no que diz respeito à extensão das análises nele desenvolvidas como no que concerne à extensão total da sua aplicação em vários domínios da regulação económica.

Por isso, para além de dois artigos sobre o dever de cooperar com a Autoridade da Concorrência, um, de âmbito mais geral, de Diana Alfafar, e outro que, na esteira da aprovação da nova Lei da Concorrência (Lei n.º 19/2012), trabalha as questões específicas e altamente sensíveis do

authorities [Portuguese Competition Authority (ADC), Securities and Exchange Commission (CMVM) or Electronic Communications Authority (ICP-ANACOM)] in light of a general, transversal perspective on the relevant or admissible points of contact between procedures of supervision and procedures of enforcement of misdemeanors of a quasi-criminal nature (processos sancionatórios de contraordenação) as regards elements of proof collected at this latter level (as especially discussed in the article by Paulo de Sousa Mendes).

*Accordingly, we come back to the chief topic of one of the thematic files of No. 1 of C&R (on the duty to cooperate with regulators and the principle *nemo tenetur se ipsum accusare*), but following a wider and deepened perspective both as regards the extension of the analyses developed therein but also as regards the full extension of its application in various domains of economic regulation.*

Therefore, beside two articles on the duty to cooperate with the Competition Authority, one of a more general scope, of Diana Alfafar, and other covering, in the wake of the adoption of the New Competition Act (Law No. 19/2012), the specific and highly sensitive issues of

uso de provas obtidas no decurso de ações de supervisão para efeitos sancionatórios, de Paulo de Sousa Mendes (uma questão que, sem dúvida, irá lançar um frutuoso debate teórico e prático), são cobertas outras questões importantes. Referimo-nos a um artigo de Helena Magalhães Bolina, que, fazendo uso de um apreciável número de decisões judiciais, debate os limites ou as fronteiras do privilégio contra a autoincriminação de entidades supervisionadas pela Comissão de Mercado de Valores Mobiliários, bem como a um artigo de Ana Proença Coelho, que, de uma forma muito original, pretende conciliar o dever de cooperar com as autoridades reguladoras com o privilégio contra a autoincriminação no sector português das comunicações eletrónicas, com base na análise de um caso fictício, usado como ponto de partida.

Passando agora para a habitual secção de doutrina geral, incluem-se no corrente número da C&R dois artigos na área do direito da concorrência e da regulação económica (nomeadamente no que respeita aos sectores financeiro e da energia).

Um dos temas abordados, num artigo de Alexandra Amaro, respeita à relação entre os auxílios de Estado e os contratos públicos. A autora coloca um especial enfoque nas situações em que o Estado, apesar de

the use of proof obtained in the course of actions of supervision for purposes of enforcement of misdemeanors, of Paulo de Sousa Mendes (a matter which will undoubtedly kindle a fruitful theoretical and practical debate), other outstanding issues are covered. We refer to an article, of Helena Magalhães Bolina, which, building on an appreciable number of court cases, discusses the limits or boundaries of the privilege against self-incrimination of entities supervised by the Portuguese Securities and Exchange Commission, and to an article of Ana Proença Coelho, which, in quite an original fashion, purports to reconcile the duty to cooperate with regulatory authorities with the privilege against self-incrimination within the Portuguese sector of electronic communications on the basis of the analysis of a fictitious case used as a starting point of such analysis.

Turning now to the usual Section of General Doctrine, this covers in the current number of C&R both articles in the field of competition law and of economic regulation (namely as regards the financial and energy sectors).

One of the topics covered, in an article by Alexandra Amaro, concerns the relationship between state aids and public procurement activities. A

recorrer aos procedimentos de contratação pública, não pretende satisfazer necessidades próprias, casos em que a análise da qualificação como auxílio de estado não se pode limitar à estrita verificação do cumprimento das regras da contratação, exigindo-se antes uma avaliação dos efeitos da medida estatal segundo o teste do investidor em economia de mercado.

Outro dos artigos integrantes da secção de doutrina geral, da autoria de Vinicius Melo de Lima, analisa a relação entre as chamadas “ações neutras” (ou ações socialmente adequadas) e o fenómeno do branqueamento de capitais.

Por fim, integra a mesma secção um artigo de Miguel Sousa Ferro sobre direito nuclear, no qual o Autor analisa a evolução da jurisprudência da União Europeia desde 2000 neste domínio, identificando e discutindo as questões gerais que se suscitam e apresentando de forma sumária as particularidades de cada caso.

Na sequência deste número duplo, pretendemos alcançar no quarto ano de publicação (2013) a gama de temas-chave que se avizinham, tanto em termos do direito da concorrência da UE e português como de âmbito regulamentar, no seio da turbulência das crises paralelas de mercados de dívida soberana e do setor financeiro, que, especialmente na UE, ainda não foram resolvidos de forma decisiva

special emphasis is placed in situations in which the State, although using public procurement procedures, does not strictly intend to satisfy its own needs or requirements, and that, therefore, call for an assessment of the measures at stake on the basis of the market economy investor principle and not merely to a formalistic approach on the basis of public procurement rules.

The article of Vinicius de Melo Lima discusses the relationship between the so called ‘neutral actions’ (or socially adequate actions) and the rather intractable problem of money laundering.

Finally, the article by Miguel Sousa Ferro extensively reviews the evolution of the case-law of the ECJ and of the European General Court related to nuclear law, especially in the course of the latest decade, identifying some general trends in this field.

Following this double number, we intend to pursue throughout our fourth year of publication (2013) the range of key topics that loom ahead both in terms of EU and Portuguese competition law and regulatory landscape, in the midst of the turbulence of the twin crises of sovereign debt markets and of the financial sector which, particularly in the EU, have not yet been decisively tackled

(apesar das repetidas declarações, a partir de junho de 2012, de chefes de Estado e de governo da UE, que se propõem romper os laços ou espiral perversa entre ambas). Referimo-nos – como questões que devemos ter na nossa agenda crítica nos próximos números da C&R –, por exemplo, (i) aos desenvolvimentos de *soft law* em Portugal, na sequência da aprovação da Lei da Concorrência de 2012, às resoluções de bancos e de reestruturação dos bancos portugueses no contexto da avaliação e acompanhamento das medidas de assistência financeira pública concedidas aos bancos, ou, (ii) a nível da UE, a questões relativas a uma aparentemente maior utilização das decisões de compromissos (como no artigo 9.º do Regulamento 1/2003) em conexão com alegados comportamentos anticoncorrenciais da Google nos mercados de Internet e digitais, ou com o setor de cartões de pagamento e aos acontecimentos futuros no que se refere à reforma do regime de auxílios de Estado (aumentando uma *abordagem dos efeitos* neste domínio, que envolve mais diretamente considerações de política pública e, como tal, mais difícil de conciliar com os efeitos estritamente baseados em considerações de eficiência económica e também envolvendo um maior enfoque nos serviços de interesse económico

(in spite of the repeated statements, as from June 2012, of EU heads of State and government that purport to sever the ties or perverse spiral between those two crises).

As such, we refer – as issues that we shall keep in our critical agenda in the incoming numbers of C&R – e.g., to the ones (i) concerning soft law developments in Portugal, following the adoption of the 2012 Portuguese Competition Act, resolution of banks and restructuring of Portuguese banks in the context of assessment and follow-up measures on public financial assistance granted to those banks, or, (ii) at the EU level, to issues pertaining to an apparently enhanced use of commitment decisions (as per article 9 of Regulation 1/2003) in connection with allegedly anticompetitive actions by Google in the Internet and digital markets or with the payment cards sector, and to prospective developments as regards the reform of state aid regime (further enhancing an effects approach in this domain more directly involving public policy considerations and, as such, harder to reconcile with strictly effects based economic efficiency considerations and also involving a greater focus on services of general economic interest in the wake of the

geral, na esteira da crise económica), os novos desenvolvimentos sobre a aplicação privada do direito da concorrência, que tem sido adiada por parte da Comissão Europeia e, no campo da regulação económica, os novos passos cruciais para a construção da União Bancária Europeia.

economic crisis), new developments on private enforcement of competition law that have been long delayed on the part of the European Commission and, in the field of economic regulation, new crucial steps for the building of the European Banking Union.

C&R

DOCTRINA

Doutrina Geral

DOCTRINA GERAL

AUXÍLIOS DE ESTADO E CONTRATOS PÚBLICOS: OS LIMITES DO CONCURSO

Alexandra Amaro

ABSTRACT: *This paper focuses on the treatment of public procurement activities under state aid rules. The award of a public contract may constitute state aid when the undertaking receives an economic advantage that it would not have obtained under normal market conditions. It has generally been accepted that procurement processes undertaken in accordance with European and national rules replicate such normal market conditions, and, hence, exclude the element of undue economic advantage. Notwithstanding, in situations other than pure procurement transactions, a competitive tender procedure does not suffice to exclude the presence of aid. These cases are not compatible with a formalistic, ticking the box, approach. On the contrary, they demand a substantial effects analysis according to the market economy investor principle. The need for such analysis will be greater if the push for more flexibility and increased scope for negotiations in the 2011 Commission's proposal for new procurement Directives gets approved.*

SUMÁRIO: Introdução. I. Auxílios de Estado. 1. Conceito. 2. Vantagem económica. II. Contratos Públicos. 1. Aquisição de bens e serviços. 2. Venda de bens. 3. Serviços de interesse económico geral. Conclusão.

INTRODUÇÃO

No limiar da adoção de novas regras europeias sobre a adjudicação de contratos públicos e da reforma do regime dos auxílios de estado, cumpre analisar como a Comissão Europeia (Comissão) e os tribunais da União Europeia (UE) têm aferido da presença de auxílios de estado nos contratos públicos. Não se pretende discutir a natureza e limites da interação entre os dois regimes jurídicos. Parte-se do pressuposto que estamos perante regimes que se complementam e que são passíveis de uma aplicação simultânea e pacífica.

Num primeiro momento, revimos brevemente a noção de auxílio de estado e, em particular, o conceito de vantagem económica. Num segundo momento,

analisamos a prática decisória e a jurisprudência europeias sobre a aplicação destes conceitos às diferentes situações de contratação pública. Preocupamo-nos, sobretudo, com a importância que o procedimento concursal tem assumido enquanto mecanismo de controlo e instrumento saneador da presença de um auxílio de estado.

I. AUXÍLIO DE ESTADO

Com o objetivo de assegurar a concorrência no mercado interno, evitar formas de protecionismo (que se consubstanciam em obstáculos às trocas comerciais entre Estados membros), e criar condições homogêneas para a atuação das empresas em toda a UE, são proibidos os auxílios de estado. Esta proibição não é contudo absoluta. O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) reconhece que a intervenção do Estado é, por vezes, necessária para corrigir falhas do mercado, ou por razões de equidade. Para garantir uma economia eficiente e equitativa, o TFUE prevê um conjunto de situações em que o auxílio de estado é considerado compatível com o mercado interno¹; e prevê ainda que em determinadas circunstâncias um auxílio de estado possa ser considerado compatível com o mercado interno². Compete exclusivamente à Comissão determinar se um benefício constitui um auxílio de estado nos termos do n.º 1 do artigo 107.º do TFUE e, caso constitua, se esse auxílio é compatível com o mercado interno³.

1. Conceito

No emblemático acórdão *Steenkolenmijnen*, O Tribunal de Justiça considerou que “[o] conceito de auxílio é mais lato do que o de subsídio, pois não se limita a abranger prestações positivas, como os próprios subsídios, compreendendo também

1 Artigo 107.º, n.º 2 do TFUE.

2 Artigo 107.º, n.º 3 em termos gerais; artigo 106.º, n.º 2 no que respeita aos serviços de interesse económico geral. Para aferir da compatibilidade de um auxílio de estado, a Comissão verifica, em primeiro lugar, se existe de facto um concreto objetivo de interesse comum (quer de eficiência, quer de equidade) na concessão do auxílio; e, em seguida, considera se esse auxílio é (i) adequado, (ii) necessário e (iii) proporcional na prossecução do objetivo de interesse comum identificado.

3 O artigo 108.º do TFUE estabelece um mecanismo de controlo *ex ante*, segundo o qual os Estados membros têm a obrigação de informar a Comissão de qualquer projeto de concessão ou alteração de um auxílio (notificação prévia), não podendo executar as medidas projetadas antes de a Comissão ter adotado uma decisão final (cláusula de suspensão). Qualquer auxílio concedido sem a devida aprovação da Comissão é considerado ilegal e a Comissão tem a obrigação de ordenar a sua recuperação. Existem, no entanto, duas situações nas quais os Estados membros estão isentos da obrigação de notificação prévia: quando o auxílio a instituir é *de minimis*; ou está abrangido pelo Regulamento de Geral de Isenção.

2. Vantagem económica

Segundo a jurisprudência constante “[p]ara apreciar se uma medida estatal constitui um auxílio, há [...] que determinar se a empresa beneficiária recebe uma vantagem económica que não teria obtido em condições normais de mercado. [...] Uma apreciação desse tipo pressupõe a análise económica que tenha em conta todos os factores que uma empresa, que atue em condições de mercado, deveria ter tido em consideração ao fixar a remuneração dos serviços fornecidos”⁹. Por outras palavras, é necessário determinar se um agente económico, de dimensão comparável à entidade pública em apreço, e que atua em condições normais de mercado, teria adotado a mesma medida. Em caso afirmativo, considera-se que a transação realizada pelo Estado está conforme às condições normais do mercado e não confere qualquer vantagem indevida, porquanto essa transação não constitui (ou inclui) um auxílio de estado.

Os acórdãos que forjaram este teste trataram de questões relacionadas com o financiamento de empresas de capitais públicos e estabeleceram o chamado critério do investidor privado. “No caso de uma empresa cujo capital social é detido pelas autoridades públicas, convém nomeadamente apreciar se, em circunstâncias similares, um sócio privado, baseando-se nas possibilidades de rentabilidade previsíveis, abstraindo de qualquer consideração de carácter social ou de política regional ou sectorial, teria procedido a tal entrada de capital”¹⁰.

Sublinha-se que o Tribunal de Justiça expressamente afastou da análise quaisquer considerações de ordem pública. O n.º 1 do artigo 107.º não distingue as intervenções do Estado consoante as suas causas e objetivos, mas, antes, em função dos seus efeitos¹¹. De outro modo, bastaria que um Estado invocasse a legalidade do objetivo da sua intervenção para subtraí-la, sem mais, à aplicação do regime dos auxílios de estado¹².

9 Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de junho de 1996, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) e outros vs. La Poste e outros*, processo C-39/94, Coletânea de Jurisprudência 1996, I-3547, n. 60 e 61.

10 Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de julho de 1986, *Bélgica vs. Comissão Europeia*, processo C-234/84, Coletânea de Jurisprudência 1986, p. 2263, n. 14.

11 Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de julho de 1974, *Itália vs. Comissão Europeia*, processo C-173/73, Coletânea de Jurisprudência p. 359, n. 27.

12 Ver conclusões do advogado-geral A. Tizzano apresentadas em 28 de outubro de 2004 no processo que deu lugar ao acórdão do Tribunal de Justiça, de 3 de março de 2005, *Wolfgang Heiser vs. Finanzamt Innsbruck*, processo C-172/03, Coletânea de Jurisprudência 2005, p. I-1627, n. 45. Caso uma medida constitua um auxílio de estado, os fundamentos e objetivos que lhe são subjacentes relevam para aferir da sua compatibilidade com o mercado interno.

Não obstante, ao comparar a atuação do Estado com um investidor privado há que ter em consideração os interesses a longo prazo. A propósito da entrada de capitais numa empresa, o Tribunal de Justiça precisou que “[...] *embora o comportamento do investidor privado ao qual deve ser comparada a intervenção do investidor público [...] não seja necessariamente o de um investidor normal que coloca os seus capitais com vista à sua rentabilização a mais ou menos curto prazo, ele deve, pelo menos, ser o de uma holding privada ou de um grupo privado de empresas que prossiga uma política estrutural, global ou sectorial, orientado por perspetivas de rentabilidade a mais longo prazo*”¹³.

O critério do investidor privado emana do princípio da igualdade de tratamento entre os sectores público e privado. Ao assumir uma posição neutral quanto à propriedade dos meios de produção, o artigo 345.º do TFUE exige que as regras fundamentais do Tratado, incluindo as regras de concorrência, e em particular o artigo 107.º, n.º 1, sejam aplicáveis indistintamente a empresas públicas e privadas¹⁴. Assim, no que respeita aos investimentos do Estado em empresas de capitais públicos, decorre do princípio da igualdade de tratamento entre empresas públicas e privadas que os capitais postos, direta e indiretamente, à disposição de uma empresa pelo Estado, em circunstâncias que correspondem às condições normais de mercado, não podem ser considerados auxílios de estado¹⁵.

Para saber se uma determinada medida teria sido adotada em condições normais de mercado por um investidor privado, em posição o mais semelhante possível à do Estado, só podem ser tidos em conta os direitos e as obrigações que decorrem da sua qualidade de acionista, com a exclusão daqueles que sobre ele impendem enquanto poder público¹⁶. Porquanto, o critério do investidor privado apenas é aplicável quando o Estado conceder, na sua qualidade de acionista e não na de poder público, uma vantagem

13 Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de março de 1991, *Itália vs. Comissão Europeia (Alfa Romeo)*, processo C-305/89, Coletânea de Jurisprudência 1991, p. I-1635, n. 20.

14 Acórdão do Tribunal Geral de 6 de março de 2003, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale vs. Comissão Europeia*, processos apensos T-228/99 e T-233/99, Coletânea de Jurisprudência 2003, p. II-445, n. 266 e 267.

15 Ver, entre outros, os acórdãos do Tribunal de Justiça, de 21 de março de 1991, *Itália vs. Comissão Europeia*, processo C-303/88, Coletânea de Jurisprudência 1991, p-I-1433, n. 19 e 20; o acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de outubro de 1991, *Itália vs. Comissão Europeia*, processo C-261/89, Coletânea de Jurisprudência 1991, p. I-4437, n. 15; e o acórdão do Tribunal Geral de 12 de dezembro de 1996, *Air France vs Comissão Europeia*, processo T-358/94, Coletânea de Jurisprudência 1996, p. II-2109, n. 70.

16 Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 1994, *Espanha vs Comissão Europeia (Hytasa)*, processos apensos C-278/92 a C-280/92, Coletânea de Jurisprudência 1994, p. I4103, n. 22.

económica à empresa em que participa. As intervenções do Estado enquanto poder político, no desempenho de políticas e funções públicas, não podem ser consideradas aquando da aplicação do teste. No caso *Hytasa*, o Tribunal concluiu que enquanto acionista o Estado; respondia apenas pelas dívidas até ao valor de liquidação dos ativos das respetivas sociedades. Os custos relativos ao pagamento de subsídios de desemprego e aos auxílios à reconstituição do tecido industrial não podiam ser consideradas no cálculo dos custos de liquidação das sociedades, uma vez que decorriam de obrigações enquanto poder público. Nestes termos, a liquidação das sociedades teria sido menos onerosa para um investidor privado que, nessa situação, não teria efetuado os aumentos de capital em apreço, pelo que estes constituíam um auxílio de estado.

Ao distinguir entre as atuações do Estado enquanto acionista de uma empresa e enquanto poder político, a Comissão entendeu apenas aplicar o critério do investidor privado nos casos em que as circunstâncias nas quais o Estado age são comparáveis àquelas que correspondem às condições normais de mercado. Neste sentido, os meios utilizados pelo Estado fazem parte integrante dessas circunstâncias, tanto mais quanto a natureza e características dos meios utilizados não se encontram à disposição de um investidor privado. Por conseguinte, na opinião da Comissão, sempre que o Estado recorresse a meios provenientes das suas prerrogativas enquanto poder público para conceder um benefício, tal benefício não seria considerado na aplicação do critério do investidor privado.

Nestes termos, no recente caso *EDF*, a Comissão considerou que, na medida em que um investidor privado não podia recorrer à isenção de um imposto, como fez o governo francês em relação à EDF, o montante equivalente a esta isenção não podia ser interpretado como uma entrada de capital na empresa. Em causa estava a regularização das contas da EDF e das suas relações financeiras com o Estado francês, na perspetiva da abertura do mercado da eletricidade. Neste processo, os direitos do concedente, que representavam uma dívida da EDF para com o Estado francês, proveniente da entrega gratuita de bens no termo da concessão, foram afetados diretamente à rubrica das dotações em capital, sem transitar pelo balanço dos resultados e, assim, ficaram isentos do imposto sobre as sociedades. A EDF e o Estado Francês alegaram que esta operação contabilística consistia, no fundo, num *atalho* em relação a uma operação com efeitos equivalentes que passaria por afetar como capital um montante líquido depois de cobrado o imposto sobre as sociedades, solicitar o pagamento do imposto correspondente à variação

do ativo líquido, e proceder a uma dotação complementar de capital no montante equivalente ao imposto pago.

Tanto o Tribunal Geral como o Tribunal de Justiça não deram razão à Comissão quando esta afastou a aplicação do critério do investidor privado pelo facto de o meio utilizado pelo Estado consistir num instrumento de política fiscal. O Tribunal Geral referiu que “*o critério do investidor privado tem por objetivo verificar se, apesar de o Estado dispor de meios que um investidor privado não dispõe, este teria, nas mesmas condições, tomado uma decisão de investimento comparável. Por conseguinte, é irrelevante que um investidor privado não possa deter um crédito fiscal*”¹⁷. O Tribunal de Justiça precisou que a aplicação do critério do investidor privado visa evitar que, através de recursos do Estado, a empresa pública beneficiária disponha de uma situação financeira mais favorável que a dos seus concorrentes. [...] Ora, a situação financeira da empresa pública beneficiária não depende da forma como a vantagem é colocada à sua disposição, qualquer que seja a sua natureza, mas do montante de que ela beneficia em definitivo¹⁸. O Tribunal de Justiça concluiu que “*uma vantagem económica, ainda que concedida através de meios de natureza fiscal, deve ser apreciada, nomeadamente, à luz do critério do investidor privado, se se revelar [...], que o Estado-membro em causa, apesar da utilização de meios que decorrem das prerrogativas de poder público, concedeu contudo a referida vantagem na sua qualidade de acionista da empresa que lhe pertence*”¹⁹.

Para determinar se o Estado agiu na sua qualidade de acionista, e não na de poder público, é necessário demonstrar que o Estado adotou, prévia ou simultaneamente à concessão da vantagem, a decisão de proceder a um investimento na empresa pública. Podem ser exigidos elementos que demonstrem que esta decisão se baseia em avaliações económicas comparáveis às que um investidor privado teria efetuado para determinar a rentabilidade futura do investimento – avaliações retrospectivas da efetiva rentabilidade e justificações posteriores à adoção da medida não bastam para demonstrar que o Estado

17 Acórdão do Tribunal Geral de 15 de dezembro de 2009, *Electricité de France (EDF) vs. Comissão Europeia*, processo T-156/04, Coletânea de Jurisprudência 2009, p. II-04503, n. 261.

18 Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de junho de 2012, *Comissão Europeia vs. Electricité de France (EDF)*, processo C-124/10 P, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?pro=&lgrec=pt&nat=&oq p=&dates=&lg=&language=pt&jur=C%2CT%2CF&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&n um=C-124%252F10&td=ALL&pcs=O&avg=&page=1&mat=or&jge=&for=&cid=869590>, (consultado em 14.12.2012), n. 90 e 91.

19 *Idem*, n. 92.

atuou enquanto acionista. Em caso de dúvida, cabe ao Estado demonstrar tal decisão apresentando elementos objetivos e cabe à Comissão efetuar uma apreciação global tendo em consideração não só os elementos fornecidos pelo Estado, mas também qualquer outro elemento que lhe permita fazer essa distinção, nomeadamente a natureza e o objeto da medida, o contexto em que se insere, bem como o objetivo prosseguido. Ainda que tenha reiterado que o n.º 1 do artigo 107.º não distingue as intervenções do Estado consoante o seu objetivo mas consoante os seus efeitos, o Tribunal de Justiça admitiu que o objetivo da intervenção pode ser tido em consideração para determinar se o critério do investidor privado é aplicável²⁰.

Quanto ao argumento de que o investidor privado não podia ter procedido ao investimento naqueles termos, uma vez que este teria que pagar o imposto e não o poderia converter em capital – só o Estado enquanto entidade fiscal podia dispor dos montantes correspondentes ao pagamento do imposto; o Tribunal de Justiça precisou que o sujeito da operação tributável seria uma empresa privada na situação da EDF, e não o seu acionista privado. Porquanto, a aplicação do critério do investidor privado teria permitido determinar se um investidor privado teria fornecido, em condições semelhantes, um montante igual ao imposto devido a uma empresa que se encontrasse numa situação comparável à EDF. Mais, a eventual diferença entre o custo suportado por um investidor privado e o custo suportado pelo investidor público não impede a aplicação do critério do investidor privado. Pelo contrário, a sua aplicação permite exatamente apurar a existência dessa diferença.

No caso em apreço, a aplicação do critério do investidor privado levou à conclusão que o benefício concedido à EDF não constituía um auxílio estatal. Não obstante, ao contrário do que argumentou a Comissão, esta interpretação não permite excluir situações do âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 107.º. Muito pelo contrário, esta interpretação dos Tribunais Europeus alarga o âmbito de aplicação do critério do investidor privado, sujeitando ao seu escrutínio aquelas situações em que o Estado, agindo enquanto acionista, intervém através de prerrogativas do poder político. Sublinhe-se o que o próprio Tribunal de Justiça concluiu: *“o critério do investidor privado não constitui uma exceção que só é aplicável a pedido do Estado membro, quando estão reunidos os elementos constitutivos do conceito de auxílio de Estado incompatível com o mercado comum [...] [Q]uando este critério é aplicável, o mesmo faz parte*

20 *Idem*, n. 84 a 87.

*dos elementos que a Comissão tem de tomar em conta para determinar a existência de um auxílio desse tipo*²¹.

Refira-se que já no caso *Ryanair* o Tribunal Geral tinha considerado que os encargos aeroportuários, incluindo as taxas de aterragem, deviam ser analisados como contrapartida de serviços prestados, e que o facto de estas taxas terem sido fixadas no uso de poderes regulamentares da Região da Valónia era irrelevante, na medida em que as taxas estavam estritamente ligadas à gestão do aeroporto Charleroi, atividade que devia ser qualificada como económica²². Mais, “*a circunstancia de [...] a Região da Valónia dispor de poderes de natureza regulamentar em matéria de fixação das taxas aeroportuárias não exclui que o exame de um sistema de descontos das referidas taxas deva efetuar-se à luz do princípio do investidor privado em economia de mercado, uma vez que tal sistema pode ser aplicado por um operador privado*”²³.

Não obstante as dificuldades práticas em distinguir a atuação do Estado enquanto acionista e enquanto poder público, esta interpretação dos Tribunais da UE tem o mérito de permitir o escrutínio de um maior número de atuações do Estado, de forma a analisar os respetivos efeitos económicos. Convenha-se que o impacto económico da atuação do Estado francês no caso EDF é idêntico, quer se trate de um aumento de capital, quer se trate de um perdão fiscal. No entanto, esta interpretação dos Tribunais permitiu fazer o controle desta atuação do Estado nos termos do n.º 1 do artigo 107.º, o que estaria desde logo excluído segundo a posição formalista da Comissão.

Ao longo dos anos e de acordo com as medidas estatais em análise, os Tribunais da UE e a Comissão foram desenvolvendo outros critérios como o princípio do credor privado, ou o princípio do vendedor privado. Todos eles derivam da mesma proposição: saber se um agente económico, de dimensão comparável à entidade pública em apreço, e que atua em condições normais de mercado, teria adotado medida equivalente àquela adotada pelo Estado.

II. CONTRATOS PÚBLICOS

Ao contratar bens, serviços e empreitadas o Estado pode conferir uma vantagem económica que não teria sido obtida em condições normais de mercado.

21 *Idem*, n. 103.

22 Acórdão do Tribunal Geral de 17 de dezembro de 2008, *Ryanair Ltd. vs. Comissão Europeia*, processo T-196/04, Coletânea de Jurisprudência 2008, p. II-3643, n. 90 a 94.

23 *Idem*, n. 101.

Sempre que o fizer, o contrato celebrado pelo Estado consubstancia um auxílio de estado. Por outras palavras, para determinar a existência de um auxílio, a Comissão verifica se um Estado membro dispense de fundos da mesma forma que um operador privado o faria.

É geralmente aceite que, ao cumprir as regras nacionais e europeias sobre contratação pública, a entidade adjudicante age como um comprador privado e consequentemente a transação assume os contornos de uma transação comercial normal. Este entendimento atribui aos procedimentos concursais de adjudicação a função de verificar a existência de um auxílio de estado. Phedon Nicolaidis defende que um procedimento concursal reflete sempre as condições normais de mercado²⁴, porquanto é sempre capaz de determinar o preço de mercado, não havendo lugar a um auxílio de estado. Não partilhámos esta opinião. Como veremos em seguida, o procedimento concursal não é suficiente para afastar em todas as situações a concessão de um auxílio estatal. Em determinados casos, para aferir da atribuição de uma vantagem económica, o teste do investidor privado não se pode consumir na existência de um procedimento concursal.

1. Aquisição de bens e serviços

A grande maioria dos contratos públicos trata de situações em que o Estado adquire bens, ou serviços, para satisfazer necessidades quer do seu próprio funcionamento, quer dos serviços que presta aos cidadãos.

Na *saga* dos casos *BAP*²⁵ e *P&O European Ferries*²⁶ sobre a compra de cupões de viagem na linha de Ferries Bilbao – Portsmouth pelo governo basco a uma empresa basca, o Tribunal Geral sublinhou que a aquisição pelo Estado de bens ou serviços tem de corresponder às necessidades do Estado, caso contrário não constitui uma transação comercial normal. “*O simples facto de um Estado membro adquirir bens ou serviços nas condições de mercado não basta para que essa operação constitua uma transação comercial normal, se se verificar que*

24 Nicolaidis, 2010: 65–78.

25 Acórdão do Tribunal Geral de 28 de janeiro de 1999, *Bretagne Angleterre Irlande (BAI) vs. Comissão*, processo T-14/96, Coletânea de Jurisprudência 1999, p. II-139. Ao comprar um volume elevado de *vouchers*, o governo basco criou uma procura artificial que beneficiou a empresa Ferris Golfo de Vizcaya (mais tarde denominada P&O European).

26 Acórdão do Tribunal Geral de 5 de agosto de 2003, *P&O European Ferries (Vizcaya) SA/ Comissão*, processos apensos T-116/01 e T-118/01, Coletânea de Jurisprudência 2003, p. II-2957.

*o Estado não tinha uma necessidade real desses bens ou serviços*²⁷. O Tribunal Geral sublinhou ainda que “*o simples facto de uma empresa ter fornecido uma contrapartida a um organismo estatal não demonstra por si só que este último tinha uma necessidade real nos serviços em causa*”²⁸. Neste caso, o Tribunal Geral sugeriu ainda que um concurso público reflete o carácter normal de uma transação comercial: “[a] *necessidade que um Estado membro tem de demonstrar que uma aquisição de bens ou serviços por si efetuada constitui uma transação comercial normal impõe-se sobretudo quando, como no caso vertente, a escolha do operador não foi antecedida de um concurso público aberto que tenha sido objeto de publicidade suficiente. Com efeito, de acordo com a prática constante da Comissão, a existência de um tal concurso público prévio a uma aquisição por um Estado membro é normalmente considerada suficiente para excluir que esse Estado membro pretenda conceder uma vantagem a uma empresa determinada*”²⁹.

No caso relativo aos contratos de aquisição de energia pelo governo polaco, a Comissão sublinhou que o princípio, segundo o qual, o procedimento de concurso é suficiente para excluir a concessão de uma vantagem económica aplica-se quando o Estado adquire bens ou serviços para uso próprio. Naquele caso, o procedimento de concurso teve por finalidade servir objetivos políticos, como a promoção do investimento estrangeiro, a proteção do ambiente e a melhoria da segurança do abastecimento; e não a aquisição de produtos e serviços requeridos pelo Estado. “*Em tais casos, o facto de se ter adotado um procedimento de concurso pode levar apenas à conclusão de que o auxílio se limita ao mínimo necessário para alcançar os objetivos políticos, o que não basta para excluir a presença de auxílio estatal*”³⁰.

Em transações comerciais normais, a Comissão estabelece a presunção ilidível de que um procedimento aberto, transparente e não discriminatório permite determinar o valor da remuneração em condições normais de mercado, e, deste modo, evitar a atribuição de uma vantagem indevida.

Também nos casos de parcerias público-privado e em situações de concessões a Comissão aplicou esta presunção ilidível. No caso paradigmático

27 *Idem*, n. 117.

28 *Idem*, n. 120. No mesmo sentido ver o n. 71 do acórdão BAI, *supra* referido.

29 *Idem*, n. 118.

30 Decisão da Comissão de 25 de setembro de 2007, *Contratos de Aquisição de Energia - Polónia*, processo C-43/2005, OJ 2009 L83/1, n. 219.

*London Underground Public Private Partnership*³¹, a Comissão explicitou o que entende por um procedimento aberto, transparente e não discriminatório: (i) aberto – o procedimento é amplamente publicitado e concede aos interessados tempo suficiente para apresentarem as suas propostas; (ii) transparente – todos os critérios, condições e obrigações são claros e estão predeterminados; (iii) *não discriminatório* – inexistência de elementos procedimentais que permitam excluir, desde logo, potenciais interessados (por exemplo, nada deve impedir o acesso por todos os interessados à informação disponibilizada). Esta foi a primeira decisão da Comissão sobre acordos de parceria público-privada. Mais relevante, nesta decisão, a Comissão aceitou que o prestador de serviços fosse selecionado através de um procedimento de negociação e pela proposta economicamente mais vantajosa. A Comissão não levantou objeções quanto ao tipo de procedimento e critério de adjudicação escolhidos, por considerar que não houve qualquer elemento discriminatório no procedimento que pudesse ter levado à exclusão de uma melhor oferta para a mesma qualidade de serviço.

A *ratio* desta presunção ilidível assenta no conceito de “concorrência para (obter) o contrato” (*competition for the contract*) que, de facto, as diretivas sobre contratação pública pretendem promover. Ao criar-se uma pressão concorrencial entre os candidatos eliminam-se, por um lado, situações de favoritismo e discriminação e, por outro, assegura-se o melhor preço. Porquanto, a “concorrência para (obter) o contrato” permite encontrar o equilíbrio entre as obrigações impostas e as vantagens concedidas pelo contrato público, eliminando assim a atribuição de qualquer vantagem económica indevida.

Neste sentido, o procedimento de concurso assume uma dupla função. No regime da contratação pública, garante o acesso ao mercado em condições de igualdade, não discriminação, e garante o melhor preço. No regime dos auxílios de estado, permite encontrar o preço de mercado e, desta forma, garantir que não sejam concedidas vantagens indevidas³².

31 O caso refere-se ao financiamento e reestruturação do metro de Londres. De acordo com o projeto notificado, a existente empresa pública seria dividida em quatro empresas: uma empresa responsável pela prestação de serviço de transporte (que se manteria de capital público); e três empresas responsáveis, cada uma delas, pela manutenção e renovação das infraestruturas de um dos três grupos de linhas de metro. Decisão da Comissão de 2 de outubro de 2002, *London Underground Public Private Partnership-Reino Unido*, processo N 264/2002, disponível em http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result&policy_area_id=3&case_number=N264/2002.

32 Neste sentido Sánchez, 2012b: 9.

Não obstante, nem sempre o recurso a um procedimento de concurso permite afastar a atribuição dum auxílio. Naquelas situações em que a intervenção do Estado tem por efeito suplementar ou completar o mercado, surgem outras vantagens económicas além de uma remuneração excessiva que não são afastadas pelo procedimento de concurso. Nestes casos, as vantagens atribuídas ao prestador do serviço podem consistir, por exemplo, na redução do risco, no aumento da capacidade, no alargamento da base de clientes, ou seja, vantagens decorrentes de ser o primeiro a atuar (*first mover advantage*). Nestas situações, não só o prestador de serviço mas também terceiros podem ser beneficiados. Os últimos podem, por exemplo, beneficiar de um novo serviço, ou beneficiar de um serviço existente em condições mais favoráveis.

A prática decisória da Comissão sobre aplicação do regime de auxílios estatais às intervenções do Estado para implementação de redes eletrónicas de banda é pródiga em situações em que o Estado “suplementa” o mercado. Veja-se, a título de exemplo, o caso *Banda larga de alta velocidade*, sobre a implementação de redes de nova geração em zonas rurais. A Comissão concluiu: “[e]mbora um processo de concurso concorrencial permita em geral reduzir o montante de apoio financeiro requerido, o auxílio permitirá também que os operadores prestem serviços extremo-a-extremo em princípio a preços mais baixos do que aqueles que cobriam se tivessem de suportar eles próprios todos os custos, atraindo assim mais clientes do que em condições normais de mercado.” A Comissão considerou também que terceiros operadores de rede seriam indiretamente beneficiados na medida que teriam acesso por grosso à nova rede. Mais, os próprios utilizadores finais profissionais (ou seja, empresas na aceção do n.º 1 do artigo 107.º) beneficiariam “em última instância da melhoria dos serviços e da cobertura de banda larga, o que não seria disponibilizado numa base exclusivamente comercial”³³.

Sublinhe-se que já no caso *Welsh Public Network Scheme*³⁴, relativo à contratação de serviços de rede em banda larga para organismos públicos, a análise da Comissão não se cingiu à verificação do procedimento de concurso. Além de ter constatado que as regras da Diretiva 2004/18/CE foram cum-

33 Decisão da Comissão de 19 de janeiro de 2010, *Banda larga de alta velocidade*, processo N 252/2010, disponível em http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result&policy_area_id=3&case_number=N252/2010 (consultado em 14.12.2012).

34 Decisão da Comissão de 30 de maio de 2007, *Welsh Public Network Scheme* – Reino Unido, processo N 46/2007, disponível em http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result&policy_area_id=3&case_number=N46/2007 (consultado em 14.12.2012).

pridas, a Comissão aferiu, ainda, se o contrato conferia outras vantagens. Em particular, se do contrato resultava um aumento de capacidade do provedor selecionado que pudesse ser explorado comercialmente após a sua conclusão. A Comissão verificou também se terceiros operadores podiam ser beneficiados. Como, no caso de ser necessária, a nova infraestrutura seria sempre de pequena dimensão, a sua implementação não era suscetível de alterar a capacidade do provedor selecionado, nem as condições de acesso por grosso por parte de terceiros operadores.

As situações em que o Estado contrata um serviço com o efeito de suplementar o mercado não são muito diferentes daquelas situações em que o Estado atribui um subsídio para desenvolver determinados mercados. Nestas situações, o facto de o Estado selecionar as empresas beneficiárias através de um procedimento de concurso pode limitar o montante dos subsídios a atribuir e, mais importante, garantir que esses subsídios sejam atribuídos às empresas mais eficientes; mas não permite eliminar a existência de vantagens económicas que o próprio subsídio encerra, tais como redução dos custos e aumento da capacidade. A título de exemplo, veja-se a conclusão da Comissão no caso sobre os auxílios à capacidade de reciclagem de papel para impressão e escrita concedidos pelo Reino Unido: “[o]s procedimentos de seleção abertos à concorrência podem assegurar que o montante da subvenção se limite ao mínimo, mas não suprime o carácter de auxílio da medida. A medida falseia ou ameaça falsear a concorrência, na medida em que pode cobrir uma parte significativa dos custos de investimento, permitindo assim que o beneficiário cobre um preço inferior pelo papel para impressão e escrita que produz. A medida afetarà o mercado de papel novo, mas também o mercado de resíduos de papel, que constitui uma mercadoria valiosa para a indústria do papel³⁵.

Nestes termos, não podemos concordar com Phedon Nicolaidis quando refere que também nestes casos o procedimento de concurso pode refletir as condições normais de mercado e nessa medida excluir a atribuição de uma vantagem indevida. Nestes casos, segundo o autor, a Comissão interpretou as *condições normais de mercado* no sentido de condições de mercado em concorrência perfeita, em vez de condições concorrenciais existentes no mercado no momento imediatamente anterior à intervenção do Estado. Por esta razão, a

35 Decisão da Comissão de 28 de novembro de 2007, relativa ao auxílio concedido no âmbito dos programas de ação relativos aos resíduos e recursos: auxílios à capacidade de reciclagem de papel para impressão e escrita notificado pelo Reino Unido, processo C-45/05, JO L155/20de 13.6.2008.

Comissão não reconheceu que, naqueles casos, o procedimento de concurso refletia as condições concorrenciais existentes à data da intervenção estatal e não permitia que o operador selecionado obtivesse um retorno anormal. Anormal, não em relação a uma situação hipotética de concorrência perfeita, mas em relação ao que os seus concorrentes estavam dispostos a aceitar. Aliás, as propostas dos candidatos refletiam as suas considerações sobre os benefícios e riscos do “novo” mercado³⁶.

Em nossa opinião, não se trata da forma como a Comissão e, acrescentando-se, os Tribunais da UE têm interpretado *as condições normais de mercado*. A questão é muito mais simples, prende-se com os próprios limites dos procedimentos concursais. Recorde-se que estes procedimentos estão desenhados para promover a concorrência (*strito sensu*) a nível da atribuição do contrato e, assim, garantir o melhor valor possível. Só em verdadeiros *bidding markets* estes procedimentos podem, por si só, promover a concorrência (*lato sensu*) a nível do mercado³⁷. Ora, os contratos públicos que têm por efeito complementar o mercado não têm lugar em verdadeiros *bidding markets*³⁸, nem constituem uma transação comercial normal que poderia ter sido realizada por um operador privado segundo uma lógica de rentabilidade.

2. Venda de bens

Também nas situações em que o Estado vende bens se aplica o critério do investidor em economia de mercado para determinar se a venda atribui alguma vantagem que não teria sido conseguida em condições normais de mercado. Uma vez mais, o procedimento concursal surge como um dos instrumentos para encontrar o preço de mercado e nesta medida afastar a presença de qualquer elemento de auxílio. Em relação a valores mobiliários, o outro instrumento é a venda em bolsa³⁹.

³⁶ Ver, neste sentido, Nicolaidis, 2010: 76-78.

³⁷ Sánchez, 2009: 4.

³⁸ Determinadas concessões, em particular aquelas relacionadas com a exploração de infraestruturas gerais, têm lugar em verdadeiros *bidding markets*.

³⁹ A respeito das privatizações, num primeiro momento, a Comissão considerou que a avaliação efetuada por consultores independentes teria igual eficácia que a venda em bolsa e o concurso para determinar o preço de mercado. No entanto, mais tarde, a Comissão retifica a sua posição e relega a avaliação efetuada por consultores independentes para um segundo plano. Ver neste sentido a decisão da Comissão de 30 de janeiro 2002, OJ L 314/62, C (2002) 316, *Gothaer Fahrzeugtechnik*; e a decisão da Comissão de 8 de setembro 1999, OJ L 206/6, C (1999) 3148, *Stardust Marine*.

No que concerne à venda de bens através de um procedimento concursal, não é suficiente que este procedimento seja aberto, transparente e não discriminatório. É também necessário que o processo de concurso seja incondicional.

A propósito da privatização de empresas, a Comissão referiu já no seu XXI Relatório Anual que “[e]m termos gerais, não se está em presença de qualquer auxílio quando as participações são vendidas à proposta mais elevada em consequência de um processo de alienação público e incondicional”⁴⁰. Na decisão *Hytasa*⁴¹, a Comissão explicitou que o facto de a venda ser realizada pelo preço mais elevado não é suficiente para assegurar a inexistência de qualquer elemento de auxílio estatal, quando o Estado impõe condições ao adquirente. No presente caso, o adquirente teria de realizar um programa de reestruturação para garantir a viabilidade da empresa; não podia, durante um determinado período, alienar o capital adquirido; e teria de renunciar ao crédito que a empresa detinha sobre o Estado. Esta decisão foi impugnada para o Tribunal de Justiça que, na falta de contestação das autoridades espanholas sobre as condições apostas à venda, rejeitou o argumento, invocado pelas mesmas, de que a Comissão errou ao considerar que o processo de concurso foi condicional⁴².

No XXIII Relatório Anual, e ainda a respeito das privatizações, a Comissão explicitou que o “concurso público [devia ser] [...] incondicional relativamente a outros atos, tais como a aquisição de outros ativos que não os objeto do concurso ou a continuação do funcionamento de determinadas atividades”⁴³. O critério da incondicionalidade justifica-se na medida em que tais condições têm impacto negativo na rentabilidade da venda, quer por levarem a uma diminuição do valor do ativo, quer por levarem à exclusão de potenciais investidores, criando uma situação que não reflete as condições normais do mercado.

No caso *Centrale del Latte di Roma*, a Comissão considerou que apenas aquelas condições que levavam à discriminação entre potenciais adquirentes podiam afastar a presunção de que a venda tinha sido realizada pelo melhor

40 XXI Relatório sobre Política da Concorrência, 1991, ponto 248, p. 175.

41 Decisão 92/317/CE da Comissão de 25 de março de 1992, JO L117, 26.06.1992, pp. 54-64.

42 Ao citar a parte da decisão da Comissão relativa à insuficiência da adjudicação pelo melhor preço quando são impostas condições para afastar a existência de um auxílio de estado, o Tribunal indicou que partilhava do mesmo entendimento - acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 1994, *Espanha vs. Comissão Europeia (Hytasa)*, processos apensos C-278/92 e C-280/92, Coletânea de Jurisprudência 1994, p. I4103, n. 28 e 29.

43 XXIII Relatório sobre Política da Concorrência, 1993, ponto 403, p. 260.

preço⁴⁴. Neste termos, a Comissão aceitou a obrigação do adquirente em manter um certo nível de emprego, de desenvolver um plano industrial, e de comprar pelo menos 80% da sua matéria-prima junto dos produtores de leite locais.

Esta interpretação da Comissão não resistiu, todavia, ao tempo e, em decisões mais recentes, a Comissão regressou ao seu antigo entendimento. Nos casos em que a venda é sujeita a condições, mesmo quando realizada pela proposta de valor mais elevado, subsiste a possibilidade de concessão de um auxílio estatal, se o preço que o investidor privado pagou foi inferior àquele que teria pago na ausência de tais condições.

A Comissão tem afastado a presunção da inexistência de um auxílio de estado quando a venda é sujeita a condições que, mesmo que não discriminem entre candidatos, contribuem para a redução do preço. A título de exemplo, veja-se o caso *Automobile Craiova*, no qual a Comissão concluiu: “*um agente económico não terá interesse em manter tais condições (nomeadamente as que consistem em manter o nível de emprego, em beneficiar a região em causa, ou em garantir certo nível de investimento), mas em vender a empresa ao candidato que apresente a proposta mais vantajosa e que será livre, a partir de então, de decidir o futuro da empresa ou dos ativos adquiridos*”⁴⁵. Refira-se que as condições que são prática corrente em transações comparáveis entre operadores privados (como por exemplo: certas formas clássicas de indemnização, a prova da solvabilidade do candidato ou o respeito pela legislação laboral) não são, à partida, suscetíveis de reduzir o preço, e nessa medida são aceites.

Quanto ao critério de adjudicação, embora nas suas linhas de orientação a Comissão mostre preferência pelo critério do preço mais alto⁴⁶, na sua prática tem aceite o critério da proposta mais vantajosa. No caso *Bank Burgenlander*⁴⁷, a Comissão referiu que um operador económico que atua em economia de mercado pode, todavia, escolher uma proposta mais baixa, quando a

44 Decisão (2000/6287EC) da Comissão de 11 de abril 2000, JO L265/15, de 19.10.2000, n. 91

45 Decisão (2008/717/CE) da Comissão de 27 de fevereiro de 2008, JO L239, de 06.09.2008, n. 53.

46 Ainda recentemente, a Comissão referiu que, para evitar a existência de um auxílio de estado, a privatização deve ser realizada em bolsa ou através de um processo de concurso aberto, transparente, incondicional e pela melhor oferta - ver linhas de orientação da Comissão sobre o funcionamento, a reestruturação e privatização de empresas públicas, Documento de trabalho dos serviços da Comissão, 10.02.2012.

47 Decisão da Comissão de 30 de abril de 2008, *Bank Burgenland – Áustria*, processo C-56/2006, n. 119, disponível em http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result (consultado em 14.12.2012).

no quadro da venda, ou se teria optado pela sua liquidação⁵¹. No cálculo dos custos da liquidação não são tidos em conta os auxílios de estado de que a empresa foi beneficiária, sob pena de não se respeitar a distinção entre obrigações do Estado enquanto poder público e enquanto agente económico⁵².

A respeito da venda de terrenos e imóveis públicos, a Comissão estabeleceu, uma vez mais, a presunção ilidível de que o processo de concurso aberto, transparente e incondicional afasta a existência de um elemento de auxílio⁵³. No caso *Business Infrastructure Development*, sobre o financiamento de projetos de desenvolvimento imobiliário, a Comissão alargou o âmbito de aplicação desta presunção às situações de locação. Nesta decisão, a Comissão esclareceu ainda que a aquisição e desenvolvimento de terrenos e imóveis para venda a terceiros (não identificados) constituem, à semelhança da construção de infraestruturas, atos de natureza pública. Não há, nestes casos, a atribuição de uma vantagem, na medida em que os compradores finais adquirem os terrenos ou edifícios pelo valor de mercado⁵⁴.

3. Serviços de Interesse Económico Geral

Ao contratar serviços de interesse económico geral (SIEG)⁵⁵, o Estado também pode conceder ao prestador desses serviços uma vantagem económica. A aplicação do regime dos auxílios de estado aos SIEG prende-se com o financiamento destes serviços. Recorde-se que o financiamento dos SIEG pode ser realizado por outras formas além do pagamento de uma remuneração estabelecida por contrato, tais como, por exemplo, o pagamento de sub-

51 Ver, por exemplo, o acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de janeiro de 2003, *Alemanha vs. Comissão Europeia (Gröditzler)*, processo C-334/99, Coletânea de Jurisprudência 2003, p. I1139, n. 133.

52 Vide acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 1994, *Espanha vs. Comissão Europeia (Hytasa)*, processos apensos C-278/92 e C-280/92, Coletânea de Jurisprudência 1994, p. I4103, n. 22; e o acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de janeiro de 2003, *Alemanha vs. Comissão Europeia (Gröditzler)*, processo C-334/99, Coletânea de Jurisprudência 2003, p. I1139, para. 134.

53 Neste sentido ver a Comunicação da Comissão (97/C 209/03) no que respeita a auxílios estatais no âmbito da venda de terrenos e imóveis públicos.

54 Decisão da Comissão de 12 de janeiro de 2001, *Business Infrastructure Development - Reino Unido*, processo 657/1999, disponível em http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result (consultado em 14.12.2012).

55 Por SIEG entendem-se aquelas atividades económicas sujeitas a obrigações específicas de serviço público. O debate e a evolução jurisprudencial sobre este conceito e os seus elementos estão fora do escopo do presente artigo.

venções anuais, um tratamento fiscal vantajoso, ou contribuições sociais mais baixas.

Ao longo dos anos, o Tribunal de Justiça oscilou entre diferentes teses sobre a aplicação do regime dos auxílios de estado ao financiamento dos SIEG.

Segundo a tese do auxílio de estado, o financiamento concedido pelo Estado a uma empresa para a prestação de um SIEG constitui um auxílio nos termos do artigo 107.º, n.º 1, que pode ser compatível com o mercado interno caso estejam reunidas todas as condições do artigo 106.º, n.º 2, em particular se respeitar o princípio da proporcionalidade.

No caso *FFSA*⁵⁶, o Tribunal Geral considerou como auxílio de estado o benefício fiscal concedido à empresa *La Poste* que, paralelamente à gestão do serviço público de correio, desenvolvia outras atividades económicas sujeitas ao regime de concorrência. Neste acórdão, o Tribunal considerou irrelevante, para efeitos da qualificação como auxílio de estado, o facto de a vantagem financeira ser atribuída para compensar o custo de obrigações de serviço público; tal facto apenas relevava para aferir da compatibilidade de tal auxílio com o mercado interno.

O *rationale* desta qualificação é explicitado, mais tarde, no caso *SIC/Comissão*, quando o Tribunal Geral concluiu que “*o facto de [...] a concessão de dotações [financeiras] apenas ter por objectivo compensar o encargo suplementar resultante das missões de serviço público assumidas pela RTP não as faz escapar à qualificação de auxílios de estado na acepção do artigo [107.º] do Tratado. Com efeito, o artigo [107.º], n.º 1, não faz distinção segundo as causas ou os objectivos das intervenções estatais, mas apenas define-as em função do seus efeitos*”⁵⁷. Este entendimento é mais tarde confirmado pelo Tribunal de Justiça no caso *França/Comissão*. A adoção desta tese tem a consequência prática de obrigar os Estados membros a notificar a Comissão sempre que confiam a gestão de um SIEG a uma empresa; e sujeitá-los a um dever de *non facere*.

Os tribunais da UE pareciam, assim, ter-se afastado da tese da compensação que fundamentou as suas primeiras decisões nesta matéria⁵⁸. Segundo esta tese, o financiamento estatal da prestação de SIEG constitui um auxílio

56 Acórdão do Tribunal Geral de 27 de fevereiro de 1997, *Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA) e outros vs. Comissão Europeia*, processo T-106/95, Coletânea de Jurisprudência 1997, p. II-229.

57 Acórdão do Tribunal Geral de 10 de maio 2000, *SIC vs. Comissão Europeia*, processo T-46/97, Coletânea de Jurisprudência 2000, p. II-2125, n. 82 e 83.

58 Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de Fevereiro de 1985, *ABDHU*, proc. 240/83, Recueil 1985-2, p. 531, n. 16-21.

de estado, na aceção do n.º 1 do artigo 107.º, somente se, e na medida em que, a vantagem económica que confere exceder uma remuneração adequada ou os custos adicionais da prestação desses serviços.

Esta tese regressou, contudo, à jurisprudência dos Tribunais da UE no acórdão *Ferring*. Neste caso, o Tribunal concluiu que a isenção fiscal consubstanciava uma vantagem para os distribuidores-grossistas, mas tal vantagem só constituiria um auxílio de estado na medida em que excedesse os custos adicionais suportados pelos distribuidores-grossistas no cumprimento das suas obrigações de serviço público⁵⁹.

Em 2003, o Tribunal de Justiça tempera o seu entendimento e acolhe também a tese *quid pro quo*. De acordo com esta tese, a compensação de SIEG não constitui um auxílio de estado quando existe uma ligação direta e manifesta entre o financiamento estatal e as obrigações de serviço público. Neste termos, o acórdão *Altmark* acolhe elementos da tese da compensação e da tese *quid pro quo*: a compensação pela prestação de um SIEG não constitui um auxílio de estado quando (i) exista uma ligação direta e manifesta entre o financiamento e as obrigações de serviço público e (ii) a compensação corresponder a uma remuneração adequada aos custos suplementares gerados por essas mesmas obrigações de serviço público⁶⁰. Este acórdão estabelece o atual teste para aplicação do regime dos auxílios de estado à compensação de SIEG.

Em *Altmark*, o Tribunal de Justiça concluiu que a compensação pela prestação de obrigações de serviço público não constitui um auxílio de estado quando estão reunidas as seguintes condições: (i) a empresa beneficiária deve efetivamente ser incumbida do cumprimento de obrigações de serviço público e essas obrigações devem estar claramente definidas; (ii) os parâmetros com base nos quais será calculada a compensação devem ser previamente estabelecidos de forma objetiva e transparente; (iii) a compensação não pode ultrapassar o que é necessário para cobrir total ou parcialmente os custos ocasionados pelo cumprimento das obrigações de serviço público, tendo em conta as receitas obtidas, assim como um lucro razoável; (iv) a escolha do

59 Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de novembro de 2001, *Ferring vs. ACOSS*, processo C-53/00, Coletânea de Jurisprudência 2001, p. I-9076, n. 20-29.

60 A solução de conciliar elementos da tese da compensação com elementos da tese *quid pro quo* foi preconizada pelo Advogado-Geral Jacobs nas suas conclusões sobre o caso GEMO, proferidas um ano antes do acórdão *Altmark* (conclusões do advogado-geral de 30 de abril de 2002, GEMO, processo C-126/01, Coletânea de Jurisprudência 2002, p. I-13772).

beneficiário não pode efetuada através de um processo de concurso público, o nível da compensação necessária deve ser determinado com base numa análise dos custos que uma empresa média, bem gerida, teria suportado para cumprir estas obrigações, tendo em conta as respetivas receitas, assim como um lucro razoável⁶¹. Embora o Tribunal tenha criado este teste a propósito dos serviços de transporte, sujeitos às regras do (atual) artigo 93.º que constituiu uma lei especial face ao artigo 106.º, o Tribunal confirmou que o teste deve ser aplicado a todos os outros SIEG.

A respeito da quarta condição, sublinha-se que na parte decisória do acórdão *Altmark*, o Tribunal não se referiu a um processo de concurso público, “capaz de prestar os serviços ao menor custo para a coletividade” como o fez na sua fundamentação⁶². Não obstante a clara intenção de utilizar o concurso público para garantir custos competitivos, o objetivo principal deste critério não é, no nosso entender, encontrar o menor custo em termos absolutos, mas encontrar o custo competitivo menor possível, que exclua ineficiências. No acórdão *BUPA*, o Tribunal Geral referiu que “à luz da finalidade da quarta condição enunciada no acórdão *Altmark*, [...] a Comissão estava [...] obrigada a assegurar-se de que a compensação prevista [...] não implicava a possibilidade de indemnizar custos que pudessem resultar de uma falta de eficiência”⁶³.

No entanto, este não parece ser o entendimento da Comissão, que adota uma posição mais restritiva. Na nova Comunicação sobre a aplicação do regime dos auxílios de estado à compensação de serviços de interesse económico geral, a Comissão declara “[c]om base na jurisprudência do Tribunal de Justiça, a realização de um procedimento de contrato público só exclui a existência de auxílios se permitir a seleção do concorrente com capacidade para prestar o serviço ao menor custo para a coletividade”⁶⁴ (aliás, a Comissão faz sempre referência à

61 Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de julho de 2003, *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg vs. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, processo C-280/00, Coletânea de Jurisprudência 2003, p. I-7747.

62 *Idem*, n. 89.

63 Acórdão do Tribunal Geral de 12 de fevereiro de 2008, *British United Provident Association Ltd (BUPA) e outros vs. Comissão Europeia*, processo T-289/03, Coletânea 2008 II-81, n. 249.

64 Comunicação (2012/C 8/02) da Comissão relativa à aplicação das regras em matéria de auxílios estatais da União Europeia à compensação concedida pela prestação de serviços de interesse económico geral, JO C8/04, de 11.1.2012, n. 65.

quarta condição do acórdão *Altmark* tal como estabelecida na fundamentação do acórdão e não na parte decisória).

A Comissão dá uma maior ênfase aos aspetos relacionados com os custos, delegando para segundo plano aspetos qualitativos da prestação destes serviços. Isto é evidente na escolha do critério de adjudicação. A Comissão afirma: “o *preço mais baixo* preenche evidentemente o quarto critério *Altmark*. A *proposta economicamente mais vantajosa* pode também ser considerada suficiente, desde que os critérios de adjudicação, incluindo os critérios ambientais, ou sociais, estejam estreitamente relacionados com o objeto do serviço prestado e permitam que a proposta economicamente mais vantajosa corresponda ao valor de mercado.” A exigência de uma estrita ligação entre os critérios de adjudicação e o objeto do serviço é conforme às regras sobre contratação pública. Não obstante, ao exigir que a proposta economicamente mais vantajosa corresponda ao valor de mercado, parece indicar que esta proposta não poderá ser aceite se outras houver de valor mais baixo. Ao adoptar-se a proposta mais vantajosa, o que se pretende é identificar a proposta que apresenta a melhor relação qualidade/preço⁶⁵.

Esta posição restritiva da Comissão estende-se também à escolha do procedimento concursal. Sublinhe-se que ao utilizar a expressão “um processo de concurso público”, o Tribunal não se referiu exclusivamente ao concurso público, mas a todos os procedimentos de contratação pública⁶⁶. Não obstante, a Comissão dá clara preferência ao concurso público. Em determinadas situações, aceita o concurso limitado, e só em circunstâncias excecionais admite o procedimento por negociação com anúncio e o diálogo concorrencial. A Comissão exclui o procedimento por negociação sem anúncio, alegando que este não garante a escolha de um operador com capacidade para prestar esses serviços ao menor custo para a coletividade⁶⁷.

Ao interpretar a condição quarta do teste *Altmark*, a Comissão vê o cumprimento das regras de contratação pública como uma vantagem. “*A forma mais simples de as autoridades públicas satisfazerem o quarto critério Altmark con-*

65 Neste sentido, Sánchez ,2012a: 12.

66 Na versão original alemã, o Tribunal refere-se a “*eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge*”. Na versão francesa, o Tribunal refere “*une procédure de marché publique*”. Também na versão inglesa, o Tribunal menciona “*public procurement procedures*”.

67 Comunicação (2012/C 8/02) da Comissão relativa à aplicação das regras em matéria de auxílios estatais da União Europeia à compensação concedida pela prestação de serviços de interesse económico geral, JO C8/04, de 11.1.2012, n. 66.

siste em recorrer a um procedimento de contrato público transparente, aberto e não-discriminatório, em conformidade com a Diretiva 2004/17/CE [...] e a Diretiva 2004/18/CE [...]”. Acresce, que mesmo quando as entidades adjudicantes não estão sujeitas às regras das diretivas, não estando legalmente obrigadas a seguir qualquer dos procedimentos por elas estabelecidos, a Comissão convida-as a adotar um desses procedimentos. “*Também nos casos em que não constitui um requisito legal, um procedimento de contrato público transparente, aberto e não-discriminatório é frequentemente um método adequado para comparar as diferentes ofertas potenciais e fixar a compensação, de modo a excluir a presença de auxílios*”⁶⁸.

Refira-se, que a adjudicação de um contrato público através de um procedimento concursal não permite apenas o preenchimento da quarta condição do teste *Altmark*. Permite também satisfazer a primeira e segundas condições, pois não será de difícil demonstração, quer através do próprio contrato, quer através dos documentos que suportam o procedimento concursal, a existência de uma ligação direta e manifesta entre as obrigações de serviço público e o respetivo financiamento. O processo de concurso facilita ainda o cumprimento da terceira condição, na medida em que, e segundo o próprio Tribunal, o preço que resulta do processo do concurso estabelece o mínimo necessário, excluindo, assim, excessos.

Nestes termos, e nos casos em que as prestações de SIEG são conferidas através de um contrato, o processo de adjudicação surge, uma vez mais, como um mecanismo de controlo comum ao regime da contratação pública e ao regime dos auxílios de estado. Estabelece-se a presunção ilidível de que o cumprimento das regras sobre contratação pública exclui qualquer elemento de auxílio.

Nos casos em que, não obstante o cumprimento das regras de contratação pública, se conclua que o contrato não preenche todas as condições do teste de *Altmark*, ainda assim o cumprimento das regras de contratação pública permite que o auxílio seja justificado nos termos do n.º 2 do artigo 106.º. Na sua Comunicação sobre o enquadramento dos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público, a Comissão declara: “[o]s auxílios só serão considerados compatíveis com o mercado interno com base no artigo 106.º, n.º 2, do Tratado quando as autoridades responsáveis, ao atribuírem a prestação do serviço à empresa em causa, tiverem cumprido ou se se tiverem comprometido a cumprir as

68 *Idem*, n. 64.

*regras da União aplicáveis em matéria de contratos públicos. Tal inclui quaisquer requisitos em matéria de transparência, igualdade de tratamento e não discriminação diretamente resultantes do Tratado e, quando aplicável, do direito secundário da União. Considera-se que os auxílios que não cumprem tais regras e requisitos afetam o desenvolvimento do comércio numa medida contrária aos interesses da União, na aceção do artigo 106.º, n.º 2, do Tratado*⁶⁹.

Ao adotar esta interpretação do teste de Altmark, a Comissão corre o risco de transformar a qualificação de uma medida como um auxílio de estado num exercício meramente formal de verificação das regras da contratação pública, em particular do tipo de procedimento e do critério de adjudicação adotados, em detrimento de uma análise substantiva dos efeitos. Sublinha-se, aliás, que o tipo de procedimento e o critério de adjudicação não garantem, por si só, um resultado competitivo. Outros elementos dos processos de concurso, como, por exemplo, especificações técnicas tendenciosas ou exigências excessivas sobre a situação financeira dos candidatos, têm um impacto negativo na competitividade do procedimento⁷⁰.

Acresce, que esta interpretação da Comissão parece não ser de fácil conciliação com os objetivos de simplificação e maior flexibilidade dos procedimentos propostos pela atual reforma das diretivas sobre contratação pública. As novas propostas de diretivas alargam o escopo de aplicação dos procedimentos de negociação com anúncio e do diálogo concorrencial, e prevêm um procedimento de adjudicação específico para a área da inovação, a parceria. Refira-se, ainda, que a proposta de diretiva para concessões não estabelece procedimentos de adjudicação, nem impõe o critério do preço mais baixo. A própria Comissão reconheceu no seu Livro Verde que “[a]s eventuais vantagens da maior flexibilidade e da simplificação potencial devem ser ponderadas à luz dos riscos acrescidos de favorecimento e, de uma forma geral, de tomada de decisões demasiado subjetivas decorrente do maior poder discricionário de que as entidades adjudicantes gozarão no âmbito do procedimento por negociação. Por seu lado, este grau de subjetividade tornará mais difícil mostrar que o contrato que daí resulta não envolve auxílios estatais”⁷¹.

69 Comunicação da Comissão (2012/C 8/03) sobre o Enquadramento da União Europeia aplicável aos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público, JO C8/15, de 11.01.2012, n. 19.

70 Sánchez, 2012a: 7.

71 COM(2011) 15 final, Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da UE para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa, de 27.1.2011.

Ao publicar a Comunicação sobre a aplicação das regras de auxílio de estado à compensação por prestações de SIEG, a Comissão reconheceu a necessidade de alterá-la em conformidade com as novas regras de contratação pública⁷². Se mantiver a sua interpretação restritiva, e ainda que a contratação dos SIEG represente uma minoria das situações de contratação pública, a Comissão frustra, em parte, os objetivos de simplificação e flexibilidade propostos pela reforma das diretivas em matéria de contratos públicos, e sacrifica a convergência entre este regime e o regime dos auxílios de estado. Uma alteração mais radical da posição da Comissão parece-nos todavia improvável, pelo menos num primeiro momento, e enquanto não for possível avaliar o impacto das novas regras da contratação pública.

CONCLUSÃO

Na aplicação simultânea do regime da contratação pública e do regime dos auxílios de estado, o procedimento concursal, em particular o concurso público, surge como um mecanismo de controle comum. Por um lado, garante o acesso ao mercado em condições de igualdade e não discriminação, permitindo identificar o melhor preço, ou a melhor relação qualidade/preço. Por outro, exclui a atribuição de uma vantagem indevida, ou, quando tal não é possível, garante que o valor dessa vantagem se limite ao mínimo, facilitando a sua justificação.

Na medida em que o procedimento concursal permite determinar o valor da prestação em condições normais de mercado, a Comissão e os Tribunais da UE estabeleceram a presunção ilidível de que a realização de um procedimento concursal aberto, transparente e não discriminatório assegura a inexistência de um auxílio de estado. O escopo desta presunção é, todavia, limitado àquelas situações em que o contrato público consubstancia uma transação comercial normal, ou seja, em que o Estado atua como um operador económico que procura o melhor preço.

Em situações em que o Estado, apesar de recorrer aos procedimentos de contratação pública, não pretende satisfazer necessidades próprias, mas sim promover objetivos das suas políticas regionais, económicas, ambientais e sociais, poderá conferir vantagens que não se limitam ao valor das prestações do contrato, porquanto o procedimento concursal não permite excluir a existência de um auxílio. Nestes casos, a análise da qualificação como auxílio

72 Ver nota de rodapé n.º 3 da Comunicação da Comissão (2012/C 8/02), referida supra.

de estado não se pode consumir na mera verificação do cumprimento das regras da contratação pública. É necessário, nestas situações, avaliar os efeitos da medida estatal segundo o teste do investidor em economia de mercado.

No caso da contratação de SIEG, o financiamento de tais serviços pode constituir um auxílio de estado quando não corresponda a uma remuneração adequada, ou exceder os custos suplementares relativos à prestação das obrigações de serviço público. No caso *Altmark*, o Tribunal estabeleceu as condições que devem estar reunidas para que o financiamento não seja qualificado como auxílio de estado. Uma delas pressupõe uma vez mais que o procedimento concursal reflete as condições normais de mercado. Aliás, o recurso ao contrato público e aos respetivos procedimentos de contratação pública permitem, na generalidade, cumprir todas as condições do teste de *Altmark*. Em nosso entender, a Comissão explora, em demasia, esta possibilidade, fazendo uma interpretação do teste que pode levar a uma aplicação excessivamente formal e mecânica do mesmo: a análise da existência de uma auxílio de estado consome-se nestes casos à verificação do cumprimento das regras de contratação pública. Esta posição parece incentivar o recurso ao contrato público e aos procedimentos concursais, defraudando princípios fundamentais. Os Estados membros são livres de organizar a prestação de serviços públicos. O cumprimento das regras de contratação pública não é voluntário.

BIBLIOGRAFIA

NICOLAIDES, Phedon

2010 “State Aid, Advantage and Competitive Selection: What is a Normal Market Transaction”, in *European State Aid Quarterly*, n.º 1, pp. 65-78.

SÁNCHEZ GRAELLS, Albert

2009 “Distortions of Competition Generated by the Public (Power) Buyer: A Perceived Gap in EC Competition Law and Proposals to Bridge It”, disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1458949 (consultado em 14.12.2012).

2012a “The Commission’s Modernization Agenda for Procurement and SGEI”, disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2071655 (consultado em 14.12.2012).

2012b “Public Procurement and State Aid: Reopening the Debate?”, disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2037768 (consultado em 14.12.2012).

TOSICS, Nora & GAÁL, Norbert

2007 “Public Procurement and State Aid Control - The Issue of Economic Advantage”, in *EC Competition Policy Newsletter*, n.º 3, pp. 15 -18.

Documentos oficiais

COMISSÃO EUROPEIA

2012a *Linhas de orientação da Comissão sobre o funcionamento, a reestruturação e privatização de empresas públicas*, Documento de trabalho dos serviços da Comissão, de 10.02.2012.

2012b *Comunicação da Comissão sobre o Enquadramento da União Europeia aplicável aos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público*, COM(2012/C 8/03), de 11.01.2012.

2012c *Comunicação da Comissão relativa à aplicação das regras em matéria de auxílios estatais da União Europeia à compensação concedida pela prestação de serviços de interesse económico geral*, COM(2012/C 8/02), de 11.01.2012.

2011 *Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da UE para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa*, COM(2011) 15 final, de 27.01.2011.

- 1997 *Comunicação da Comissão no que respeita a auxílios estatais no âmbito da venda de terrenos e imóveis públicos*, COM(97/C 209/03), de 10.07.1997.
- 1994 *XXIII Relatório da Comissão sobre Política de Concorrência*, de 1993.
- 1993 *XXII Relatório da Comissão Europeia sobre Política de Concorrência*, de 1992.

NUCLEAR LAW AT THE EUROPEAN COURT IN THE 21ST CENTURY

*Miguel Sousa Ferro**

ABSTRACT: This paper presents a global outlook on the evolution of the case-law of the European Court of Justice and of the European General Court related to Nuclear Law, focusing specifically on the cases handled since 2000. On the one hand, general trends are identified and discussed. On the other hand, each case is individually summarized and assessed, inclusively by reference to doctrine concerning them.

SUMÁRIO: 1. Introduction. 2. Overview. 2.1. Number of cases. 2.2. Advocates-General. 2.3. Single EU legal order. 2.4. New issues. 2.5. A shift in paradigm. 2.6. Confirmation of Commission's positions. 2.7. The future of nuclear litigation at the European Court. 3. Cases. 3.1. Outstanding individual cases. 3.2. Military activity cases. 3.3. Other infringement proceedings. 3.4. Competition Law cases. 3.5. Non-contractual liability cases. 3.6. Nuclear proliferation cases. 4. Conclusion

1. INTRODUCTION

The European Union is the only regional integration project in the world that has reached a significant level of harmonization of Nuclear Law. Aside from some fields where national sovereignty continues to reserve to itself most of the regulation of nuclear activities, the EU and the Euratom Community are the source of the larger part of nuclear law in the Member States. Even issues that have traditionally been strictly kept within the national sphere of regulation have, in recent years, seen a beginning of transfer of powers to

* Counsel at Sêrvulo & Associados (Lisbon). Guest lecturer and doctoral candidate at the University of Lisbon Law School. Email: msf@servulo.com. This paper was awarded the International Nuclear Law Association Award at the Inter Jura Congress 2012, in Manchester, United Kingdom. It was last revised in July 2011.

the EU level, such as nuclear safety and, soon, the management of irradiated nuclear fuel and decommissioning of nuclear facilities.

Nuclear law rules adopted by the European institutions are currently applicable to 500 million citizens in 27 States, making this the most extensive and widely applicable body of binding Nuclear Law in the western world.

One cannot, however, entirely grasp the breadth of EU Nuclear Law, nor can one fully understand its meaning, without the clarifications that have been provided throughout the years by the European Court of Justice (ECJ) and the European General Court (EGC). Indeed, the Luxembourg Court has played and continues to play a decisive role in shaping EU Nuclear Law.

Understanding the case-law, its motivations and consequences, also allows one to understand where EU Nuclear Law seems to be heading. Discussing the future of the Euratom Treaty, Mr. Grunwald noted that *"the ultimate truth about Euratom is rather simple, applying to the past and also to the future: the Treaty is what you make of it"*.¹ I would respectfully add that, insofar as the Member States have been unable to agree on a substantial revision of the Euratom Treaty, the Treaty is and will become what the Court makes of it.

It was, therefore, surprising to realize that there was no single source where the case-law of the Court in this field could be consulted. Aside from a brief description of a few selected cases in a Nuclear Law compilation² and from an exhaustive analysis of case-law until 1997 that has, in the meantime, been lost³, doctrine has dealt with this case-law only in a piecemeal approach, that is far from being all encompassing, and that cannot provide a general overview and understanding of the Court's positions in this area. The present research is a first contribution to correcting this omission.

Subsequently, it will hopefully be possible to publish an extension of this research, to encompass all of the cases in the field of Nuclear Law in the 40 years that have elapsed since the European Court of Justice gave its first ruling in this field.

The analysis is divided in two parts. First, a general overview of the case-law will be presented, where some general trends and horizontal characteristics will be discussed. Second, each case will be summarized and briefly analyzed.

1 Grunwald, 2008: 1084.

2 Nocera, 2005.

3 Wainwright & Cusak, 1997.

2. OVERVIEW

2.1. Number of cases

Until the year 2000, there had been 23 judgments of the ECJ and EGC relating to Nuclear Law, the first dating back to 1971. From 2000 until the present day, the ECJ and EGC have adopted 21 judgments in this field, following the same general tendency evidenced at the European Court of an increase in litigation.

2.2. Advocates-General

Generally, after the first cases, the ECJ has seemed inclined to allow one of its Advocates-General to specialize in Nuclear Law issues. Thus, in the 21st century, AG Geelhoed was the preferential AG for such issues (2002/2005), followed by AG Poiares Maduro (2006/2009). It is not yet clear which AG will inherit this role, if any. It would be extremely useful for this concentration of Nuclear Law cases in a single AG to continue, as the Opinions by these specialized AGs have shown extraordinary insight and usefulness.

2.3. Single EU legal order

A consistent feature in almost every case of Nuclear Law handled by the European Court is the affirmation – explicit or implicit – of the existence of a single EU legal order, which includes, *inter alia*, the TFEU and the Euratom Treaty.

Thus, the Court refers indistinctively to its case-law under the TFEU when discussing parallel provisions under the Euratom Treaty, and it applies to the areas covered by the latter general principles of EU law, even if they are not explicitly mentioned in it (e.g. prohibition of discrimination on the grounds of nationality).

The consequence of the principle of the single EU legal order should be that any divergence from a common interpretation should be justified. In this sense, it should be noted that the recent judgments that excluded military activities from the scope of the Euratom Treaty (as discussed below) constituted an important deviation from this principle.

2.4. New issues

The new century has confronted the Court with new issues relating to nuclear activities *lato sensu*. The main example of such new issues is the question

of whether the Euratom Treaty applies to military activities, which will be mentioned below. It was only after 2000 that the Court was confronted with a clear cut question in this regard.

Another example is the enforcement of Competition Law to nuclear activities. In the 20th century, the issue was only once raised before the Court, in 1982⁴, and only incidentally in a challenge by Member States to a Directive on the transparency of financial relations between Member States and public undertakings. Quite differently, in the 21st century, private parties have already led the Court to discuss the enforcement of Competition Law in this field five times.

None of these cases, however, brought about an in-depth analysis of competition practices in the nuclear sector. Moreover, following a general tendency in the case-law, and unlike the EGC, the ECJ showed itself unwilling to entertain appeals from private parties on decisions of the Commission concerning state aid measures, being extremely restrictive in its interpretation of the law and of the facts of the cases when applying the test of admissibility. This is particularly relevant given the Commission's perceived permissive attitude to public financial assistance to the nuclear sector.

Finally, and most recently, the Court has assumed a role of confirming and validating the efforts of the European institutions to combat the proliferation of nuclear weapons.

2.5. A shift in paradigm

In an outstanding look at the history of the Euratom Treaty, Mr. Grunwald stated that *“the Court has shown a deep insight into the legal logic of Euratom, and defended the Treaty against attacks from all quarters, with only some rare exceptions”*⁵. In my opinion, while this may have been true until 2002, the following years have confronted us with a drastically different reality.

In 2002, in the *Nuclear Safety Convention* case⁶, the ECJ still appeared as an out-spoken fan of a broad interpretation of the Euratom Treaty, and a near-revolutionary supporter of the expansion of the transfer of sovereign powers from the Member States to the Community.

4 Judgment of the ECJ of 6 July 1982, *France et al v. Commission* (188 to 190/80), ECR (1982) 2545.

5 Grunwald, 2008: 1077.

6 Judgment of the ECJ of 10 December 2002, *Commission v Council* (C-29/99), ECR (2002) I-11221

But then something changed. In 2002, the Court stated that the purpose of the Treaty's rules on radiological protection "*was to ensure consistent and effective protection of the health of the general public against the dangers arising from ionising radiations, whatever their source*",⁷ suggesting that the source of the ionising radiation was irrelevant for the applicability of those provisions.

By mid 2005, however, the Court produced its surprising conclusion, twice confirmed since, that no provision of the Euratom Treaty applies to military activities. This conclusion was reached with the vehement opposition of AG Geelhoed, and its justification is far from convincing, in both a literal and a teleological approach, not to mention awe-striking for connoisseurs of the Court's general case-law under the TFEU. There is no example in any of the case-law prior to 2005 of such a restrictive interpretation of the scope of the Euratom Treaty or of the powers of the Euratom Community.

In a Competition Law case (2006/2007⁸), the ECJ surfaced as protecting Member States' freedom of choice concerning the financing of the nuclear sector within their borders. By contrast, in a 1982 case, the ECJ had refused to give any special protection to public undertakings in the nuclear sector⁹.

In *France v Commission* (2007), the Court annulled a Euratom Regulation adopted by the Commission for lack of powers, all the while recognizing it was possible in theory for powers to be implicitly granted and their exercise necessary to give practical effect to the implemented provisions¹⁰. In practice, this ruling prevented the Commission from modifying the mandatory legal consequences of a notification under Art. 41 Euratom.

And in *INB* (2006), the Court drastically reduced the powers of the Euratom Supply Agency by excluding uranium enrichment contracts from the concept of "supply contracts", meaning that the Agency would not have, e.g., a right of option, a right of ownership or an exclusive right to conclude

7 Judgment of the ECJ of 10 December 2002, *Commission v Council* (C-29/99), ECR (2002) I-11221, §80.

8 Judgment of the EGC of 26 January 2006, *Stadtwerke Schwäbisch Hall GmbH et al v Commission* (T-92/02), ECR (2006) II-11; Judgment of the ECJ of 29 November 2007, *Stadtwerke Schwäbisch Hall GmbH et al v Commission et al* (C-176/06 P), ECR (2007) I-170.

9 Judgment of the ECJ of 6 July 1982, *France et al v Commission* (188 to 190/80), ECR (1982) 2545, §§28 and 32.

10 Judgment of the EGC of 17 September 2007, *France v Commission* (T-240/04), ECR (2007) II-4035.

such contracts¹¹. Free enterprise prevailed over supervision of the market by the Euratom Supply Agency.

All this is a far cry from the attitude of the Court that had, for example, single-handedly prevented the disappearance of the Euratom Supply Agency and of the common supply policy, when Member States could not agree on a future for this policy, as required by the Treaty¹²; that had placed the protection of the population from the dangers of ionizing radiation above the interests of the common market¹³; that walked a fine line between a possible future need for protectionist measures of Community uranium producers and the absence of such a need in the specific case, and ensured a broad discretionary margin for the Commission and the Supply Agency in the management of the common supply policy¹⁴; or that had extended the competencies of the Euratom Community to physical protection and to nuclear safety, focusing on the *effet utile* of the Treaty's provisions, even though no explicit reference to these issues is found in them and going against the wishes of the Member States¹⁵.

Had something changed after 2002? The main event of relevance in European integration, in the period that followed, was the Convention on the Future of Europe, which presented its draft Constitution in July 2003. In mid 2004, this proposed Constitution was adopted by the heads of State and government of the EU, and was set aside following the two negative referendums in 2005. The Constitution was eventually reshaped into the Lisbon Treaty, which finally came into force in 2009. The grueling process of negotiations made one thing notoriously clear: there was no agreement on the future of the Euratom Treaty, and the only possible solution was not to

11 Judgment of the ECJ of 12 September 2006, *Indústrias Nucleares do Brasil* (C-123/04 and C-124/04), ECR (2006) I-7861

12 Judgment of the ECJ of 14 December 1971, *Commission v. France* (7/71), ECR (1971) 1003.

13 Judgment of the ECJ of 25 November 1992, *Commission v Belgium* (C-376/90), ECR (1992) I-6153.

14 Judgment of the EGC of 15 September 1995, *Empresa Nacional de Urânio SA v Commission* (T-458/93 and T-523/93), ECR (1995) II-2459; Judgment of the ECJ of 11 March 1997, *Empresa Nacional de Urânio SA v Commission* (C-357/95 P), ECR (1997) I-1329; Judgment of the EGC of 25 February 1997, *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH v Commission* (T-149/94 and T-181/94), ECR (1997) II-161; Judgment of the ECJ of 22 April 1999, *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH* (C-161/97 P), ECR (1999) I-2057.

15 Ruling of the ECJ 1/78, of 14 November 1978, ECR (1978) 2151; Judgment of the ECJ of 10 December 2002, *Commission v Council* (C-29/99), ECR (2002) I-11221.

change it in any significant way. Unlike its sibling-Treaty, the Euratom Treaty has indeed remained, in substance, unchanged since its inception.

Specifically at the level of Nuclear Law, the 2002–2005 period was also marked by the spectacular failure of the Commission's proposed Nuclear Package, which would have introduced a first set of relatively modest rules concerning nuclear safety and management of spent fuel and radioactive waste. Significantly, the proposal of the Nuclear Package was made viable by the broad interpretation of Euratom competences put forward by the Court in the *Nuclear Safety Convention* case.

The shift in the case-law of the Court, and in particular the reversal of the Court's classical paradigm of being a champion of European integration and refusing interpretations that restrict the transfer of powers from the Member States, suggest that the ECJ has possibly grown tired of a Treaty that Member States seem to have given up on. This is confirmed by the Court's suggestion, in the military activity cases, that the TFEU be used to adopt rules currently under the Euratom Treaty, so as to allow them to encompass military activities. In other words, the Court has actively promoted a shift in legal basis of radiological protection rules. It is almost as if the Court were suggesting it is time to leave the Euratom Treaty behind.

Unfortunately, the Court has not shared a thorough analysis of the implications of its approach. On the one hand, as long as the Euratom Treaty – *lex specialis* – exists, it is doubtful that the adoption of rules aimed at protection from ionizing radiation (or other typically Euratom subjects) under the TFEU would be acceptable under EU case-law on choice of a legal basis. It should also be kept in mind that, given the often different rules for adoption of legislation in the two Treaties, this same case-law may not allow for dual legal basis.

On the other hand, there seem to be several areas of regulation currently covered by the Euratom Treaty which would not easily find a legal basis under the TFEU. At best, some of these regulations would require unanimity under the TFEU, making their adoption far more difficult, especially in areas where some Member States have shown themselves most eager to hold on to sovereign powers, and unwilling to compromise on EU-level solutions.

2.6. Confirmation of Commission's positions

The European Court is often perceived as tending to favour the positions put forward by the European Commission. The analysis of the Court's case-law

on nuclear issues in the 21st century certainly might seem to allow for such a conclusion. Indeed, the Commission's position has been followed by the Court in 15 of the 22 cases in which it was a party or intervened, and in 2 others it was mostly followed.

However, in line with the Court's shift in paradigm discussed above, the Commission, which tends to appear before the Court promoting broad interpretations of the Treaties and greater powers to the Community, has had only one major victory in this period (*Nuclear Safety Convention* case), but several major defeats (*INB*; *Commission v UK (II)* and *Commission v UK (III)*; *France v Commission*). Another case where the Court expressed significant disagreements with the position put forward by the Commission was *Commission v France (III)*.

2.7. The future of nuclear litigation at the European Court

The recent trends in the cases brought before the European Court relating to nuclear issues allow for some speculation as regards the future of nuclear litigation before the EGC and ECJ.

First of all, one may expect to continue to see referrals from national courts concerning directly applicable EU rules, or provisions of Directives with direct effect. These have already played a significant role and there is reason to believe they will continue to do so.

There are also reasons to expect the European Parliament to challenge measures adopted under the Euratom Treaty, given the limited powers it is granted under that Treaty, whenever a possible alternative legal basis can be found in the TFEU.

One area of litigation that has not been particularly explored is that of the EU's non-contractual liability for damages caused by legislation or decisions. Given the requisites of such liability, these cases are far more likely to surface in areas where the EU's intervention has been made through Regulations (immediately and directly applicable).

The enforcement of Competition Law in the nuclear sector, and in particular of state aid rules, is likely to continue to draw attention, especially following the judgment in the *INB* case, the completion of the liberalization of the energy sector, and the recent option of Germany to phase-out nuclear power plants.

Finally, one should expect to continue to see a number of infringement procedures against Member States for failure to transpose Directives in

the nuclear sector. An interesting perspective has been opened up in this respect, particularly following the judgment in the *Sellafield MOX Plant* case. The Community has become a party to treaties such as the Nuclear Safety Convention or the Joint Convention on the Safety of Spent Fuel Management and the Safety of Radioactive Waste Management, which have no compulsory dispute settlement mechanisms. Furthermore, the provisions of these treaties have been, or are in the process of being, reproduced in EU Law. The Court may thus be called on to interpret and enforce what are, first and foremost, provisions of international law which were so far not subject to the control of any court. As an example of a possible infringement to be tackled, it should be noted that there are some Member States which do not yet have the independent regulatory authorities required by these Treaties and, more recently, by the Nuclear Safety Directive.

3. CASES

3.1. Outstanding individual cases

3.1.1. Nuclear Safety Convention¹⁶

The *Nuclear Safety Convention* case was a recurrence of the kind of dispute seen in the *Physical Protection Convention* case¹⁷ (even if procedurally different): in the context of the ratification by the Euratom Community of an international treaty, the Court was called on to clarify the extent of the Community's competences.

The essence of this case was the clarification of the scope of Euratom competences relating to nuclear safety, in an abstract approach that the ECJ is very rarely given the opportunity to take. In practice, the Court's judgment opened up an entirely new area of Euratom attributions, against the expressed wishes of the Council.

The Nuclear Safety Convention (NSC) was adopted on 17 June 1994. By the time of this judgment, it had been ratified by all the Member States and

¹⁶ Judgment of the ECJ of 10 December 2002, *Commission v Council* (C-29/99), ECR (2002) I-11221; Opinion of AG Jacobs delivered on 13 December 2001, in *Commission v Council* (C-29/99), ECR (2002) I-11221. For more on this case, see: NOCERA, 2005: 818-821; SAVY, 2003.

¹⁷ Ruling of the ECJ 1/78, of 14 November 1978, ECR (1978) 2151.

by the Euratom Community¹⁸. The Court was, thus, clarifying, *post facto*, the legal effects of ratification for the Community and for the Member States¹⁹.

As interpreted by the ECJ, Art. 30(4)(iii) of the NSC aims at making it clear between the Parties “*the fields covered by the Convention in which [a participating regional integration organisation, i.e. Euratom] has competence to fulfil the obligations and exercise the rights which flow from it and the extent of that competence*”, requiring the indication of “*all the articles which are legally binding on a contracting party, including articles which do not create either rights or obligations and in respect of which the question of the competence of the regional organisation therefore does not arise*”²⁰. Furthermore, the “*declaration of competences under that provision must be complete*”²¹. To comply with this requirement²², the Council added a declaration on Euratom competences to its Decision approving accession to the treaty²³.

It was (part of) this declaration that the Commission asked the Court to annul, to the extent that it did not include all of the Euratom’s relevant competences. In other words, the Commission and the Council (i.e. the majority of Member States) disagreed on the extent of the Community’s attributions relating to nuclear safety and the Court was asked to settle the issue.

The issue of admissibility had to be tackled. This provided several important clarifications of issues of general EU Law.

18 The Commission proceeded with the ratification of the treaty (Commission Decision 1999/819/Euratom, of 16 November 1999, concerning the accession to the 1994 Convention on Nuclear Safety by the European Atomic Energy Community (O) L 318/20, 11/12/1999), as instructed by the Council, even though it had in the meantime instituted these proceedings. The NSC entered into force for the EAEC on 30 April 2000.

19 AG Jacobs noted that “*nothing in the Convention precludes the Community from submitting at a later stage an alternative or modified declaration*” (AG Opinion in *Nuclear Safety Convention*, §65).

20 ECJ Judgment in *Nuclear Safety Convention*, §49.

21 ECJ Judgment in *Nuclear Safety Convention*, §70.

22 Note the very significant difference with the situation in the *Physical Protection Convention* case, where the Court could instruct that such clear statements of competences be avoided (see, e.g., Ruling of the ECJ 1/78, of 14 November 1978, ECR (1978) 2151, §35).

23 Council Decision of 7 December 1998, approving the accession of the EAEC to the Nuclear Safety Convention. The relevant part of the declaration was worded as follows: “*The Community declares that Articles 15 and 16(2) of the Convention apply to it. Articles 1 to 5, Article 7(1), Article 14(ii) and Articles 20 to 35 also apply to it only in so far as the fields covered by Articles 15 and 16(2) are concerned. The Community possesses competence, shared with the abovementioned Member States, in the fields covered by Articles 15 and 16(2) of the Convention as provided for by the Treaty establishing the European Atomic Energy Community in Article 2(b) and the relevant articles of Title II, Chapter 3 Health and safety*”.

The Council argued (not unreasonably) that the Commission's intention was to obtain the Court's opinion on the extent of the Community's competence in the context of accession to a treaty, a procedure provided for under Art. 218(11) TFEU²⁴, but not under the Euratom Treaty²⁵. The Court dismissed this by noting there was “no indication” of such and that the Court must be able to exercise its control over the lawfulness of decisions to ratify treaties²⁶. According to the Court, such declarations are an integral part of decisions to ratify international treaties, and the elements whose annulment was specifically sought were severable and challengeable as such²⁷.

The Court added additional explanations for why its control of the lawfulness of the decision could extend to the attached list of competences. First, the Council has to respect the conditions set out in a treaty when approving accession to it²⁸. Second, “it follows from the duty of sincere cooperation between the institutions (...) that the Council decision approving accession to an international convention must enable the Commission [when adopting the accession decision] to comply with international law”²⁹. And since this treaty required a complete declaration of competences, “the Council was, under Community law, required to attach” it³⁰.

Moving on to the substance of the case – the clarification of the EAEC's competences concerning nuclear safety –, the Court began by noting the points of agreement between the Parties:

24 Previously, Art. 300(6) EC.

25 ECJ Judgment in *Nuclear Safety Convention*, §52.

26 ECJ Judgment in *Nuclear Safety Convention*, §§53-54.

27 ECJ Judgment in *Nuclear Safety Convention*, §§40-41 and 45-47. Paragraphs 45-46 were reaffirmed in: Judgment of the ECJ of 30 September 2003, *Germany v Commission* (C-239/01), ECR (2003) I-10333, §33; Judgment of the ECJ of 24 May 2005, *France v EP and Council* (C-244/03), ECR (2005) I-4021, §12; Judgment of the ECJ of 30 March 2006, *Spain v Council* (C-36/04), ECR (2006) I-2981, §9; Judgment of the ECJ of 27 June 2006, *EP v Council* (C-540/03), ECR (2006) I-5769, §27; Judgment of the ECJ of 23 September 2009, *Poland v Commission* (T-183/07), ECR (2009) II-3395, §156; and Judgment of the ECJ of 23 September 2009, *Estonia v Commission* (T-263/07), ECR (2009) II-3463, §28.

28 ECJ Judgment in *Nuclear Safety Convention*, §68.

29 ECJ Judgment in *Nuclear Safety Convention*, §69.

30 ECJ Judgment in *Nuclear Safety Convention*, §§70-71. See also AG Opinion in *Nuclear Safety Convention*, §§107-115.

- No competence to regulate, in itself, the “*opening and operation of nuclear installations*”³¹;
- Competence to regulate the radiological protection of workers and of the public (ALARA and dose limits)³²;
- Competence to regulate radiological emergencies (information to possibly affected States)³³;

As for the areas on which competence was disputed, since the Treaty “*does not contain a Title relating to installations for the production of nuclear energy*”³⁴, the Court turned to Chapter III of Title II of the Euratom Treaty, interpreting it, not only in light of the attribution set out in Art. 2(b) (radiological protection of workers and the population), but also of an objective mentioned in the Preamble: “*to create the conditions of safety necessary to eliminate hazards to the life and health of the public*”³⁵.

It stressed that the protection envisaged in Art. 2(b) “*cannot be achieved without controlling the sources of harmful radiation*”³⁶. Later it added: “*it is not appropriate, in order to define the Community’s competences, to draw an artificial distinction between the protection of the health of the general public and the safety of sources of ionising radiation*”³⁷. While true, it can be argued that these statements would only be relevant to determine the distribution of competences between the Community and the Member States if it were found that the Community could not achieve the tasks specifically assigned to it without directly regulating the sources of radiation.

The ECJ also recalled that the Council had already adopted a resolution in the area of nuclear safety, where it seemed to suggest that some kind of “*appropriate action*” was required at Community level, while respecting the

31 ECJ Judgment in *Nuclear Safety Convention*, §63.

32 ECJ Judgment in *Nuclear Safety Convention*, §72.

33 ECJ Judgment in *Nuclear Safety Convention*, §72.

34 ECJ Judgment in *Nuclear Safety Convention*, §74.

35 ECJ Judgment in *Nuclear Safety Convention*, §§75-76. This part of the Preamble had already been quoted in the *Physical Protection Convention* case.

36 ECJ Judgment in *Nuclear Safety Convention*, §76.

37 ECJ Judgment in *Nuclear Safety Convention*, §82. For further development of this idea, see AG Opinion in *Nuclear Safety Convention*, §§123-132. See also ECJ Judgment in *Land Oberösterreich*, §102.

competences of Member States³⁸, and that Directive 96/29/Euratom showed a very broad interpretation of Chapter III of Title II³⁹. Turning to its own case-law, it stressed the broad interpretations previously given to that Chapter, in two judgments⁴⁰.

Finally, analyzing the relevant provisions of the NSC, the ECJ agreed with the Commission on all but the introductory articles, concluding that Euratom competences extended to the provisions on assessment and verification of safety, siting, design, construction and operation of nuclear installations (Arts. 7, 14, 16(1) and (3) and 17 to 19 of the NSC)⁴¹.

In a truly broad reading of the Treaty, the Court seemed to go even farther than the Commission, apparently suggesting that, while the Community is not empowered “*to authorise the construction or operation of nuclear installations*”, it could regulate the terms of authorization of such construction and operation, since it “*possesses legislative competence to establish, for the purpose of health protection, an authorizing system which must be applied by the Member*

38 ECJ Judgment in *Nuclear Safety Convention*, §77: “states that the technological problems relating to nuclear safety, particularly in view of their environmental and health implications, call for appropriate action at Community level, which takes into account the prerogatives and responsibilities assumed by national authorities” – Council Resolution of 22 July 1975 on the technological problems of nuclear safety (OJ C 185/1, 14/08/1975).

This resolution was completed by Council Resolution of 18 June 1992 (OJ C 172/2, 08/07/1992). The Court also did not mention that the Community had by then already assumed a role in the promotion of nuclear safety, at the level of international cooperation. See: Agreement in the form of exchanges of letters between the European Community and the European Bank for Reconstruction and Development on the contribution of the Community to the nuclear safety account (OJ L 200/35, 03/08/1994); Agreement for cooperation between the EAEC and the Government of the Russian Federation in the field of nuclear safety, of 3 October 2001 (OJ L 287/24, 31/10/2001); and Agreement for Cooperation between the EAEC and the Cabinet of Ministers of Ukraine in the field of nuclear safety (OJ L 322/33, 27/11/2002). Subsequently, another such agreement was adopted: Cooperation Agreement between the EAEC and the Republic of Kazakhstan in the field of nuclear safety (OJ L 89/37, 26/03/2004).

39 ECJ Judgment in *Nuclear Safety Convention*, §81. In this regard, Advocate-General Jacobs noted: “*Interpretation in the light of subsequent practice is a common feature of the interpretation both of international treaties and of national constitutions. An interpretation in the light of subsequent practice is particularly legitimate and appropriate where the provisions in question were drafted long ago, where they have not been amended since and where there is a common and consistent practice of all actors entitled to interpret, apply or modify the rules in question*” (AG Opinion in *Nuclear Safety Convention*, §148).

40 ECJ Judgment in *Nuclear Safety Convention*, §§78-80, referring to Judgment of the ECJ of 22 September 1988, *Land de Sarre* (187/87), ECR (1988) 5013; and to Judgment of the ECJ of 4 October 1991, *Parliament v Council* (C-70/88), ECR (1991) I-4529. Reaffirmed in ECJ Judgment in *Land Oberösterreich*, §100, which presented this as one of the occasions on which the Court held that the provisions of Chapter 3 were to be “*interpreted broadly in order to give them practical effect*”.

41 See also ECJ Judgment in *Land Oberösterreich*, §105.

States. Such a legislative act constitutes a measure supplementing” the basic safety standards (i.e. based on Art. 32 Euratom)⁴².

In what concerns prior assessment and verification of safety of nuclear facilities, the EAEC’s competence derives, according to the Court, from Arts. 33(2) (which only gives the Community a power to issue recommendations) and 35 Euratom⁴³.

As for the regulation of emergency preparedness, Arts. 30 and 32 Euratom empower the Community to “*lay down basic standards for emergency measures, which include the power to require Member States to draw up plans laying down measures in respect of nuclear installations*”⁴⁴.

Since the “*siting of a nuclear installation (...) necessarily includes taking into account factors relating to radiation protection*”, and considering the powers relating to radioactive waste disposal provided for in Art. 37, Euratom competences must be understood as also extending to siting issues⁴⁵.

Finally, in what concerns safety requirements for design and construction of nuclear installations, for their initial authorization and for their operation, the Court once again derived Community competence in this domain from the power to issue recommendations included in Art. 33 Euratom⁴⁶.

In his Opinion, AG Jacobs made a crucial observation of general relevance for the interpretation of the Euratom Treaty:

“It is true that in the context of the EC Treaty the Court has held that mere practice cannot override Treaty provisions. What is in issue in the present case is however the interpretation of the Euratom Treaty and there are in my view good reasons for the Court to interpret Articles 30 to 39 of that Treaty in the light of subsequent practice and in particular of the Basic Standards Directive.

Interpretation in the light of subsequent practice is a common feature of the interpretation both of international treaties and of national constitutions. An interpretation in

42 ECJ Judgment in *Nuclear Safety Convention*, §89. See also ECJ Judgment in *Land Oberösterreich*, §103.

43 ECJ Judgment in *Nuclear Safety Convention*, §§92-95.

44 ECJ Judgment in *Nuclear Safety Convention*, §97.

45 ECJ Judgment in *Nuclear Safety Convention*, §§102-103.

46 ECJ Judgment in *Nuclear Safety Convention*, §105. AG Jacobs disagreed, arguing that, in what concerned these matters covered by Arts. 18 and 19 of the NSC, the Community “*has no competence (...) or such competence is so insignificant that it should not be declared to the other contracting parties*” (AG Opinion in *Nuclear Safety Convention*, §193). Further on Art. 33 Euratom, see ECJ Judgment in *Land Oberösterreich*, §114.

the light of subsequent practice is particularly legitimate and appropriate where the provisions in question were drafted long ago, where they have not been amended since and where there is a common and consistent practice of all actors entitled to interpret, apply or modify the rules in question.

It must be recalled that the Euratom Treaty was drafted more than 40 years ago at a time when knowledge about and the economic prospects of nuclear energy were very different from today. It must also be borne in mind that despite that different political, economic and scientific context the substantive rules of the Treaty have not been modified. It is not only the chapter on Health and Safety but also several other parts of the Euratom Treaty such as the chapters concerning supplies (Articles 52 to 76) or safeguards (Articles 77 to 85) which cannot be properly interpreted or understood without an analysis of the practice in their application.”⁴⁷

While in complete agreement with the Court’s conclusion, I cannot but stress the bold nature of this ruling⁴⁸. As usual, the ECJ preferred an interpretation based on what was required for the full effectiveness of the Treaty’s provisions to an interpretation based on the intentions of the drafting Parties⁴⁹. Clearly, this judgment could potentially have had a very broad impact on the reality of the Euratom Treaty⁵⁰.

In practice, however, the judgment’s impact was limited by the fact that legislative power in this domain rests almost exclusively with the Council. Nuclear safety issues have revealed profound tensions at the level of EU

⁴⁷ AG Opinion in *Nuclear Safety Convention*, §§147-149.

⁴⁸ For additional analysis of this issue, see: SOUSA FERRO, 2008: section 2.

⁴⁹ AG Jacobs noted the contrast between the plan proposed in the Spaak Report and the option retained in the Euratom Treaty:

“The Spaak Report envisaged in that regard:

- *common minimum rules which would regulate nuclear installations as well as the conditions of the storage, transport and treatment of nuclear material;*
- *control of the safety of nuclear installations by the institutions of the Community;*
- *the need to notify planned installations to the Community and the possibility for the Community to object for security reasons to such an installation, with the consequence that the installation would not receive fissile material;*
- *the day-to-day monitoring of nuclear installations by the authorities of the Member States under the control of the Community.*

The authors of the Treaty however gave the Community more limited powers. (...) It follows that the authors of the Treaty did not wish to grant the Community far-reaching powers as regards nuclear safety (as understood in 1957) and that they intended the Community to act mainly in the field of radiation protection (also as understood in 1957)” (AG Opinion in *Nuclear Safety Convention*, §§134-136).

⁵⁰ Its consequences were discussed in a document prepared by the Council’s Legal Service (Council Doc. no. 13909/03). Unfortunately, the relevant parts of this document were deleted in its public version.

integration. The Commission may have won this “battle”, but it was far from winning the “war”. Simply put, several Member States with nuclear power plants have systematically and steadfastly refused to allow any kind of significant Euratom interference in nuclear safety, constituting a sufficient blocking minority.

In the follow-up to this judgment, the Commission amended the declaration annexed to its decision ratifying the NSC, in accordance with the Court’s judgment⁵¹. One month before the judgment was known, the Commission presented its plan to deal with nuclear safety issues at the Community level⁵². Subsequently, it proposed the adoption of two mildly ambitious Directives on nuclear safety and on the management of irradiated nuclear fuel and radioactive waste⁵³. The “Nuclear Package”, as it came to be known, was soon dead in the water, despite attempts to ensure its access by watering down its content⁵⁴.

The Commission then went back to the drawing board. Aside from continuing to invest in nuclear safety at the level of international cooperation with third countries⁵⁵, it eventually set up a High Level Group, made up of representatives of the national nuclear regulators, whose initial objective was primarily to find a way to surpass the block of the Nuclear Package, in some revised form⁵⁶. Finally, the Council adopted a Directive on Nuclear Safety⁵⁷, the content of which, in a strange reversal of the usual consequences of integration within the Community, does not even go as far as existing international obligations under the NSC⁵⁸.

51 Commission Decision 2004/491/Euratom, of 29 April 2004 (OJ L 172/7, 06/05/2004).

52 Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, of 6 November 2002 – Nuclear safety in the European Union (COM/2002/605 final).

53 Proposal for a Council (Euratom) Directive Setting out basic obligations and general principles on the safety of nuclear installations and for a Council (Euratom) Directive on the management of spent nuclear fuel and radioactive waste (COM/2003/0032 final).

54 See amended proposal in COM/2004/526 final.

55 Council Regulation (Euratom) 300/2007, of 19 February 2007, establishing an Instrument for Nuclear Safety Cooperation (OJ L 81/1, 22/03/2007).

56 Commission Decision 2007/530/Euratom of 17 July 2007 on establishing the European High Level Group on Nuclear Safety and Waste Management (OJ L 195/44, 27/07/2007)

57 Council Directive 2009/71/Euratom, of 25 June 2009, establishing a Community framework for the nuclear safety of nuclear installations (OJ L 172/18, 02/07/2009).

58 For a more in-depth analysis of these issues, see: SOUSA FERRO, 2010(1); and SOUSA FERRO, 2008.

3.1.2. Sellafield MOX Plant⁵⁹

The *Sellafield MOX plant* case stands out as a nuclear sector case that led to the clarification of an important issue of general EU Law, as the first case where the exclusive jurisdiction of the ECJ was alleged to have been infringed by a Member State.

There had long been disputes between Ireland and the UK concerning the nuclear facilities at Sellafield, on the coast of the Irish Sea, ran by British Nuclear Fuel plc, including a MOX plant⁶⁰. The construction of this plant was authorized by the UK in 1993, on the basis of an environmental statement presented by the company, and its operation was authorized in 2001, following several rounds of public consultations and a Commission opinion under Art. 37 Euratom, concluding that the radioactive waste disposal plan was not liable to lead to significant radioactive contamination in the territory of other Member States.

Ireland repeatedly participated in the consultations, but it questioned the soundness of the environmental assessment and of the conclusion on economic justification and argued it should have been given access to more information during the consultation procedure. In essence, therefore, this was a dispute between two Member States, one of which was unhappy about the other's choice to build a nuclear facility on the (maritime) border between the two. What made this case unique was the option taken by Ireland to settle the dispute: it resorted to the mandatory dispute settlement mechanisms (arbitral tribunal) under the United Nations Convention on the Law of the SEA (UNCLOS). A first case before the arbitral tribunal, concerning access to documentation, went by unchallenged. But the second case, concerning primarily movement and discharge of radioactive material and waste from the MOX plant (*“essentially criticising the United Kingdom for granting authorisation to operate the MOX plant without having met a number*

59 Judgment of the ECJ of 30 May 2006, *Commission v. Ireland* (C-459/03), ECR (2006) I-4635; Opinion of AG Poiares Maduro delivered on 18 January 2006, in *Commission v. Ireland* (C-459/03), ECR (2006) I-4635. For more on this case, see: CARDWELL & FRENCH, 2007; CARREÑO GUALDE, 2007; CASOLARI, 2007; KERBRAT & MADDALON, 2007; LAVRANOS, 2006(1); LAVRANOS, 2006(2); LAVRANOS, 2007; NEFRAMI, 2007; SCHRIJVER, 2010; and SEMMELMANN, 2006.

60 A MOX plant is “*designed to recycle plutonium from spent nuclear fuel by mixing plutonium dioxide with depleted uranium dioxide and thereby converting it into a new fuel known as MOX, an abbreviation used to designate mixed oxide fuel, intended for use as an energy source in nuclear power stations*” (EC Judgment in *Sellafield MOX Plant*, §21).

of obligations arising under the Convention⁶¹), asked the arbitral tribunal to take into account, *inter alia*, provisions of EU Law⁶².

The International Tribunal for the Law of the Sea issued provisional measures, finding it had *prima facie* jurisdiction. The *Sellafeld MOX Plant* case was, first and foremost, a dispute for primacy between different competent supranational jurisdictions, when EU Law is involved. Since the exclusive jurisdiction clause within the EU legal order was invoked before the arbitral tribunal, it decided, on the basis of comity, to suspend proceedings until the issue had been clarified by the ECJ.

It was in this context that the Commission instituted these infringement proceedings, arguing for a violation of Art. 292 EC (now Art. 344 TFEU) and Art. 193 Euratom (exclusive jurisdiction), as well as of Art. 10 EC (now Art. 4(3) TEU) and Art. 192 Euratom (duty of cooperation) (Sweden intervened on the same side).

As expected, the Court agreed with the Commission, its task made easier by the fact that UNCLOS contains a provision (Art. 282) giving preference to regional systems of mandatory dispute settlement. Interestingly, the Court held that, since UNCLOS had been ratified by the Community and the provisions relied on by Ireland in the dispute come within the scope of Community competence⁶³, they “are rules which form part of the Community legal order”, and the ECJ “has jurisdiction to deal with disputes relating to the interpretation and application of those provisions and to assess a Member State’s compliance with them”⁶⁴.

61 ECJ Judgment in *Sellafeld MOX Plant*, §87.

62 ECJ Judgment in *Sellafeld MOX Plant*, §119. The relevant EU laws included Council Directive 85/337/EEC of 27 June 1985 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment (OJ L 175/40, 05/07/1985), as amended by Council Directive 97/11/EC of 3 March 1997 (OJ L 73/5, 14/03/1997), subsequently amended by Directive 2003/35/EC of the European Parliament and of the Council of 26 May 2003 (OJ L 156/17, 25/06/2003) and Directive 2009/31/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 (OJ L 140/114, 05/06/2009); and Council Directive 93/75/EEC (OJ L 208/10, 05/08/2002), subsequently replaced by Directive 2002/59/EC of the European Parliament and of the Council, of 27 June 2002, establishing a Community vessel traffic monitoring and information system (OJ L 208/10, 05/08/2002), as amended by Directive 2009/17/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 (OJ L 131/101, 28/05/2009) and by Directive 2009/18/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 (OJ L 131/114, 28/05/2009).

63 See Council Decision 98/392/EC, of 23 March 1998, concerning the conclusion by the European Community of the United Nations Convention of 10 December 1982 on the Law of the Sea and the Agreement of 28 July 1994 relating to the implementation of Part XI thereof (OJ L 179/1, 23/06/1998).

64 ECJ Judgment in *Sellafeld MOX Plant*, §121.

This raises the question of whether Member States may bring to the ECJ any dispute concerning provisions of international treaties within the scope of Community competence (and, thus, ratified by the Community – e.g. the Nuclear Safety Convention), or whether the practical consequences of this *obiter dictum* are limited to treaties with mandatory dispute settlement mechanisms.

3.1.3. INB⁶⁵

Expectably, given the far reaching powers given to the Community, and in particular to the Euratom Supply Agency in this domain, the activities of this Agency and the provisions of Chapter VI of Title II of the Euratom Treaty have led to a comparatively significant number of cases, abundant in legal issues.

The *INB* case, the only Euratom Supply Agency case in the 21st century, put an end to the long-standing controversy on whether uranium enrichment⁶⁶ contracts should be considered “supply contracts”, subject to Art. 52 Euratom and Chapter 6 of Title II (including Agency’s right of option, right of ownership and exclusive right to conclude contracts), or “transformation contracts”, subject to Art. 75 Euratom (excluded from the scope of Chapter 6 – indeed, the effect of Art. 75 Euratom “*is to remove substances which are the subject of the contract work operations referred to in that provision from the ambit of the provisions relating to the supply system*”⁶⁷)⁶⁸.

65 Judgment of the ECJ of 12 September 2006, *Indústrias Nucleares do Brasil* (C-123/04 and C-124/04), ECR (2006) I-7861; Opinion of AG Poiares Maduro delivered on 6 April 2006, in *Indústrias Nucleares do Brasil* (C-123/04 and C-124/04), ECR (2006) I-7861.

For more on this case, see: Alehno, 2008; Barsi, 2008; Della Molle & Galvan, 2008; Donnat, 2006.

66 As explained by the Court, “*uranium enrichment consists in the separation of isotopes, either by gaseous diffusion or by centrifuge, in order to raise the uranium 235 content and so to render the uranium suitable for use in a reactor*” (ECJ judgment in *INB*, §36).

67 ECJ judgment in *INB*, §39; Ruling of the ECJ 1/78, of 14 November 1978, ECR (1978) 2151, §16.

68 One author has traced the birth of the greater focus of dispute on Art. 75 Euratom to the *Commission v France (I)* case: “*This [case’s] reassertion of the continued application of Chapter VI did not lead to its willing and orthodox application: for those whose scruples over the effect of Article 76 had been shown to be unfounded Article 75 presented the next important legal obstacle to the application of the Chapter to an important source of supply*” (ALLEN, 1983: 478).

Under Art. 75 Euratom:

“The provisions of this Chapter shall not apply to commitments relating to the processing, conversion or shaping of ores, source materials or special fissile materials and entered into:

- (a) by several persons or undertakings, where the material is to return to the original person or undertaking after being processed, converted or shaped; or*
- (b) by a person or undertaking and an international organisation or a national of a third State, where the material is processed, converted or shaped outside the Community and then returned to the original person or undertaking; or*
- (c) by a person or undertaking and an international organisation or a national of a third State, where the material is processed, converted or shaped inside the Community and is then returned either to the original organisation or national or to any other consignee likewise outside the Community designated by such organisation or national.*

The persons and undertakings concerned shall, however, notify the Agency of the existence of such commitments and, as soon as the contracts are signed, of the quantities of material involved in the movements. The Commission may prevent the commitments referred to in subparagraph (b) from being undertaken if it considers that the conversion or shaping cannot be carried out efficiently and safely and without the loss of material to the detriment of the Community.

The materials to which such commitments relate shall be subject in the territories of the Member States to the safeguards laid down in Chapter 7. The provisions of Chapter 8 shall not, however, be applicable to special fissile materials covered by the commitments referred to in subparagraph (c).”

The facts of the case went back to 1984, when INB (Brazil) received enriched uranium under a contract with Urenco (UK) (notified to the Agency), and stored it at the premises of Siemens (Germany). In 1994, it entered into a loan agreement on the use of that uranium with NEAG (Switzerland), belonging to the same group as NTC (USA). In return, NEAG/NTC was supposed to supply INB at a later date with the same kind of enriched uranium and to pay an additional fee. However, both NEAG and NTC became insolvent in 1995-1996. INB asked a German court to order Siemens to release to it the uranium transferred to NEAG, kept at its facilities. Two other companies – UBS (Switzerland) and TUEC (USA) – intervened claiming right to parts of that same uranium. The first instance court agreed to the requests

of these companies, and rejected INB's claims. The appeal court referred several questions to the ECJ, leading to this landmark judgment on the legal framework deriving from Art. 75 Euratom.

The first question to be answered was the crucial one – whether the terms “*processing, conversion or shaping*” in Art. 75(1) Euratom encompass uranium enrichment. The main consequence of an affirmative reply was summarized as follows by a Supply Agency specialist: it “*leaves the [Supply Agency] no right to oppose a contract if it is not in line with the Community's nuclear supply policy*”⁶⁹.

The Court's conclusion was indeed affirmative (as argued by Germany, France and the Netherlands), and stated in clear and broad terms: “*the first paragraph of Article 75 EA is to be interpreted as meaning that the terms «processing», «conversion» and «shaping» in that provision also encompass the enrichment of uranium*”⁷⁰.

It is beyond dispute that both positions had merit, but the Court's conclusion was, I believe, the right one, regardless of whether one considers the common meaning of the words in question, the *ratio* and purpose of the Euratom common supply policy (and of Art. 75 Euratom in particular) or its practical implications.

One must begin by placing the Euratom provisions in their historical context. As AG Poiares Maduro pointed out, at the time the Treaty was drafted, uranium enrichment “*had not been developed on a commercial scale*”, which accounts for lack of explicit references to it⁷¹.

69 Barsi, 2008: 1104.

70 ECJ Judgment in *INB*, §46. It should be noted that the AG's approach to the case viewed this dispute as concerning primarily the provision of enrichment services within the Community for non-Community owners of natural uranium (see, e.g., AG Opinion in *INB*, §1 and §44: “*In so far as it has the object of processing goods in transit, on behalf of a foreign national, and not of supplying the Community with nuclear materials, the supply and ownership rules of the EAEC Treaty should not be applied to [uranium enrichment]*”). However, both Art. 75 Euratom and the Court's ruling had broader implications, applying equally to purely internal enrichment contracts.

It should also be noted that, whereas AG Poiares Maduro seemed to identify in this dispute, in essence, a struggle for the primacy of a public law or of a civil and commercial law approach (AG Opinion in *INB*, §§45-46), which is clearly present, the dispute also concerned – and perhaps more decisively – the scope of Euratom powers and the extent of transfer of sovereignty from the Member States to the Community. In this regard, as the AG himself highlighted, the judgment does not change the fact that each Member State is free to impose upon its providers of uranium enrichment services whatever restrictions justified by public policy concerns they deem fit, within the limits set by Euratom and EU law.

71 AG Opinion in *INB*, §42.

First, the Court noted that, under the ordinary meaning of the term, enrichment is a form of “conversion” of a material. It dismissed the Commission’s arguments of the need for a strict interpretation and of the need to distinguish according to degree of transformation⁷², by stating that the three terms in Art. 75(1) Euratom “do not lead to the conclusion that certain types of processing, conversion or shaping [of nuclear materials] (...) are outside the scope of Article 75 EA, for example by reason of particular technical characteristics peculiar to such processing, conversion or shaping or the value added by them”⁷³.

Second, a teleological interpretation clearly leads to this conclusion. Art. 75 Euratom “concerns situations which are deemed not to affect, or not sufficiently to affect, the regular and equitable supply to all users in the Community of ores and nuclear fuels, in order to justify the full application of the system laid down under Chapter 6”⁷⁴. According to the Court, enrichment contracts do not sufficiently affect the objective of ensuring a regular and equitable supply – “[s]uch a process is inherently neutral as regards the supply of uranium to users established in the Community”⁷⁵.

Thirdly, although it reduces the powers of the Euratom Supply Agency, it is hard to discern any practical implications of the Court’s interpretation for the Community’s security of supply⁷⁶. If anything, this ruling protects the free market and arguably fosters the growth of Community providers

72 The Commission argued that Art. 75 Euratom is an exception to the rules of Chapter 6, and thus should be strictly interpreted, and that uranium enrichment “affects the principal qualities of the materials supplied. Whereas Article 75 EA refers to minor modification operations relating to the chemical composition of the form or the materials, the enrichment of uranium brings about a substantial change in the materials, both physical and economic” (AG Opinion in *INB*, §43).

73 ECJ Judgment in *INB*, §38.

74 ECJ Judgment in *INB*, §40.

75 ECJ Judgment in *INB*, §40. Further on the teleological approach, see AG Opinion in *INB*, §§54-55.

76 The Commission argued “that contracts negotiated on the oligopolistic market for uranium enrichment have potentially significant effects on the security of the long-term supply of the Community and on the equal treatment of users” (ECJ Judgment in *INB*, §41), but it is not clear from available facts on what grounds this assessment was based. If the Commission’s argument amounted to the idea that a limited output of enrichment services could jeopardize the Community’s access to nuclear fuel (as uranium must be enriched to different degrees in order to be used in nuclear reactors), then it is fair to say that this judgment effectively reduced the scope of Euratom to the control of access to natural uranium – enrichment services being left outside the scope of the common supply policy. This only seems relevant if it is conceivable for Community operators, at some point, not to have access to sufficient enrichment services within or outside the Community to meet their needs for nuclear fuel.

of uranium enrichment services⁷⁷, which can be said to contribute to the first objective of the Euratom Treaty (Art. 1 Euratom). Still, it is an unusual occurrence to see the Court choose an interpretation that reduces the scope of Community powers.

What conclusions should be drawn from this first part of the judgment?

Uranium enrichment contracts fall, in principle, under Art. 75 Euratom. But two reservations must be made. The Court was careful to point out that enrichment contracts are subject to the obligations foreseen in Article 75 Euratom, specifically safeguards and notification to the Supply Agency. In the latter case, this obligation “*may preclude the performance of the commitments referred to in Article 75(b) EA*”⁷⁸. In other words, it seems the Community may prevent nuclear materials from exiting the Community in order to be enriched in a third country, if this could endanger or run counter to the common supply policy.

Furthermore, as was stressed in an in-depth analysis of the judgment, “*the conclusion [cannot] be drawn that all contracts involving the enrichment of uranium should come under*” Art. 75 Euratom. In order for this judgment’s ratio to apply, “*enrichment contracts must have a substantially neutral effect on the Community supply system*”⁷⁹.

One question raised, but unanswered, concerned the legal consequences of failure to notify agreements that fall under Art. 75 Euratom. One author has argued that “*a failure to notify a transformation contract does not influence its validity*”⁸⁰, while others have stressed the uncertainty of the legal consequences and available remedies for the Supply Agency⁸¹.

The second question answered by the Court concerned the concept of undertaking, as defined in Art. 196(b) Euratom: “*any undertaking or institution which pursues all or any of its activities in the territories of Member States within*

77 “*The INB judgment has in practical terms «liberalised» enrichment services, at least out of the Community supply system*” (BARS1, 2008: 1120).

78 ECJ Judgment in *INB*, §45.

79 Barsi, 2008: 1104. This author argues that return operations relating to enriched uranium (e.g. a Member State exports to a third country enriched uranium, on condition that it be returned) “*not involving any transformation of the material (such as loans and exchanges)*” are not encompassed by Art. 75 Euratom (Barsi, 2008: 1105).

80 Barsi, 2008: 1123.

81 Della Molle & Galvan, 2008: 219-220, adding that “*regulation should be possible (depending on the possibilities offered by the applicable national law)*”.

the field specified in the relevant Chapter of this Treaty, whatever its public or private legal status". The national court wanted to know if, within the scope of the activities in question, INB and NEAG should be considered undertakings, as defined in this provision, for the purposes of Art. 75 Euratom.

The Luxembourg Court clarified that Art. 196(b) Euratom "*is to be interpreted as meaning that an undertaking having its seat outside the territories of the Member States does not pursue, within the meaning of that provision, all or any of its activities in those territories if it maintains with an undertaking having its seat in those territories a commercial relationship either for the supply of raw material for the production of enriched uranium and the procurement of enriched uranium or for the storage of that enriched uranium*"⁸², or "*if it [merely] acquires or disposes of enriched uranium stored there*"⁸³. As highlighted by the Court, this is the only interpretation that does not render Art. 75(c) Euratom "*largely devoid of purpose*"⁸⁴.

In answering the third question, the Court clarified two issues. First, it established that the principle of fungibility extends to nuclear material. Specifically, it stated that Art. 75(c) Euratom "*is to be interpreted as meaning that the material supplied for treatment, conversion or shaping need not be identical to the material subsequently returned and that it is sufficient for the processed material to be commensurate in terms of quality and quantity with the material supplied*"⁸⁵. This conclusion was based on a point of fact ("*it is impossible, in practice, to determine whether material supplied for enrichment and material subsequently returned is identical*"), and two points of law: (i) that this principle had been accepted in international practice and recognized in a Community treaty⁸⁶; and (ii) it fits the rationale of the exclusion, since transfer of material of identical quality and quantity does not affect supplies available to Community users⁸⁷.

82 ECJ Judgment in *INB*, §51.

83 ECJ Judgment in *INB*, §66.

84 ECJ Judgment in *INB*, §50. As explained by AG Poiares Maduro, "[t]he important factor in this connection is the place where the undertaking concerned carries out its own activities in the nuclear field, not the place where it has certain operations carried out by its business partners" (AG Opinion in *INB*, §63).

85 ECJ Judgment in *INB*, §56.

86 See Art. 16(2) of the Agreement for cooperation in the peaceful uses of nuclear energy between the European Atomic Energy Community and the United States of America (OJ L 120/1, 20/05/1996).

87 ECJ Judgment in *INB*, §§53-54.

Second, it stated that these types of service contracts relating to uranium may involve transfer and re-transfer of title – Art. 75(c) Euratom also applies “where the undertaking carrying out the process acquires title to the raw material on delivery and therefore has to transfer title to the enriched uranium back to the other contracting party on completion of the process”⁸⁸. Again, this “does not affect the supply of uranium to users in the Community”⁸⁹.

Finally, the Court interpreted Art. 73 Euratom “as meaning that it does not apply to agreements concerning enriched uranium stored within the Community where all the parties to the agreement are nationals of third States”⁹⁰, highlighting that such agreements “do not affect the objective of ensuring the security of supplies to the Community”⁹¹. In other words, UBS and TUEC did not have to obtain the Commission’s prior consent for the agreements reached with NEAG/NTC (all non-Community companies) concerning the enriched uranium stored in Germany.

As a result of this judgment, the Euratom Supply Agency was forced to revise some of its procedures⁹². It has been argued that, with the reduction of the Supply Agency’s role in the regulation of enrichment services, “the attention of those who are still interested in regulating these services may now be drawn to other branches of the law. One of these re-discovered branches would be

88 ECJ Judgment in *INB*, §56.

89 ECJ Judgment in *INB*, §55. AG Poiães Maduro noted: “In the context of such operations, ownership is transferred essentially for practical reasons, taking account of the fungibility of the materials. However, it must be observed that title acquired in this way is provisional and contingent. On the one hand, title is inevitably extinguished with conversion. On the other, the grant of title is subject to the obligation to convert the original materials and to return the converted materials. The latter, which are the principal subject of the commitment, remain in any case the property of the undertaking which delivered the original materials” (AG Opinion in *INB*, §68).

90 ECJ Judgment in *INB*, §69.

91 ECJ Judgment in *INB*, §68.

92 ALEHNO, 2008: 1086. “Flexibilities are planned to be introduced on two accounts. Small quantities of raw material (as per Regulation 66/2006/Euratom) may be supplied by the service provider without reclassifying the return operation as a supply transaction. Similarly, very short-term (no longer than 6 months according to the ESA’s proposal) advances of product material would likewise not alter the status of the return operation. Specifically in the case of enrichment contracts, not only the provisions regulating raw and product materials, but also those providing for the tails material need to be born in mind, because tails are potentially useful materials. Any tails scheduled to be re-enriched (upgraded) must be treated as source materials produced on the territory of the Community. The Community supply system channels internal production toward Community users by subjecting re-enriched tails to the ESA’s right of option and the Commission’s export authorization” – BARSİ, 2008: 1123.

competition law” (suggesting the possible use of Art. 102 TFEU to challenge dominant positions arising, *inter alia*, from intellectual property rights in this domain), and another would be international trade law⁹³. More importantly, the same author stresses that this judgment calls for a profound reassessment of the role of the Supply Agency, which has in the past decade acted merely as a guardian of the Corfu Declaration⁹⁴.

3.1.4. France v Commission⁹⁵

The *France v Commission* case stands out as a rare example of the Court annulling a Commission Regulation for lack of competence. While it may seem to boil down to a wrong choice of legal form for the aim pursued, its trigger was actually an attempt by the Commission to alter the mandatory legal consequences of a notification under Art. 41 Euratom.

Under Arts. 41 to 44 Euratom, persons and undertakings planning nuclear investments (direct obligation upon private individuals) must communicate such plans to the Commission, which issues an opinion to the respective Member State. The activities encompassed by these provisions are listed in Annex II to the Euratom Treaty, and may be further specified by the Council (Art. 41 Euratom), as it did in Regulation (Euratom) 2587/1999⁹⁶. Subsequently, the Commission adopted Regulation (Euratom) 1209/2000, adopting a model for communications foreseen in Art. 41 Euratom and providing basic clarifications in this regard⁹⁷.

93 Barsi, 2008: 1120-1121.

94 Barsi, 2008: 1121-1122. The Corfu Declaration was adopted jointly by the Commission and Council in parallel to the signing of the Partnership and Co-operation agreement with Russia on 24 June 1994, essentially to protect Community uranium suppliers and enrichment service providers from the threat of an excessive inflow of Russian supplies.

95 Judgment of the EGC of 17 September 2007, *France v Commission* (T-240/04), ECR (2007) II-4035.

96 Council Regulation (Euratom) 2587/1999 of 2 December 1999 defining the investment projects to be communicated to the Commission in accordance with Article 41 of the Treaty establishing the European Atomic Energy Community (OJ L 315/1, 09/12/1999).

97 Commission Regulation (Euratom) 1209/2000, of 8 June 2000, determining procedures for effecting the communications prescribed under Article 41 of the Treaty establishing the European Atomic Energy Community (OJ L 138/12, 09/06/2000). This Regulation is listed in EUR LEX as “Regulation (EC) 1209/2000”, but it should accurately be referred to as “Regulation (Euratom) 1209/2000”, as it was adopted under a provision of the Euratom Treaty.

The Commission then decided to further develop that legal framework and adopted Regulation (Euratom) 1352/2003⁹⁸. France asked the Court to annul the Regulation, and was supported by Germany and Belgium.

Although the interpretation of the Euratom Treaty was at stake, the Court relied on case-law relating to the interpretation of the analogous provisions of the EC Treaty, stating that: “[t]he case-law developed in the context of the EC Treaty should (...) be applied in relation to the review of the legality of a regulation in the context of the EAEC Treaty, unless there are special provisions in that area or the scheme of which proves different from the overall scheme and the spirit of the EC Treaty”⁹⁹.

After recalling the principles of allocation of powers and of legal certainty (requiring “that the binding nature of any act intended to have legal effects must be derived from a provision of Community law which prescribes the legal form to be taken by that act and which must be expressly indicated therein as its legal basis”¹⁰⁰), taking into account the division of powers and institutional balance under the Treaty, the Court began by noting that neither Arts. 41-44 Euratom nor Regulation (Euratom) 2587/1999 give the Commission “the explicit power to adopt such a regulation”¹⁰¹.

Thus, “in the absence of a specific provision empowering the Commission to adopt a regulation, if such an act proved necessary, it should have followed the procedure laid down in Article 203 [Euratom (equivalent to current Art. 308 TFEU)], that is, to submit a proposal to the Council, which could have adopted such a regulation by unanimity, after consultation with the European Parliament”¹⁰². The conclusion could only have been different if the Treaty and/or Regulation implicitly gave the Commission the power to adopt such a Regulation, it being “actually necessary to give practical effect” to the provisions in question¹⁰³.

The Commission argued that the contested regulation was not a regulation at all, but a *sui generis* act, imposing obligations only on the Commission, and

98 Commission Regulation (Euratom) 1352/2003, of 23 July 2003, amending Regulation (Euratom) 1209/2000 determining procedures for effecting the communications prescribed under Article 41 of the Treaty establishing the EAEC (OJ L 192/15, 31/07/2003).

99 EGC Judgment in *France v Commission*, §30. See also §§31, 42-43, 45 and 48-49.

100 EGC Judgment in *France v Commission*, §31.

101 EGC Judgment in *France v Commission*, §§32-33.

102 EGC Judgment in *France v Commission*, §34.

103 EGC Judgment in *France v Commission*, §§35-38.

not on third parties outside that institution¹⁰⁴. The question for the Court was not whether the Commission could have adopted the rules in question (e.g. in the form of internal rules), but whether it was necessary to adopt “*those measures in the form of a regulation, binding in its entirety and directly applicable in all Member States*”¹⁰⁵.

It is also important to stress that the Member States had not challenged the Regulation previously adopted by the Commission under the same provisions¹⁰⁶. What made this one different was how it would change the legal consequences of notifying a project under Art. 41 Euratom, as summarized in the Court’s conclusion: “*the Court considers that it was not necessary, in order to give practical effect to those articles of the EAEC Treaty, to confer on the Commission the power to recommend the suspension of investment projects before finishing the examination of them, as Article 3c(2) of Regulation No 1209/2000 – as introduced by the contested regulation – provides, since such a suspension was not in any way envisaged in the EAEC Treaty*”¹⁰⁷. Similarly, the fact that the Commission, in accordance with Article 4b of Regulation No 1209/2000, as provided for by the contested regulation, insists on publishing the investment projects which are communicated to it cannot be considered as necessary for the proper implementation of Article 44 EA, which already provides for such a possibility itself, without making it obligatory”¹⁰⁸.

Crucially, “*the adoption of measures providing details of the Commission’s examination procedure of investment projects (...) does not need to be carried out in the form of a regulation. Simple internal rules of organisation would suffice to achieve the goals*”¹⁰⁹. A communication or guidelines would have equally guaranteed transparency and legal certainty (because internal rules are binding on the Commission). Moreover, the Commission’s choice of legal

104 EGC Judgment in *France v Commission*, §28.

105 EGC Judgment in *France v Commission*, §39.

106 The Court dismissed the Commission’s argument that a Regulation was needed to amend the existing Commission Regulation on the implementation of Art. 41 Euratom (EGC Judgment in *France v Commission*, §45).

107 This should be contrasted with the Court’s finding in Judgment of the ECJ of 22 September 1988, *Land de Sarre* (187/87), ECR (1988) 5013, relating to what was required in order for a Commission opinion under Art. 37 Euratom to be fully effective.

108 EGC Judgment in *France v Commission*, §41.

109 EGC Judgment in *France v Commission*, §42. See also §46.

form actually created “a risk of confusion damaging to legal certainty as regards the legal scope of that act for third parties”¹¹⁰.

Following the Court’s annulment of this Regulation, the Commission apparently did not adopt guidelines or any other sort of internal rules relating to Art. 41 Euratom. However, Regulation (EU, Euratom) 617/2010¹¹¹, implemented by Regulation (EU, Euratom) 833/2010¹¹², has instituted a legal framework for notification of investment projects in energy infrastructures that encompasses nuclear power plants.

3.1.5. Land Oberösterreich¹¹³

The *Land Oberösterreich* case was the first and only time (so far) the ECJ was confronted – through a reference for a preliminary ruling – with a civil dispute relating to cross-border damages arising from the operation of a nuclear power plant. It was, in more than ways than one, a historical case¹¹⁴.

In 2001, shortly after initiation of operations, an Austrian regional authority (and several private parties), owner of agricultural lands 10 km from the border, brought a liability (nuisance) claim under Austrian civil law in a national court against the Czech nuclear operator, relating to the Temelín plant, 50 km from the Austrian border.

Temelín had repeatedly been the focus of attention at EU level. Accession negotiations integrated a bilateral agreement between Austria and the Czech Republic concerning the monitoring of the plant’s safe operation

110 EGC Judgment in *France v Commission*, §§47 and 50.

111 Council Regulation (EU, Euratom) 617/2010, of 24 June 2010, concerning the notification to the Commission of investment projects in energy infrastructure within the European Union and repealing Regulation (EC) 736/96 (OJ L 180/7, 15/07/2010). Annulment proceedings are pending concerning this regulation – see *Parliament v Council*.

112 Commission Regulation (EU, Euratom) 833/2010, of 21 September 2010, implementing Council Regulation (EU, Euratom) 617/2010 concerning the notification to the Commission of investment projects in energy infrastructure within the European Union (OJ L 248/36, 22/09/2010).

113 For more on this case, see: Galante, 2010; Möstl, 2010.

114 AG Póiaros Maduro summarized the core of the dispute thus: “*This case may be characterised as one which turns on the question of reciprocal externalities. On the one side, Austria and, in particular, the Land Oberösterreich believe they are victims of an externality imposed on them by the EU and the Czech authorities in installing a nuclear power plant next to the Austrian border without taking into account the risks imposed on those living on the other side of the border. On the other side, the EU and the Czech Republic argue that it is the interpretation of Austrian law made by the Austrian Supreme Court that imposes on them an externality by requiring them to close the Czech nuclear power plant simply to protect the interests of Austrian citizens and without taking into account the situation in the Czech Republic*” (AG Opinion in *Land Oberösterreich*, §1).

and included an evaluation of nuclear safety at that facility, completed by annual checks after accession and an Art. 37 opinion on the radioactive waste disposal plan¹¹⁵.

Applicable Austrian law limited such claims to damages, excluding the possibility of interdiction, when the activity had been authorized by the national authorities. In this case, the national courts disagreed on whether this meant that authorizations by the authorities of another Member State had the same effect. In other words, did the national court have the power, not only to order the payment of damages, but also to prohibit the operation of the nuclear power plant¹¹⁶? Austria intervened in support of the interpretation that would grant greater power to its national courts, while the Czech Republic, France, Poland and the Commission intervened identifying a violation of EU Law (*in casu*, in a position protective of the interests of nuclear energy).

A very interesting issue was invoked, concerning the enforcement of Regulation (EC) 44/2001¹¹⁷. While not generally challenging the applicability of this Regulation to the nuclear sector, the Czech Republic argued that an order by the national court to cease operation of the Temelin plant did not have to be complied with, since Art. 34(1) of Regulation (EC) 44/2001 “provides that a judgment is not to be recognized where such recognition is manifestly contrary to public policy in the Member State in which recognition is sought”¹¹⁸. The Court avoided tackling this issue, as it was not required given its conclusion¹¹⁹.

The Court summarized the dispute in the main proceedings as concerning “essentially the issue whether an industrial activity consisting in the operation of a nuclear power plant may be pursued and, if so, what are the technical conditions which may be imposed on such a power plant because of an actual or potential

115 ECJ Judgment in *Land Oberösterreich*, §§43-49.

116 There was an interpretative dispute in this regard – see ECJ Judgment in *Land Oberösterreich*, §§55-56.

117 Council Regulation (EC) 44/2001, of 22 December 2000, on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (OJ L 12/1, 16/01/2001), last amended by Commission Regulation (EU) 416/2010, of 12 May 2010.

118 ECJ Judgment in *Land Oberösterreich*, §61.

119 ECJ Judgment in *Land Oberösterreich*, §62. See AG Opinion in *Land Oberösterreich*, §9.

*nuisance allegedly caused to land situated in another Member State due to its possible exposure to ionizing radiation originating from that power plant*¹²⁰.

On a procedural matter, given the identity of its jurisdiction under both treaties, the Court considered it could answer the national court's questions by interpreting also provisions of the Euratom Treaty, even if it had formally only referred questions under the EC Treaty¹²¹.

It then went on to establish that the prohibition of discrimination on the grounds of nationality was a general principle of EU Law, applicable also under the Euratom Treaty, even though it was only explicitly foreseen in Art. 12 of the EC Treaty (now Art. 18 TFEU)¹²²:

“Although the EAEC Treaty does not contain any explicit provision which corresponds to that article of the EC Treaty, the fact remains that (...) the principle laid down in Article 12 EC forms part of the ‘principles’ of the Community and the rule on equal treatment with nationals is one of the fundamental legal provisions of the Community. Article 12 EC (...) is a specific expression of the general principle of equality, which itself is one of the fundamental principles of Community law (...).

*... it would appear to be contrary to both the purpose and the consistency of the treaties to allow discrimination on grounds of nationality, which is prohibited under the EC Treaty by virtue of Article 12 EC, to be tolerated within the scope of application of the EAEC Treaty*¹²³.

It was then a simple matter to conclude that the Austrian legal provisions in question, as interpreted by the national court, led *“to the same outcome as a difference in treatment on grounds of nationality*¹²⁴, but it was still necessary to *“ascertain whether in the present case [the discrimination] comes within the scope of application of the EAEC Treaty*¹²⁵.

This was done by recalling the broad interpretation given by the Court to Chapter III of Title II of the Euratom Treaty, particularly in the *Nuclear*

120 ECJ Judgment in *Land Oberösterreich*, §82.

121 ECJ Judgment in *Land Oberösterreich*, §84.

122 ECJ Judgment in *Land Oberösterreich*, §91.

123 ECJ Judgment in *Land Oberösterreich*, §§88-90.

124 ECJ Judgment in *Land Oberösterreich*, §97.

125 ECJ Judgment in *Land Oberösterreich*, §98.

Safety Convention case, implying that this Treaty also governs, in a way, the safety of nuclear installations¹²⁶. Thus, “*the granting of official authorizations for the construction and operation of nuclear installations, in their various aspects relating to health protection against the dangers of ionizing radiations for the general public, comes within the scope of application of the EAEC Treaty*”¹²⁷.

De facto differential treatments on the basis of nationality may be justified “*by objective considerations unrelated to nationality*”, as long the principle of proportionality in relation to the legitimately pursued objective is respected¹²⁸. The clarification of this point is interesting insofar as it extended to the Euratom Treaty the abundant case-law on these matters under the TFEU.

Aims of a purely economic nature cannot, of course, be used as justification:

*“it must be noted that the willingness of the Austrian legislature to take account of the interests of domestic economic operators, to the exclusion of those of economic operators established in other Member States, cannot be accepted as justification for the difference in treatment resulting from the legislation at issue in the main proceedings. Just as they cannot justify a barrier to the fundamental principles of free movement of goods or the freedom to provide services (...), aims of a purely economic nature cannot justify discrimination on grounds of nationality within the scope of application of the EAEC Treaty.”*¹²⁹

But, more relevantly, concerns with the protection of life, of health, of the environment or of property rights also cannot be used to justify differences in treatment relating to authorizations of nuclear power plants given by another Member State, since the Euratom Treaty gives the Community extensive powers to regulate, supervise and guarantee compliance with the requirements of health and environmental protection from the dangers of ionizing radiation, and the Commission had carried out safety checks of this nuclear power plant, made recommendations during accession to ensure a “*level of safety comparable to that prevailing*” in the EU, and approved its

126 ECJ Judgment in *Land Oberösterreich*, §§99-104.

127 ECJ Judgment in *Land Oberösterreich*, §105.

128 ECJ Judgment in *Land Oberösterreich*, §108.

129 ECJ Judgment in *Land Oberösterreich*, §109.

radioactive waste disposal plan¹³⁰. The Court also based this conclusion on the ratification of the Nuclear Safety Convention by the Community and the Member States¹³¹. Finally, if the Euratom protection system malfunctions, Member States “*have a number of remedies at their disposal for obtaining the corrections necessary*”: (i) request the revision of the basic safety standards (Art. 32 Euratom)¹³²; (ii) initiate infringement proceedings (Art. 142 Euratom), which may even be urgent in some circumstances (Art. 38 Euratom); and/or (iii) act against an unlawful measure or omission of the Council or Commission (Arts. 145 to 149 Euratom).

Therefore, the Court concluded:

“if a Member State has enacted a domestic provision which (...) prevents an action for an injunction to prevent an actual or potential nuisance from being brought when the alleged nuisance originates from an officially authorized industrial installation, that Member State cannot, in principle, exclude from the scope of application of such a provision authorizations granted in respect of nuclear installations situated in other Member States by maintaining that such an exclusion is justified on grounds of protecting life, public health, the environment or property rights. Such an exclusion disregards completely the fact that the Community legislative framework (...) contributes precisely and essentially towards ensuring such protection. That exclusion cannot be regarded as necessary for the purposes of protection and therefore cannot be held to satisfy the requirement of proportionality, either”¹³³.

This exclusion of justifiability will almost certainly prove to be historical, although its precise scope is still to be clarified, as it seemed to be tempered in this case by the absence of actual identifiable damage and the exhaustive checks carried out by the Commission of that specific nuclear power plant.

The ECJ concluded by extending to the scope of the Euratom Treaty general principles of EU Law long affirmed under the TFEU, relating to the obligations of national courts when confronted with national law in conflict with EU Law:

130 ECJ Judgment in *Land Oberösterreich*, §§110-126 and 130.

131 ECJ Judgment in *Land Oberösterreich*, §§127-129. It would stand to reason that the Court’s logic would today necessarily encompass the Nuclear Safety Directive.

132 ECJ Judgment in *Land Oberösterreich*, §§131-132.

133 ECJ Judgment in *Land Oberösterreich*, §§135-136.

“When applying domestic law the national court must, as far as is at all possible, interpret it in a way which accords with the requirements of Community law. Where application in accordance with those requirements is not possible, the national court must fully apply Community law and protect the rights conferred thereby on individuals, if necessary disapplying any provision if its application would, in the circumstances of the case, lead to a result contrary to Community law”¹³⁴.

3.1.6. Parliament v Council¹³⁵

Regulation (EU, Euratom) 617/2010¹³⁶, implemented by Regulation (EU, Euratom) 833/2010¹³⁷, has instituted a legal framework for notification of investment projects in energy infrastructures, including nuclear power plants.

In October 2010, the European Parliament asked the Court to annul Regulation (EU, Euratom) 617/2010, adopted under the dual legal basis of Articles 337 TFEU and 187 EA (collection of information and verifications required for the Commission to carry out its functions), arguing that the measures in question “fall within the energy responsibilities of the Union which are specifically governed by Article 194 TFEU”¹³⁸. The practical consequence is that, instead of having no legally required role under the provisions used as legal basis (although it did issue an opinion on the proposed Regulation), the EP would have been co-legislator if Art. 194(2) TFEU had been used (ordinary legislative procedure). Furthermore, the Parliament argued that Art. 194(2) should have been the sole legal basis, excluding Art. 187 Euratom.

This is the second time the EP has gone before the Court to dispute the legal basis of legislation adopted by the Council under a Euratom provision¹³⁹,

134 ECJ Judgment in *Land Oberösterreich*, §138. Reaffirmed in: Judgment of the ECJ of 19 November 2009, *Fillipiak* (C-314/08), ECR (2009) I-11049, §81; and Judgment of the ECJ of 22 June 2010, *Aziz Melki* (C-188/10 and C-189/10), ECR not yet reported, §50.

135 Action brought on 12 October 2010, *Parliament v Council* (C-490/10) (OJ C 12/18, 15/01/2011).

136 Council Regulation (EU, Euratom) 617/2010, of 24 June 2010, concerning the notification to the Commission of investment projects in energy infrastructure within the European Union and repealing Regulation (EC) 736/96 (OJ L 180/7, 15/07/2010).

137 Commission Regulation (EU, Euratom) 833/2010, of 21 September 2010, implementing Council Regulation (EU, Euratom) 617/2010 concerning the notification to the Commission of investment projects in energy infrastructure within the European Union (OJ L 248/36, 22/09/2010).

138 Notice published in OJ C 12/18, 15/01/2011.

139 See: Judgment of the ECJ of 4 October 1991, *Parliament v Council* (C-70/88), ECR (1991) I-4529; and Judgment of the ECJ of 22 May 1990, *Parliament v Council* (C-70/88), ECR (1990) I-2041.

both times attempting to exclude the relevance of Euratom as a legal basis, given the extremely limited role it is awarded under this Treaty.

This case is still pending.

3.2. Military activity cases

There had long been discussions on whether the Euratom Treaty applied to military activities. In 1960, France had notified to the Commission its plans to conduct nuclear tests in the Sahara¹⁴⁰. In 1995, this dispute was raised before the EGC in the *French nuclear tests* case (see section 3.1.4), with the Commission¹⁴¹ and the European Parliament arguing for applicability and France arguing against, but the Court did not have to tackle the issue.

In the *Nuclear Safety Convention* case, the Court had stated, in the broadest terms, that Art. 37 Euratom gives the Community competences “as regards any plan for the disposal of radioactive waste in whatever form if the implementation of that plan is liable to result in the radioactive contamination of the water, soil or airspace of another Member State”¹⁴². The ECJ also recalled an earlier judgment where it had “held that the purpose of those articles was to ensure consistent and effective protection of the health of the general public against the dangers arising from ionising radiations, whatever their source”¹⁴³. Thus, at this point it seemed that the source of ionizing radiation was irrelevant to the applicability of the Euratom Treaty, since source was irrelevant to the objective of ensuring effective health protection. But the issue of military activities had not yet been specifically dealt with.

It was only in 2005 and 2006 (with a restatement in 2011), in cases that pitted the Commission against the UK and France (i.e. the Member States with nuclear military programmes) that the ECJ ruled on this issue. In what was, in my view, the least fortunate moment of EU case-law in the nuclear sector, the Court concluded that Euratom does not apply to any military activity, seemingly in an absolute and unconditional exclusion.

140 See AG Opinion in *Commission v UK (II)*, §96.

141 The Commission had also expressed this opinion, in the context of interpreting Art. 37 Euratom, in Commission Recommendation 1999/829/Euratom of 6 December 1999 on the application of Article 37 of the Euratom Treaty (O) L 324/23, 16/12/1999).

142 ECJ Judgment in *Nuclear Safety Convention*, §103.

143 ECJ Judgment in *Nuclear Safety Convention*, §80 (our underlining); Judgment of the ECJ of 4 October 1991, *Parliament v Council (C-70/88)*, ECR (1991) I-4529, §14.

3.2.1. *Commission v UK (II)*¹⁴⁴

Just as *Land de Sarre*¹⁴⁵, this case also dealt with a failure to comply with Art. 37 Euratom (radioactive waste management), but this time in the context of infringement proceedings initiated by the European Commission.

In 1998-1999, the UK decommissioned the “Jason reactor”, a nuclear reactor used for training and research associated to the Royal Navy’s nuclear propulsion programme for submarines. The Commission was informed that this would be carried out, but did not receive the information required by Art. 37 Euratom (decommissioning naturally involves disposal of radioactive waste) prior to the issuing of the authorization by the UK authorities¹⁴⁶.

The Court began by highlighting that “*the signatories of the Treaty, by referring in the preamble thereto to the advancement of the cause of peace, the applications of the nuclear industry contributing to the prosperity of their peoples and the peaceful development of atomic energy, intended to emphasize the non-military character of that Treaty and the supremacy of the aim of promoting the use of nuclear energy for peaceful purposes*”¹⁴⁷. Furthermore, Arts. 1 and 2 Euratom “*confirm that the objectives pursued by the Treaty are essentially civil and commercial*”¹⁴⁸.

However, the Treaty has no provision expressly excluding military activities, in contrast to the special rules in the TFEU. The UK and France argued this contrast showed military activities were excluded, or they would have included provisions to safeguard their interests in this domain, as they did under the EEC Treaty¹⁴⁹.

144 Judgment of the ECJ of 12 April 2005, *Commission v UK* (C-61/03), ECR (2005) I-2477; Opinion of AG Geelhoed delivered on 2 December 2004, in *Commission v UK* (C-61/03), ECR (2005) I-2477. For more on this case, see: ANDRES-ORDAX, 2008; BREDA, 2005; GERVASONI, 2005.

145 Judgment of the ECJ of 22 September 1988, *Land de Sarre* (187/87), ECR (1988) 5013.

146 “*Jason was not an isolated case. Other infringement cases had been also initiated by the Commission for failure to notify the general data under Article 37 Euratom, where the United Kingdom had systematically invoked the «military exception». The most recent cases, which never reached the Court, concerned the authorisation granted for increased discharges of radioactive waste into the Tamar river by Devonport Royal Dockyards Ltd (waste resulting from refitting, refuelling and dismantling of the Vanguard class trident submarines), and the increased discharges authorised at the Aldermaston and Burghfield sites (activities of manufacture and servicing of Trident nuclear warheads; warhead technology research; decommissioning of nuclear warheads)*” – ANDRES-ORDAX, 2008: 539.

147 ECJ Judgment in *Commission v UK (II)*, §26.

148 ECJ Judgment in *Commission v UK (II)*, §27.

149 ECJ Judgment in *Commission v UK (II)*, §§30 and 34.

This was despite the inclusion in the Treaty of some provisions dealing specifically with the military sector (see Arts. 24 to 28 and 84 Euratom). According to the Court, the *“existence of those provisions may also be explained by the fact that the application of certain rules introduced by that Treaty, even if it relates only to civil activities, is nevertheless liable to have an impact on activities and interests within the field of the national defence of the Member States”*¹⁵⁰. Perhaps, but is there no conclusion to be drawn from the absence of identical safeguards in the other Chapters that are also liable to have an impact on military activities (radiological protection, supply, etc.)?

As was stressed by the Court, the drafters of the Treaty had differing opinions on this issue and left it unresolved¹⁵¹. This was a rather selective way of describing the negotiations. It should be recalled that, at the time of the drafting of the Euratom Treaty, none of its Parties had nuclear military activities – *“it was, therefore, not at the time strictly necessary to decide whether the EAEC Treaty applied to the nuclear defence sector”*¹⁵². Furthermore, the *Travaux Préparatoires* of the Treaty recorded that: *“[t]he general view of the Ministers was that it was more important to find a solution that did not definitely exclude military uses, while at the same time ensuring that such a solution could not endanger the safeguards that were recognised as being of primordial importance”*¹⁵³.

As expressed by ANDRES-ORDAX:

“The lack of a general clause safeguarding the defence interests of Member States is in my view an indication that the founding fathers did not wish to openly allow Member States to exclude from the Euratom mechanisms the use of ionising radiation for defence

150 ECJ Judgment in *Commission v UK (II)*, §32.

151 ECJ Judgment in *Commission v UK (II)*, §29.

152 AG Opinion in *Commission v UK (II)*, §79. *“This is not to say that the issue was not discussed by the founders of the Community in preparing the Treaty. It should be remembered that the discussions took place in the context of international disarmament negotiations, as well as general speculation that the French Republic was considering joining the ranks of the nuclear military powers. The potential application of the future EAEC Treaty to nuclear defence was thus, at the time, an issue of certain political sensitivity”* AG Opinion in *Commission v UK (II)*, §80, quoting M. Faure (*Travaux Préparatoires* of the EAEC Treaty), in the name of the French Government: *“If France decides to proceed with military applications and to prepare and then to explode a bomb after four years, France does not intend to forego necessary consultation of its partners or Community control”*. The Spaak Report had left the issue to be decided at the highest political level – see AG Opinion in *Commission v UK (II)*, footnote 48. One should also consider the subsequent developments in France and the reversal of position concerning Euratom, which was in itself revealing of the way France perceived the impact of this Treaty on its military activities.

153 AG Opinion in *Commission v UK (II)*, §81.

related purposes, save where expressly indicated (related to Chapters 2 and 7 of Title II, dealing respectively with knowledge dissemination and safeguards). The lack of a general clause similar to Article 296 EC was compensated with the general provisions on security contained in Article 194, in particular concerning the security clearance on the staff of the Euratom institutions, drafted in different, much more detailed terms than its equivalent under the EEC Treaty”¹⁵⁴

On a point of general interest for the interpretation of the Euratom Treaty, the Court noted that the “*evidence on interpretation to be taken into consideration cannot be limited to the historical background to the drawing up of the Treaty, or to the contents of the unilateral declarations made by the representatives of certain States who took part in the negotiations which led to the signature of that Treaty*”¹⁵⁵.

Considering that the Euratom Treaty gives the Commission “*substantial powers which enable it to intervene actively, by means of legislation or in the form of an opinion containing individual decisions, in various spheres of activity*” connected to the use of nuclear energy (such as Arts. 34, 35 and 37 Euratom)¹⁵⁶, the Court thought it:

“clear that the application of such provisions to military installations, research programmes and other activities might be such as to compromise essential national defence interests of the Member States. Consequently (...), the absence in the Treaty of any derogation laying down the detailed rules according to which the Member States would be authorized to rely on and protect those essential interests leads to the conclusion that activities falling within the military sphere are outside the scope of that Treaty”¹⁵⁷.

The Commission also argued that, if a material is considered “waste”, it is no longer assigned to military use, and should no longer be covered by an exclusion of military activities from the scope of Euratom¹⁵⁸. But this would, according to the Court, require that Member States would be free to “*decide*

154 ANDRES-ORDAX, 2008: 546-547. This author adds that the Commission’s access to defence related information is implied in rules laid out for dealing with patents and research information.

155 On this issue, see AG Opinion in *Nuclear Safety Convention*, §§147-149 (quoted above in section 3.1.5).

156 ECJ Judgment in *Commission v UK (II)*, §35. Reaffirmed in ECJ Judgment in *Land Oberösterreich*, §119, and in ECJ Judgment in *Commission v UK (III)*, §17.

157 ECJ Judgment in *Commission v UK (II)*, §36. Reaffirmed in ECJ Judgment in *Commission v UK (III)*, §§18-19.

158 ECJ Judgment in *Commission v UK (II)*, §37.

both the time from which a military source of radioactive waste must be regarded as civil waste and the actual content of the data which must be communicated to the Commission”, which would be contrary to the purpose of Art. 37 Euratom, as clarified in *Land de Sarre*¹⁵⁹.

The impact of this judgment was substantial. It made clear that the “*Commission is not justified in relying on Article 37 [Euratom] in order to require Member States to provide it with information on the disposal of radioactive waste from military installations*”¹⁶⁰. But it was not immediately clear whether it definitely solved the applicability of the Euratom Treaty, in its entirety, to any and all military activities of Member States.

The wording of the judgment revealed an internal tension between the exclusion of military activities from the scope of Euratom, altogether, and the care in leaving the door open for a revision of the matter in future cases. Thus, the Court’s conclusion is said to be based on the specific provisions in question and was qualified by the conclusion that “*the Commission has not demonstrated that the application of Article 37 EA to the decommissioning of the military installation in question is justified*”¹⁶¹, suggesting the Court might revise the conclusion on a case by case basis.

Immediately after, the conclusion was restated in completely general terms – “*the fact that the Treaty is not applicable to uses of nuclear energy for military purposes*” – but was followed by what sounded like a safeguard against abuse of the exclusion, stating that this:

*“does not by any means reduce the vital importance of the objective of protecting the health of the public and the environment against the dangers related to the use of nuclear energy, including for military purposes. In so far as that Treaty does not provide the Community with a specific instrument in order to pursue that objective, it is possible that appropriate measures may be adopted on the basis of the relevant provisions of the EC Treaty”*¹⁶².

The Court’s reference to the provisions of the EC Treaty should be read in the context that both the EC Treaty (now Art. 352 TFEU) and the Euratom

159 ECJ Judgment in *Commission v UK (II)*, §§40-41.

160 ECJ Judgment in *Commission v UK (II)*, §44.

161 ECJ Judgment in *Commission v UK (II)*, §43.

162 ECJ Judgment in *Commission v UK (II)*, §44. Reaffirmed in ECJ Judgment in *Commission v UK (III)*, §28.

Treaty (Art. 203 Euratom) contain a residual competence clause to allow necessary steps for the pursuit of their objectives when no competences are awarded by their provisions. The Court seemed to want to leave it to the Member States to adopt rules applicable to military activities involving ionizing radiation.

But it's not clear what the Court was actually suggesting. The provisions of the TFEU which could most obviously be used for this purpose would be those establishing the competence to regulate environmental matters, public health and the residual competence clause¹⁶³. In any of those cases, since the main concern of any radiological protection rules tends to be the protection of the health of the population, it could always be argued that the appropriate legal basis for such rules would be the Euratom Treaty, and that the use of the TFEU would have, as single purpose, the circumventing of the Court's ruling that Euratom does not apply to military activities.

It should also be kept in mind that the use of the environmental protection basis would be limited in object; Art. 168 TFEU, on public health, seems to be somewhat restrictive of the scope of the Union's interference in this domain; and the use of the residual competence clause would require unanimity in the Council (and thus would be likely to be blocked by the UK and France). Could the Court have been considering the use of Art. 337 TFEU (on collection of necessary information), in which case wouldn't the same issue arise, given the existence of the exact same provision in the Euratom Treaty (Art. 187)? The European Commission also seems not to be clear on what legal basis is available to it (see below).

A possible approach would be to re-adopt existing Euratom legal acts under a dual legal basis (possibly at the time of their next substantive revision), under both Euratom and TFEU. The procedural consequences of this approach are significant, however, and its viability is dependent on the compatibility between the different legal bases. Finally, it must be kept in mind that any legal act with an impact on military activities adopted under the TFEU would be subject to the general reservations provided for in Art. 346 TFEU.

It should be stressed that Advocate-General Geelhoed disagreed with the Court's conclusion. Noting that "*substantial negative repercussions for an*

163 Another option is the issuing of a recommendation under the TFEU, an option favoured by one author (Andres-Ordax, 2008), but which would have no legally binding consequences for the Member States.

important interest would inevitably be entailed by an unqualified finding in favour of either party”, the AG proposed a commendable compromise solution¹⁶⁴, based on a case by case approach¹⁶⁵, that he believed to be more in line with the intention of the original drafters of the Treaty¹⁶⁶.

The inclusion of military activities was also supported by a purely textual interpretation of Art. 37 Euratom¹⁶⁷ and by the explicit tackling of military activities in some Euratom provisions (Arts. 13, 24 to 28, 84 and 194 Euratom)¹⁶⁸, demonstrating *“the sensitivity of the Treaty authors to the need to preserve nuclear defence and other secrets. Each represents a balance struck between, on the one hand, the overarching objective of the relevant Treaty chapter (e.g., dissemination of information) and, on the other hand, Member States’ legitimate interest to ensure confidentiality in the defence sector and beyond”*¹⁶⁹. The exclusion of all military activities from the scope of Euratom would *“mean that the provisions of the Treaty dealing expressly with its application to defence would be redundant and serve no purpose”*¹⁷⁰. The AG also suggested an analogy with the EC Treaty (especially Art. 296(1)), where military activities are included – e.g. in the scope of environmental protection Directives – as long as essential interests of national security are not threatened¹⁷¹.

In light of all the above, the Advocate-General concluded:

“[T]he health and safety provisions of the EAEC Treaty are of vital importance and should be interpreted in a manner that ensures effective protection of public health. Further, as we have seen, the contention that the nuclear defence sector falls per se outside the scope of application of the EAEC Treaty is not, on a systematic interpretation of the Treaty, valid.

164 AG Opinion in *Commission v UK (II)*, §§58-60.

165 AG Opinion in *Commission v UK (II)*, §117.

166 AG Opinion in *Commission v UK (II)*, §82 (see also §§88 and 109-110).

167 AG Opinion in *Commission v UK (II)*, §62.

168 AG Opinion in *Commission v UK (II)*, §§84-87. In a subsequent Opinion, AG Geelhoed noted that *“Member States’ duty to report on the overall level of radioactivity in the air, water and soil (see Articles 35 and 36 EA) will necessarily include measuring, purely incidentally and as part of these global levels, radioactivity emanating from military sources”* AG Opinion in *Commission v UK (III)*, footnote 20.

169 AG Opinion in *Commission v UK (II)*, §88.

170 AG Opinion in *Commission v UK (II)*, §93.

171 AG Opinion in *Commission v UK (II)*, §§100-102.

It follows that the obligation imposed by Article 37 EA on Member States to provide the Commission with general data relating to any plan for the disposal of radioactive waste should, in principle, apply equally to the defence sector. As a result, it should not be acceptable for a Member State to refuse to supply any information relating to a plan to dispose of military radioactive waste on the sole ground that the waste results from defence activities.

*[That being said, the] Article 37 obligations should not (...) apply where, in a particular case, a Member State considers that its essential security interests may be harmed by supplying certain information required under this article*¹⁷².

3.2.2. Commission v UK (III)¹⁷³

The *Commission v UK (II)* case left questions unanswered, and could, in my opinion, still have been interpreted to arrive at a compromise solution, allowing for a case by case solution that could have, in some situations, allowed for the applicability of Euratom provisions to military activities. This changed a year later, with *Commission v UK (III)*. In this judgment of the ECJ's First Chamber, the internal tension evidenced in the language of the Court's previous Grand Chamber ruling disappeared entirely.

Just as in *Commission v UK (I)*, this case concerned lack of implementation of a Directive in Gibraltar, specifically, a failure to inform the public likely to be affected in the event of a radiological emergency about the local emergency plan, in violation of Art. 5(3) of Directive 89/618/Euratom¹⁷⁴. The case arose from complaints received by the Commission about repairs to the UK's nuclear powered submarine *Tireless* being carried out during a year in the Gibraltar harbour.

The Commission argued that information to the public on measures to be adopted in the event of a radiological emergency should not be considered a

172 AG Opinion in *Commission v UK (II)*, §§111-113. The AG further argued that this assessment by Member States should be made in accordance with the duty of loyal cooperation and, thus, on the basis of an "open and constructive dialogue with the Commission", attempting, where possible, to identify less extreme means to protect their defence interests than total withholding of the information (§115).

173 Judgment of the ECJ of 9 March 2006, *Commission v UK* (C-65/04), ECR (2006) I-2239; Opinion of AG Geelhoed delivered on 1 December 2005, in *Commission v UK* (C-65/04), ECR (2006) I-2239. For more on this case, see: ANDRES-ORDAX, 2008.

174 On a point of relevance for the interpretation of Directive 89/618/Euratom, the Commission stated that making an emergency plan available in a public library was insufficient to meet the obligations arising from Article 5(3) of this Directive (ECJ Judgment in *Commission v UK (III)*, §8).

military, but rather a civil defense matter¹⁷⁵. In this regard, it should be recalled that the EU has exercised competences relating to the harmonization of civil protection, and that these rules (adopted simultaneously under the EC and Euratom treaties) expressly encompass radiological emergencies¹⁷⁶. This was similar to the Commission's argument in *Commission v UK (II)*, that any impact on military activities was merely incidental to the regulation of the radiological protection of the environment and the population, in particular in light of possible cross-border effects. More to the point, according to the Commission (rightfully, it seems), in this case there was “no possible way in which provision of such information to the general public could harm Member States' military interests”¹⁷⁷.

The Court dismissed this argument, stating that what is relevant is that “the source of the nuclear energy is of military origin”¹⁷⁸. It then went on to interpret *Commission v UK (II)* as explicitly excluding a case by case assessment of the “damage which performance of [Euratom] obligations may cause to the essential national defence interests of those States”¹⁷⁹, stating, in the clearest of terms:

175 ECJ Judgment in *Commission v UK (III)*, §21.

176 See Council Decision 2007/779/EC, Euratom, of 8 November 2007, establishing a Community Civil Protection mechanism (recast) (OJ L 314/9, 01/12/2007), Art. 1(2); and Commission Decision 2004/277/EC, Euratom, of 29 December 2003, laying down rules for the implementation of Council Decision 2007/779/EC, Euratom (OJ L 87/20, 25/03/2004), as amended by Commission Decision 2008/73/EC, Euratom, of 20 December 2007 (OJ L 20/23, 24/01/2008), and by Commission Decision 2010/481/EU, Euratom, of 29 July 2010 (OJ L 236/5, 07/09/2010), Art. 11(2).

177 AG Opinion in *Commission v UK (III)*, §15. In this respect, AG Geelhoed stated: “I [admit] that I have considerable sympathy for the substance of the outcome espoused by the Commission. It seems to me indeed very difficult to argue that Member States' military interests could be damaged by the provision of basic information to the public on how best to protect themselves in the event of a nuclear accident or emergency. As is clear from the terms of Annex I to Directive 89/618, the information covered by the Article 5(3) obligation is purely general in nature...” and noted that the effort required of the UK to comply with the provision was minimal – it merely had to distribute to mailboxes in Gibraltar the plan already made available at the public library. “On the facts of the present case, therefore, the position of the United Kingdom and the French Republic refuting the existence of such an obligation is plainly unattractive” (AG Opinion in *Commission v UK (III)*, §§33-34). The exclusion of military activities from the scope of Euratom will indeed often have little practical impact in national legislation – it has been noted, namely, that “applying the basic safety standards to workers in defence related sectors is certainly already a fact (in particular, the legislation on Radiation Protection in defence related activities in the United Kingdom is contained in the general regulations that were notified to the Commission as transposing measures for Directive 96/29/ Euratom” (Andres-Ordax, 2008: 558).

178 ECJ Judgment in *Commission v UK (III)*, §23.

179 ECJ Judgment in *Commission v UK (III)*, §§25-26.

*“It is very clear from the judgment that the use of nuclear energy for military purposes falls outside the scope of all the provisions of the EAEC Treaty, not just some of them”*¹⁸⁰.

Advocate-General Geelhoed also issued an Opinion in this case, agreeing (albeit unhappily) with the Court’s broad reading of the previous judgment, and rejecting any possibility for distinction of this case on the basis of a nuanced interpretation of *Commission v UK (II)*¹⁸¹. The AG whose opinion was not followed by the Court concluded with the following saddened assessment: *“for as long as the Community has not made use of its competence under the EC Treaty to legislate in this sphere, a gap exists in the protection of the health of the general public. It is clear from the judgment’s terms that the Court has accepted this consequence”*¹⁸².

Thus, in the absence of a reversal of the case-law – which I hope will one day come –, it would seem the issue has been resolved. But I do not believe all problems connected to the applicability of Euratom military uses of nuclear energy or ionizing radiation have been solved.

For one thing, the qualification of an activity as being of a military nature can certainly not be left entirely to an arbitrary decision of the Member States, or the full effectiveness of the Euratom Treaty would be irremediably jeopardized.

If the military nature of the source of radiation excludes the applicability of Euratom and its implementing Directives and Regulations, does this mean that it is never applicable to military activities, even if they are ascribable to third States (e.g. not applicable to a visiting American nuclear ship)? Does this mean that environmental radioactivity data required by Art. 35 Euratom need not include radioactivity arising from military installations, and how is one to separate the two? What if a Member State completes a supply contract for military purposes, but then internally redirects the material to civilian uses? If the EU is the target of a terrorist attack with a “dirty bomb”, in a context qualified by the USA and perhaps one or more Member States as

¹⁸⁰ ECJ Judgment in *Commission v UK (III)*, §26.

¹⁸¹ “[T]he statements in the judgment excluding military uses of nuclear energy from the ambit of the EAEC Treaty are couched in broad and unequivocal terms. The Court’s conclusion at paragraph 44 of the judgment that ‘the Treaty is not applicable to uses of nuclear energy for military purposes’ is prima facie categorical and absolute” – AG Opinion in *Commission v UK (III)*, §28. See also §§29-37.

¹⁸² AG Opinion in *Commission v UK (III)*, §37.

falling under *jus bellum*, does that mean that Euratom provisions will not be applicable thereto? Should one now expect the Court to immediately exclude the applicability of Euratom to nuclear tests carried out by a sovereign State?

And these are far from being merely theoretical issues, as a recent case before the Court has proved. Indeed, in the *Thule nuclear accident* cases (see section 3.5.3), concerning damages suffered by Danish citizens in Greenland, following the crash of an American airplane carrying nuclear weapons, the Commission argued to exclude its liability, *inter alia*, on the grounds that “Directive 96/29[/Euratom] cannot apply to the accident at Thule, because the EAEC Treaty does not apply to military uses of fissile materials”¹⁸³. Applicants relied on the Court’s previous ruling in the *Nuclear Safety Convention* case¹⁸⁴, but the ECJ confirmed (qualifying this issue as “settled case-law”, no less) that:

*“as regards the application of the Euratom Treaty to military activities, (...) [i]t is clear from settled case-law that that treaty does not apply to military activities”*¹⁸⁵.

In the context of a petition presented to the European Parliament by an association of victims of the Thule nuclear accident, the Commission noted that it “was examining the possibility of proposing radiation protection requirements in situations arising from any source of emission or contamination”, but that the “compatibility of such a provision with the established case-law needs to be further assessed, in the light of the Court of Justice case-law which excludes military uses of nuclear energy from the scope of Euratom law”¹⁸⁶. No further action is known.

These three cases have threatened serious harm to the settled case-law on the single EU legal order, threatening to create bizarre internal contradictions. If the EU is affected by radioactive fallout from a military use of nuclear energy or ionizing radiation, does this mean that the Regulations on foodstuffs contaminated by radiation will be applicable – because they are

183 EGC Order in *Eriksen v Commission*, §20.

184 ECJ Order of 2011 in *Eriksen et al v Commission*, §61.

185 ECJ Order of 2011 in *Eriksen et al v Commission*, §66.

186 Communication from the Commission: Summary of Commission activities carried out in 2007 in implementation of Title II, Chapters 3 to 10, of the Euratom Treaty (COM/2008/0417 final), §3.5.4

adopted under the EC Treaty – but not the Euratom Treaty and any of its implementing radiological protection provisions, including those relating to emergency response?

These rulings of the ECJ, which usually places the guarantee of the *effet utile* of EU provisions above all other considerations, were surprising, to say the least. Indeed, several Euratom objectives cannot “*be fully achieved if the applications of ionizing radiation in defence related activities are excluded from the scope of the Treaty*”¹⁸⁷. Its practical consequence is that Member States are not guaranteed by the Euratom system against the dangers of ionizing radiation arising from military activities of any State with military nuclear programmes, on the assumption that any military activity involving ionizing radiation involves vital national security interests (and that this is grounds for exclusion of applicability even in the case of the security interests of third countries).

The final conclusion that must be drawn from these cases is that, as interpreted by the Court, ensuring the safety of persons and of the environment is apparently not an overriding interest within the Euratom Treaty¹⁸⁸.

3.3. Other infringement proceedings

3.3.1. *Commission v Belgium*¹⁸⁹

Commission v Belgium was the only case to go before the Court concerning Directive 90/641/Euratom, on the radiological protection of outside workers¹⁹⁰. It was a straightforward infringement case. Belgium did not challenge that it had failed to transpose, within the period set out in the Commission’s reasoned opinion, Arts. 4(2), 5 and 6 and Annexes I and II of the Directive.

On issues of substance, it is worth noting that Art. 4(2) and Annexes I and II had been partly transposed, but never regulated, as foreseen in the national

187 Andres-Ordax, 2008.

188 On the overriding nature of this objective, see AG Opinion in *INB*, §57.

189 Judgment of the ECJ of 6 June 2002, *Commission v Belgium* (C-146/01), ECR (2002) I-5117; Opinion of AG Geelhoed delivered on 5 March 2002, in *Commission v Belgium* (C-146/01), ECR (2002) I-5117.

190 Council Directive 90/641/Euratom, of 4 December 1990, on the operational protection of outside workers exposed to the risk of ionizing radiation during their activities in controlled areas (OJ L 349/21, 13/12/1990).

law, leading the Court to conclude that the absence of detailed rules implied an incomplete transposition¹⁹¹.

3.3.2. *Commission v France (I)*¹⁹²

In *Commission v France (I)*, France did not challenge that it had failed to transpose Directive 96/29/Euratom, invoking heavy legislative workload as the reason why the required action had not yet been taken¹⁹³. Since on the expiry of the period laid down in the reasoned opinion, the Directive had not yet been fully transposed, the Court declared the infringement¹⁹⁴.

3.3.3. *Commission v France (II)*¹⁹⁵

This case concerned a failure to transpose the special rules on the health protection of individuals against the dangers of ionizing radiation in the context of medical exposure (included first in Directive 84/466/Euratom¹⁹⁶, and then in Directive 97/43/Euratom¹⁹⁷). It was another straightforward case, that ran in parallel with and with the same characteristics as *Commission v France (I)*¹⁹⁸.

3.3.4. *Commission v UK (I)*¹⁹⁹

In *Commission v UK (I)*, the UK successfully tackled, during the pre-litigation procedure, several shortcomings identified by the Commission in

191 ECJ Judgment in *Commission v Belgium*, §§20 and 27.

192 Judgment of the ECJ of 15 May 2003, *Commission v France* (C-483/01), ECR (2003) I-4961; Opinion of AG Tizzano delivered on 16 January 2003, in *Commission v France* (C-483/01), ECR (2003) I-4961.

193 ECJ Judgment in *Commission v France (I)*, §20.

194 ECJ Judgment in *Commission v France (I)*, §§22-23.

195 Judgment of the ECJ of 15 May 2003, *Commission v France* (C-484/01), ECR (2003) I-4975; Opinion of AG Tizzano delivered on 16 January 2003, in *Commission v France* (C-484/01), ECR (2003) I-4975.

196 Council Directive 84/466/Euratom, of 3 September 1984, laying down basic measures for the radiation protection of persons undergoing medical examination or treatment (O) L 265/1, 05/10/1984.

197 Council Directive 97/43/Euratom, of 30 June 1997, on health protection of individuals against the dangers of ionizing radiation in relation to medical exposure, and repealing Directive 84/466/Euratom (O) L 180/22, 09/07/1997).

198 See ECJ Judgment in *Commission v France (II)*, §20.

199 Judgment of the ECJ of 28 January 2004, *Commission v UK* (C-218/02), ECR (2004) I-1241.

its transposition of Directive 96/29/Euratom²⁰⁰. However, as it admitted, the transposition measures did not cover all of the UK's territory, as they were not applicable in Gibraltar²⁰¹, and thus the failure to fully transpose was declared.

3.3.5. *Commission v France (III)*²⁰²

In *Commission v France (III)*, the Court returned to an issue discussed in *Commission v France (I)* – temporal limitations for initiation of infringement proceedings –, although in a different perspective. It expressed displeasure with the Commission's option of instituting infringement proceedings on the basis of a first reasoned opinion, even though the national legal framework had substantially changed in the meantime²⁰³.

Two years and a half had passed between the end of the period foreseen in the Commission's reasoned opinion and the initiation of the infringement proceedings. After recalling the case-law according to which a Member State's failure “to fulfil its obligations must be determined by reference to the situation prevailing (...) at the end of the period laid down in the reasoned opinion and (...) the Court cannot take account of any subsequent changes”²⁰⁴, the ECJ stated:

*“Where the relevant national provisions have fundamentally changed between the expiry of the period laid down for compliance with the reasoned opinion and the lodging of the application, that change in circumstances may render the judgment to be given by the Court otiose. In such situations, it may be preferable for the Commission not to bring an action but to issue a new reasoned opinion precisely identifying the complaints which it intends pursuing, having regard to the changed circumstances”*²⁰⁵.

200 Specifically: Art. 42 of Directive 96/29/Euratom, relating to the protection of air crew; Arts. 48 to 53 of Directive 96/29/Euratom, relating to radiological emergencies; and the transposition of the Directive for territory of Northern Ireland (ECJ Judgment in *Commission v UK (I)*, §§10-11).

201 ECJ Judgment in *Commission v UK (I)*, §§11-13.

202 Judgment of the ECJ of 9 December 2004, *Commission v France* (C-177/03), ECR (2004) I-11671; Opinion of AG Geelhoed delivered on 1 July 2004, in *Commission v France* (C-177/03), ECR (2004) I-11671.

203 See also AG Opinion in *Commission v France (III)*, §§22-23.

204 ECJ Judgment in *Commission v France (III)*, §19.

205 ECJ Judgment in *Commission v France (III)*, §21.

However, even though the circumstances made the Court's analysis "*more complex*", the action was nonetheless admissible²⁰⁶. In practice, this meant the ECJ had to declare infringements that had allegedly been corrected in the national law after the end of the period foreseen in the reasoned opinion, but before initiation of the proceedings before the Court²⁰⁷.

The Commission's option had at least partly to do with the desire to clarify the obligations under the Directive. Indeed, the judgment allowed for the clarification of the following provisions of the Directive:

- Art. 2(1)(b) and (c): transposition cannot be limited to emergencies arising from facilities situated in the Member States in question²⁰⁸;
- Art. 2(2)(a): transposition must relate to emergencies arising from all nuclear reactors (cannot be limited to those above a certain power)²⁰⁹;
- Art. 3: requires an "*indication of the dose limits of which the risk of exceedence necessarily triggers the taking of measures to inform the general public*"²¹⁰;
- Art. 6: it is not sufficient for national law to foresee that this information should be provided "*within the time-limits laid down*" by an authority, it must foresee its diffusion "*without delay*"²¹¹;
- Art. 7: it is not sufficient to organize first-day medical care²¹²;
- Art. 8: even though it's not foreseen in national law, it is sufficient for Member States to have a practice of including these details in the media used for informing the general public²¹³;

The position of the Court concerning the interpretation of France's compliance with Art. 8 of the Directive is extremely noteworthy. Whereas in a 1997 case²¹⁴ the Court had apparently taken a formalist approach, saying

206 ECJ Judgment in *Commission v France (III)*, §22.

207 See, e.g., ECJ Judgment in *Commission v France (III)*, §§24-25 and 45-46.

208 ECJ Judgment in *Commission v France (III)*, §32.

209 ECJ Judgment in *Commission v France (III)*, §28.

210 ECJ Judgment in *Commission v France (III)*, §38.

211 ECJ Judgment in *Commission v France (III)*, §48.

212 ECJ Judgment in *Commission v France (III)*, §50.

213 ECJ Judgment in *Commission v France (III)*, §§56-61.

214 Order of the President of the ECJ of 11 March 1997, *Commission v Luxembourg (C-46/95)*, ECR (1996) 1279.

that the transposition of the Directive required explicit provisions in national legislation, and disregarded the implementation in practice of the obligations, here, 7 years later, it seemingly reversed its position:

“according to the very terms of the third paragraph of Article 161 EA, the Member States are entitled to choose the form and methods for implementing directives which best ensure the result to be achieved by the directives. It is clear from that provision that the transposition of a directive into national law does not necessarily require legislative action in each Member State. Thus, the Court has repeatedly held that it is not always necessary formally to enact the requirements of a directive in a specific express legal provision. (...)

In this case, the Commission has not in any way demonstrated that compliance with the obligation laid down in Article 8 of the Directive requires specific implementing measures to be incorporated into national law.

Moreover, the Commission acknowledges the existence of a practice on the part of the French authorities, whereby details of the responsible authorities are given through the media used for informing the general public, but has not shown how that practice is contrary to the obligation laid down in Article 8 of the Directive”²¹⁵.

The principle invoked by the Court was based on case-law adopted after 1997, but it must be noted that it actually went as far back as 1985²¹⁶. Furthermore, even though the Commission had explicitly criticized the lack of legal certainty, the Court omitted, from the same paragraphs of case-law it quoted, that it is “essential that the legal situation resulting from national implementing measures is sufficiently precise and clear to enable the individuals concerned to know the extent of their rights and obligations”²¹⁷. Finally, the cases invoked by the ECJ were significantly different from the situation at hand.

215 ECJ Judgment in *Commission v France (III)*, §§57, 59 and 60.

216 See, e.g., cases quoted in Judgment of the ECJ of 26 June 2003, *Commission v France (C-233/00)*, ECR (2003) I-6625, §76.

217 Judgment of the ECJ of 26 June 2003, *Commission v France (C-233/00)*, ECR (2003) I-6625, §76; Judgment of the ECJ of 20 November 2003, *Commission v France (C-296/01)*, ECR (2003) I-13909, §55. And: “the provisions of directives must be implemented with unquestionable binding force, and with the necessary specificity, precision and clarity, in order to satisfy the requirements of legal certainty. Mere administrative practices, which by their nature are alterable at will by the authorities and are not given appropriate publicity, cannot be regarded as constituting the proper fulfillment of a Member State’s obligations flowing from Community law since they maintain, for the persons concerned, a state of uncertainty as regards the extent of their rights and obligations in a field governed by that law” – Judgment of the ECJ of 20 November 2003, *Commission v France (C-296/01)*, ECR (2003) I-13909, §54.

The first related to an issue clarified in national case-law, and invoked case-law relating to legal issues made clear by general principles²¹⁸. The second was a mere restatement of the case-law principles, while on the facts a failure to transpose the Directive was identified²¹⁹.

Even if one were to interpret this as a dispute over whether Art. 8 specifically required transposition into legal norms, it should be highlighted that the Court seemed to state that the burden of proof was on the Commission to show that a mere practice of the authorities was insufficient to meet the respective obligation (even though it was merely an issue of interpreting the provision).

It is far from clear that the Court's reading of the principle in question, in its application to Art. 8 of this Directive, should be considered settled case-law. On the one hand, it does not seem entirely unreasonable to wonder if the same conclusion would have been arrived at by the Court if it had not been in a frame of mind contrary to the Commission, as a result of its decision to initiate Court proceedings without issuing a new reasoned opinion (as discussed above)²²⁰. On the other hand, subsequent case-law seems to have been more restrictive, and more in line with the case-law that had preceded this judgment²²¹.

3.3.6. *Commission v UK (IV)*²²²

Commission v UK (IV) concerned the failure to transpose Art. 53 of Directive 96/29/Euratom, in Title IX (intervention)²²³. Specifically, national law did not require the adoption of the measures provided for in that article in all cases where a situation had been identified as leading to lasting exposure,

218 Judgment of the ECJ of 26 June 2003, *Commission v France* (C-233/00), ECR (2003) I-6625, §§71 and 76.

219 Judgment of the ECJ of 20 November 2003, *Commission v France* (C-296/01), ECR (2003) I-13909, §§57-59.

220 It should be noted that, while the Commission was only successful on 4 of the 6 issues it brought before the Court, AG Geelhoed had suggested it should be successful on all issues (AG Opinion in *Commission v France (III)*, §24).

221 See, e.g., Judgment of the ECJ of 16 June 2005, *Commission v Italy* (C-456/03), ECR (2005) I-5335, §44 *et ss.*; Judgment of the ECJ of 30 November 2006, *Commission v Luxembourg* (C-32/05), ECR (2006) I-11323, §32 *et ss.*; Opinion of AG Mazák delivered on 23 September 2008, in *Age Concern England* (C-388/07), ECR (2009) I-1569, §44 *et ss.*

222 Judgment of the ECJ of 18 July 2007, *Commission v UK* (C-155/06), ECR (2007) I-103.

223 This case was sparked by a complaint to the European Commission – ECJ Judgment in *Commission v UK (IV)*, §7.

resulting from the after-effects of a radiological emergency or a past practice, but only for cases where the activity in question had been granted a license²²⁴. The UK did not challenge the Commission's assessment, and the Court declared the infringement.

3.3.7. Commission v Greece²²⁵

In July 2010, in what was the 3rd time an issue connected to radioactive waste management was taken before the Court, the Commission asked the Court to declare Greece had failed to transpose Directive 2006/117/Euratom²²⁶. In October, Greece having completed the transposition, the Commission withdrew its request (with Greece bearing the costs of the proceedings²²⁷), so that no judgment was issued by the Court.

3.4. Competition Law cases

The enforcement of competition law to Euratom activities has required the clarification the *lex specialis* nature of that Treaty and the interrelation with the EC Treaty (now TFEU), since there are no competition provisions in the Euratom Treaty itself²²⁸. The conclusion on this issue, as clarified by the Court is that:

“Although the Euratom Treaty is a lex specialis in relation to the TFEU, specific derogations must be identified in order to exclude the applicability of TFEU provisions. Apart from practices effectively excluded from the scope of competition by Chapter 6,

224 ECJ Judgment in *Commission v UK (IV)*, §§17-19.

225 Order of the ECJ of 22 November 2010, *Commission v Greece (C-353/10)* ECR not yet reported.

226 Council Directive 2006/117/Euratom, of 20 November 2006, on the supervision and control of shipments of radioactive waste and spent fuel (OJ L 337/21, 05/12/2006).

227 EGC Order in *Commission v Greece*, §§3-5.

228 It may be of historical interest to note that the last Commission proposal for a revision of Chapter 6 of Title II of the Euratom Treaty, in accordance with Art. 76 Euratom, which was never adopted (Commission Proposal for a Council Decision adopting new provisions relating to Chapter 6 “Supplies” of the Treaty establishing the European Atomic Energy Community – COM/82/732 final, OJ C 330/4, 16/12/1982, amended by COM/1984/606 final), would have explicitly stated: *“Articles [101] to [106] of the [TFEU] shall apply to those restrictions, conditions and measures relating to supplies which are not mentioned in Article 53(1)”*. This suggestion was criticized at the time, first for being superfluous and *“simply declaratory, intended as no more than a helpful reminder to the reader”*, but also because: *“the drafting seems to leave no room for overlapping”*, as further explained by the author (ALLEN, D., “The Euratom Treaty, Chapter VI: New hope or false dawn?”, (1983) *Common Market Law Review* 473, at p. 491).

*and of Annex III advantages granted to joint undertakings, no such derogations exist, in general and abstract terms, in the Euratom Treaty*²²⁹.

3.4.1. Dessauer Versorgungs²³⁰

Twenty years after the first and only case on competition law in the nuclear sector before the ECJ in the 20th century²³¹, state aid relating to nuclear activities once again went before the Court in *Dessauer Versorgungs*.

Municipal electricity distribution utilities asked the Commission to examine non-notified aid granted by Germany to nuclear power station operators, in the form of tax exemptions (to finance decommissioning and disposal of irradiated fuel and radioactive waste), and then went before the EGC to challenge the Commission's lack of response. Shortly thereafter, the Commission adopted a Decision considering that the tax exemptions in question were not state aid within the meaning of Art. 107 TFEU. The action for failure to act thus became devoid of purpose, no judgment being required. Implicitly, of course, this case reconfirmed the applicability of EU State aid law to the nuclear sector.

3.4.2. Stadtwerke Schwäbisch Hall²³²

Stadtwerke Schwäbisch Hall brought the same issue back to the Court, and this time led to two judgments. Under general German law, companies were required to set aside funds to provide for uncertain liabilities and risks of losses resulting from their activity. Nuclear power plant operators were thus required to set aside reserves providing for the costs of irradiated fuel and radioactive waste management and decommissioning.

Three local power generation and distribution companies asked the Commission to declare that Germany had granted unlawful State aid, by giving nuclear power plant operators an advantage over competitors using other means of electricity generation. The Commission concluded that

229 Sousa Ferro, 2010(2). See also Allibert & Jones, 2008: 4.673-4.683.

230 Order of the EGC of 27 November 2002, *Dessauer Versorgungs- und Verkehrsgesellschaft mbH* (T-291/01), ECR (2002) II-5033.

231 Judgment of the ECJ of 6 July 1982, *France et al v. Commission* (188 to 190/80), ECR (1982) 2545.

232 Judgment of the ECJ of 29 November 2007, *Stadtwerke Schwäbisch Hall GmbH et al v Commission et al* (C-176/06 P), ECR (2007) I-170; Judgment of the EGC of 26 January 2006, *Stadtwerke Schwäbisch Hall GmbH et al v Commission* (T-92/02), ECR (2006) II-11.

For more on this case, see: Delzangles, 2007; Maitrepierre, 2008; Reich, 2006.

there was no State aid²³³. Unsatisfied, the complainants – as competitors and, therefore, interested parties – appealed to the EGC. German nuclear operators intervened in support of the Commission’s position.

The most interesting aspect of this case was the contrast between the EGC’s (welcoming) and the ECJ’s (restrictive) attitude towards the appeal. The EGC found the action admissible²³⁴ and went on to examine if the Commission had sufficient grounds to exclude the presence of State aid in the preliminary assessment phase. The ECJ, on the other hand, subsequently held that the EGC had gotten it wrong and annulled that judgment on the grounds of the inadmissibility of the initial appeal:

“[Le juge communautaire] déclare recevable un recours visant à l’annulation d’une telle décision, introduit par un intéressé au sens de l’article 88, paragraphe 2, CE [now 108(2) TFEU], lorsque l’auteur de ce recours tend (...) à faire sauvegarder les droits procéduraux qu’il tire de cette dernière disposition. (...)

En revanche, si les requérant met en cause le bien-fondé de la décision d’appréciation de l’aide en tant que telle, le simple fait qu’il puisse être considéré comme intéressé (...) ne saurait suffire pour admettre la recevabilité du recours. Il doit alors démontrer qu’il a un statut particulier au sens de l’arrêt Plaumann/Commission (...). Il en serait notamment ainsi le cas où la position sur le marché du requérant serait substantiellement affectée par l’aide faisant l’objet de la décision en cause (...).

(...) force est de constater, en l’espèce, que les conclusions présentées devant le Tribunal et l’ensemble des moyens soulevés à l’appui de celles-ci tendaient à obtenir l’annulation de la décision litigieuse sur le fond, au motif que le régime d’exonération fiscale des provisions en cause constituait une aide incompatible avec le marché commun. Le Tribunal ne pouvait, dès lors, requalifier, ainsi qu’il l’a fait au point 51 de l’arrêt attaqué, l’objet même du recours qui lui était soumis et estimer, à tort, que les requérantes entendaient obtenir le respect des garanties procédurales dont elles auraient dû disposer.”²³⁵

“(...) les requérantes (...) ne peuvent être regardées comme étant individuellement concernées au sens de l’arrêt Plaumann/Commission (...) que pour autant que leur

233 Commission Decision C(2001)3967 final, of 11 December 2001, declaring that the German provisions relating to reserves set aside by operators of nuclear power plants for the safe disposal of radioactive waste and the definitive shutdown of nuclear power plants do not constitute aid within the meaning of Article 87(1) EC (case NN 137/01).

234 EGC Judgment in *Stadtwerke Schwäbisch Hall*, §§46-55.

235 ECJ Judgment in *Stadtwerke Schwäbisch Hall*, §§22, 24 and 25. §25 was reaffirmed in EGC Judgment of 18 December 2008, *Belgium and Commission v Genette* (T-90/07 P and T-99/07 P), ECR (2008) II-3859, §74.

*position sur le marché de l'électricité est substantiellement affectée par le régime d'aides que fait l'objet de la décision litigieuse (...). (...) aucun élément pertinent n'a été fourni ni même avancé par les requérantes pour permettre de considérer que leur position serait substantiellement affectée par le régime d'aides (...)*²³⁶.

In other words, on the basis of a rather formal approach²³⁷ and of an arguable interpretation of the facts of the case²³⁸, the ECJ seemed to close the door (but not necessarily so) to what seemed to be a promising avenue for undertakings to promote the Court's control of State aid granted to undertakings in the nuclear sector, and to challenge what has been perceived by some as the Commission's permissive attitude in this domain. The EGC's approach had instead been to allow the case, but to refuse it on the merits (making it easier for the Court to play an important role in the future, in other cases).

On the substance of the case²³⁹, the requisite of State aid in question was the selective nature of the advantage²⁴⁰. The EGC essentially concluded that German law required nuclear power plant operators to bear the costs of

236 ECJ Judgment in *Stadtwerke Schwäbisch Hall*, §§30-31.

237 The case-law on this issue has evolved significantly. The most recent position has been summarized as follows: "In «Arbeitsgemeinschaft Recht und Eigentum, however, the Court clearly confirmed that it is sufficient for an applicant to be an «concerned party» within the meaning of Article 88(2) EC, and that it is not necessary to show that the applicant is substantially affected by the aid [referring to EGC cases]. (...) It is important to note that, according to the Court, the elements of standing that must be proved ultimately depend on the legal pleas of the plaintiff. In other words, the plaintiff must explicitly include a plea in law alleging an infringement of procedural rights under Article 88(2) EC. If, on the other hand, it appears from the complaint that the plaintiff does not seek to safeguard its procedural rights, but only calls into question the merits of the decision, it must satisfy the conditions of individual concern laid down in *Cofaz*. This approach has now been confirmed in subsequent judgments. Plaintiffs should therefore always allege an infringement of their procedural rights under Article 88(2) EC in order to file an admissible action." – SOLTÉSZ, 2010. In any case, this case's clarification of the issue of admissibility has been invoked several times in subsequent cases.

238 The Court's conclusion that the plaintiffs had failed to even put forward arguments showing how their position on the market was affected by the alleged State aid is not entirely unchallengeable – see, e.g., EGC Judgment in *Stadtwerke Schwäbisch Hall*, §106. AG Poiares Maduro did not issue an Opinion in this case – see recital of ECJ Judgment in *Stadtwerke Schwäbisch Hall*.

239 One author noted that this case clarified, on a general point of EU State aid law, that "a general tax exemption constitutes an economic advantage granted through State resources in so far as the State renounces the right to levy the tax otherwise chargeable, even though it does not fall within Article 87(1) EC where it is available to all undertakings and is, accordingly, not selective" (QUIGLEY, 2009: 8).

240 EGC Judgment in *Stadtwerke Schwäbisch Hall*, §53.

radioactive waste management and decommissioning²⁴¹, and that the special provisions concerning the reserves they had to establish were not such as to provide them any special (selective) advantages²⁴².

The plaintiffs had argued that the established reserves were less than objectively required to meet their goals, and that this was made possible by auditor reports (whose independence was questioned)²⁴³. While not excluding that such an argument could lead to a finding of State aid, the EGC noted that, in this case, it had not been shown that the reserves were actually disproportional to the costs of waste management and decommissioning. In so doing, it added, referring to the degree of uncertainty in the calculation of such costs, that *“l'évolution rapide des normes technologiques relatives à l'élimination des déchets et au déclassement des installations appelait une appréciation souple et un certain degré d'incertitude en matière de coûts et que les dépenses techniques et, par conséquent, le montant à couvrir par les provisions, même s'il ne peut encore être déterminé avec certitude, est certainement conséquent”*²⁴⁴.

Finally, it was also argued that the tax exemptions and freedom to dispose of the reserves was contrary to general principles of prudence and meant that the reserves might not actually be available when they were required for decommissioning²⁴⁵. The Court agreed with the Commission that, while this was certainly an advantage, it was not specific to the nuclear industry: “[1] *a circonstance que les centrales nucléaires sont susceptibles de bénéficier dans une mesure plus importante que d'autres entreprises de l'exonération fiscale en raison du montant potentiellement plus élevé de leurs provisions ne permet donc pas au Tribunal de qualifier cette exonération d'avantage sélectif constitutif d'une aide d'État*”²⁴⁶.

241 EGC Judgment in *Stadtwerke Schwäbisch Hall*, §§70-74. The Court also took the opportunity to note that German law does provide for a definitive closing date for nuclear power plants, even if determined by reference to amounts of electricity generated (§§76-78).

242 EGC Judgment in *Stadtwerke Schwäbisch Hall*, §§88-93.

243 EGC Judgment in *Stadtwerke Schwäbisch Hall*, §94.

244 EGC Judgment in *Stadtwerke Schwäbisch Hall*, §101. As explained by one author, “*the mere fact that certain aspects of an individual tax assessment may require the tax authorities to exercise a discretion in determining liability does not necessarily lead to the conclusion that State aid is granted. For example, in Stadtwerke Schwäbisch Hall (...) the CFI accepted that the rapid development of technical standards entailed a degree of uncertainty as regards future costs*” (QUIGLEY, 2009: 70).

245 EGC Judgment in *Stadtwerke Schwäbisch Hall*, §§103-105.

246 EGC Judgment in *Stadtwerke Schwäbisch Hall*, §109.

This case may come to be quoted as a precedent for the idea that State measures by which nuclear power plants are relieved from bearing the full cost of radioactive waste management and decommissioning should be considered State aid²⁴⁷. This, of course, does not mean that they may not be authorized²⁴⁸.

3.4.3. *Altair Chimica*²⁴⁹

In *Altair Chimica*, a chemical company refused to pay a “surcharge for nuclear charges” introduced by the Italian legislator to finance compensation to nuclear power plant operators for costs incurred by the decision to definitively abandon construction of nuclear power stations, following the 1987 referendum to that effect²⁵⁰. Under the law, the surcharge was collected by the power company. *Altair* invoked, *inter alia*, that the levy of the surcharge was in violation of Articles 101, 102 and 105 TFEU.

The issue was quickly set aside by the ECJ on the basis of the State action defence²⁵¹: the surcharge constituted a tax measure²⁵² and the power company had to be considered as a mere tax collector (not acting as an economic operator), with no margin of discretion²⁵³. The Court added that Arts. 101 and 102 TFEU “*are not intended to eliminate differences which may exist between the tax regimes of the different Member States*”²⁵⁴. It should be stressed that this case did not invoke the obligations of the Member State itself under the Treaty’s provisions on competition.

247 In the appeal to the ECJ, the plaintiffs had argued for a broader interpretation of the condition of selectivity, stating that: “*even if no selectivity as regards the aid is ascertainable de jure, a measure can contravene the law relating to State aid if it is liable [de facto] to favour certain undertakings. The directive liberalising the internal market in electricity requires that Member States actively reduce discrimination and distortion of competition*” (O) C 131/35, 03/06/2006).

248 See *Sousa Ferro*, 2010(2): 18-20 and 27.

249 Judgment of the ECJ of 11 September 2003, *Altair Chimica SpA* (C-207/01), ECR (2003) I-8875; Opinion of AG Jacobs delivered on 13 March 2003, in *Altair Chimica SpA* (C-207/01), ECR (2003) I-8875.

250 EGC Judgment in *Altair Chimica*, §§11-17.

251 EGC Judgment in *Altair Chimica*, §§30-31.

252 EGC Judgment in *Altair Chimica*, §32.

253 EGC Judgment in *Altair Chimica*, §§34-35.

254 EGC Judgment in *Altair Chimica*, §36. See Judgment of the EGC of 30 September 2003, *Atlantic Container Line* (T-191/98 etc.), ECR (2003) II-3275, §1130.

3.4.4. Outokumpu Oyj²⁵⁵

In *Outokumpu Oyj*, a Finnish company contested a Commission Decision finding it guilty of an infringement of Art. 101 TFEU (price fixing and market sharing in the industrial tubes sector)²⁵⁶. One of the arguments it raised was that it could not be considered a repeat offender, because its previous infringement of EU Competition Law had been found under the ECSC Treaty.

In providing its answer, the Court took the opportunity to extend part of it to the Euratom Treaty (even though the specific issue could not arise under this Treaty, which contains no provisions on competition law, and so the reference should be read in its very limited context of relevance): “*it should be noted that the founding treaties established a single legal order in which the [Euratom] Treaty constitutes, and the CS Treaty constituted until 23 July 2002, a lex specialis in derogation from the lex generalis represented by the EC Treaty*”²⁵⁷.

3.4.5. EREF²⁵⁸

Finally, in *EREF*, the European Renewable Energies Federation asked the Court to annul two Commission Decisions relating to some aspects of the financing of the construction by Framatome ANP of a nuclear power plant in Finland, for Teollisuuden Voima Oy²⁵⁹. EREF had filed a complaint with the Commission in 2004, claiming that the export guarantee provided by the French export credit agency (“COFACE”), as a syndicated credit facility (of EUR 570.000), and the loans granted by five banks (including some “public banks”) amounted to illegal (non-notified) state aid. The challenged Decisions found that there was no state aid.

255 Judgment of the EGC of 6 May 2009, *Outokumpu Oyj et al v Commission* (T-122/04), ECR (2009) II-1135. For more on this case, see: Debroux, 2009.

256 Commission Decision C(2003) 4820 final, relating to a proceeding under Article 81 [EC] and Article 53 of the EEA Agreement (Case COMP/E-1/38.240 – Industrial tubes).

257 EGC Judgment in *Outokumpu Oyj*, §55.

258 Order of the ECJ of 29 September 2010, *EREF v Commission* (C-74/10 P and C-75/10 P), ECR not yet reported; Order of the EGC of 19 November 2009, *EREF v Commission* (T-40/08), ECR (2009) II-222; Order of the EGC of 19 November 2009, *EREF v Commission* (T-94/07), ECR (2009) II-220.

259 Commission Decision C(2006) 4963 final, of 24 October 2006 (state aid case NN 62/A/2006); and Commission Decision C(2007)4323 final, of 25 September 2007 (state aid case NN 62/B/2006, and then C 45/2006, available at http://ec.europa.eu/competition/state_aid/register/ii/doc/C-45-2006-WLAL-fr-25.09.2007.pdf).

Before the Court, EREF argued, in essence, that the French State's guarantee gave TVO an unlawful advantage, that the banks' loans were subject to a below market interest rate, and that the Commission had been wrong to split the file into two cases, as their joint assessment would have made the identification of state aid more obvious – the guarantee being allegedly one of the reasons why lower interest rates had been obtained.

The General Court and, on appeal, the Court of Justice, declared the action manifestly inadmissible, as the submission had been signed, not by a lawyer who could be considered a third party in relation to the applicant (as is required by the Statutes of the Court), but by a lawyer who was the director of EREF.

3.5. Non-contractual liability cases

3.5.1. *EnBW Kernkraft*²⁶⁰

In *EnBW Kernkraft*, a German company argued that the Commission had failed to pay for services provided, under the TACIS programme, specifically on-site assistance at the Zaporozhe nuclear power station in Ukraine. It should be noted that, even though the TACIS Programme was adopted under both the EC and Euratom Treaties, this case was brought only under Art. 288(2) EC. The issue of the single EU legal order was not discussed, but may be said to be implicitly confirmed herein.

Since the last contract between the parties did not confer jurisdiction on the Court to adjudicate in matters relating to its execution, the EGC could not interpret that contract to assess if the dispute fell within its scope, the dispute before it being, therefore, limited to an issue of non-contractual liability, based on an alleged infringement of the principles of the protection of legitimate expectations and of sound administration²⁶¹. This dispute did not discuss issues relevant to Nuclear Law, but merely to general EU Law on contractual liability²⁶². Finding no infringement by the Commission of the two invoked principles, the Court dismissed the application.

²⁶⁰ Judgment of the EGC of 16 March 2005, *EnBW Kernkraft GmbH v Commission* (T-283/02), ECR (2005) II-913.

²⁶¹ EGC Judgment in *EnBW Kernkraft*, §§81-83. General liability principles affirmed in this judgment were subsequently quoted, e.g., in: EGC Judgment of 26 January 2006, *Medici Grimm* (T-364/03), ECR (2006) II-79, §§59-60 and 79; and EGC Judgment of the EGC of 30 March 2006, *Yedas Tarim* (T-367/03), ECR (2006) II-873, §§34-35, 55 and 62.

²⁶² See EGC Judgment in *EnBW Kernkraft*, §§90, 92 and 100.

3.5.2. Autosalone Ispra²⁶³

Like the first case of Euratom non-contractual liability²⁶⁴, *Autosalone Ispra* concerned the Joint Nuclear Research Centre. An Italian company sought compensation for damages resulting from the Community's failure to carry out work and/or maintenance on a drain running through the Ispra Centre, which overflow following heavy rains and flooded its establishment.

The Court found that, even if that section of the drain was “*at the sole disposal of the Centre*”, it did not “*follow from the JRC Agreement that the (...) drain falls within the responsibility of the Community*”²⁶⁵. In particular in light of Article 3 of Annex F of the JRC Agreement, responsibility for the inspection, repair and maintenance of the drain – being a public utility service – fell to the municipal administration of Ispra²⁶⁶. This was not changed by the fact that the Centre had freely taken upon itself to carry out regular supervision and maintenance of the drain²⁶⁷. Thus, no compensation was granted.

The company still lodged an appeal, which the ECJ found inadmissible due to its grounds²⁶⁸.

3.5.3. Thule nuclear accident cases²⁶⁹

More recently, three separate cases were brought before the Court claiming compensation for damages arising from an old famous incident: *Eriksen v Commission*, *Lind v Commission* and *Hansen v Commission*, here collectively referred to as the Thule nuclear accident cases.

In January 1968, an American B-52 bomber, carrying nuclear weapons, crashed near the Thule Air Base, in Greenland. The weapons' high explosives

263 Order of the ECJ of 12 December 2006, *Autosalone Ispra* (C-129/06 P), ECR (2006) I-131; Judgment of the EGC of 30 November 2005, *Autosalone Ispra Snc v. Euratom Community* (T-250/02), ECR (T-250/02) II-5227.

264 Judgment of the ECJ of 3 February 1994, *Alfredo Grifoni v Commission* (C-308/87), ECR (1994) I-341; Judgment of the ECJ of 27 March 1990, *Alfredo Grifoni v Commission* (C-308/87), ECR (1990) I-1203.

265 EGC Judgment in *Autosalone Ispra*, §§69, 73 and 74.

266 EGC Judgment in *Autosalone Ispra*, §§71-72.

267 EGC Judgment in *Autosalone Ispra*, §83.

268 ECJ Order in *Autosalone Ispra*.

269 Order of the ECJ of 12 January 2011, *Eriksen et al v Commission* (C-205/10 P, C-217/10 P and C-222/10), ECR not yet reported; Order of the ECJ of 18 October 2010, *Eriksen et al v Commission* (C-205/10 P, C-217/10 P and C-222/10), ECR not yet reported; Order of the EGC of 24 March 2010, *Eriksen v Commission* (T-516/08), ECR not yet reported; Order of the EGC of 24 March 2010, *Hansen v Commission* (T-6/09), ECR not yet reported; Order of the EGC of 24 March 2010, *Lind v Commission* (T-5/09), ECR not yet reported.

detonated, and while no thermonuclear reaction occurred, thanks to fail safes, approximately six kilograms of weapons grade plutonium were released. The search and rescue operation that followed, as well as the subsequent management of removed radioactive ice, snow and debris (which lasted months), involved over “700 Danish civilians and U.S. military personnel”, working “under hazardous conditions without protective gear²⁷⁰. In 1987, nearly 200 of the Danish workers unsuccessfully attempted to sue the United States²⁷¹.”

In 2002, an association of Thule workers affected by radiation, believing that the Danish government was not meeting its obligations towards them, under the Basic Safety Standards Directive, presented a petition to the European Parliament²⁷², leading the latter to adopt a Resolution urging the Commission “to pursue vigorously any failure [of the Member States] to fulfil their obligations” under Directive 96/29/Euratom²⁷³. The applicants did not submit a complaint to the Commission²⁷⁴.

At the end of 2008, beginning of 2009, three of the Danish workers who had taken part in those events (one as a fireman, two as lorry drivers) asked the Court to order the European Commission to pay them compensation for damages suffered²⁷⁵ “by reason of the alleged failure by the Commission to enforce implementation of the provisions of Directive 96/29 on the medical monitoring of workers” (Arts. 52(2) and 53(b))²⁷⁶. The argument was, in essence, that the Commission had failed to take enforcement measures, despite the EP’s Resolution urging it to, in breach of the principles of the duty of care and

270 See EGC Order in *Eriksen v Commission*, §3.

271 See: ECJ Order of 2011 in *Eriksen et al v Commission*, §§6-7 and http://en.wikipedia.org/wiki/Thule_Air_Base.

272 EP Petition 720/2002.

273 European Parliament resolution of 10 May 2007 on the public health consequences of the 1968 Thule crash (Petition 720/2002) (OJ C 76E/122, 27/03/2008).

274 EGC Order in *Eriksen v Commission*, §26; EGC Order in *Lind v Commission*, §26; EGC Order in *Hansen v Commission*, §24.

275 Mr. Eriksen and Mr. Hansen had been with kidney cancer. Mr. Nochen had died of lung cancer, and Ms. Lind, his sister, was acting in her own name and on behalf of his estate (see ECJ Order of 2011 in *Eriksen et al v Commission*, §§ 10-13).

276 EGC Order in *Eriksen v Commission*, §17; EGC Order in *Lind v Commission*, §17; EGC Order in *Hansen v Commission*, §16.

good administration, and that a prompt intervention would have reduced the gravity of the harm they suffered²⁷⁷.

Naturally, the EGC declared the application manifestly unfounded. Of the several grounds it could have used to do so, it chose the most straightforward: the Commission's only option for enforcement was to initiate infringement proceedings against Denmark²⁷⁸, and "*since (...) the Commission is under no obligation to bring infringement proceedings under Article 226 EC [now Art. 258 TFEU] or Article 141 EA, its decision not to bring such proceedings is not unlawful, so that it cannot give rise to non-contractual liability on the part of the Community*"²⁷⁹.

On appeal, after having joined the cases²⁸⁰, the ECJ confirmed the EGC's ruling, in the process reaffirming a general point concerning infringement proceedings under the Euratom Treaty (that the Commission "*is not under a duty to bring proceedings pursuant to those provisions*"), in furtherance of the well established single EU legal order approach in the case-law²⁸¹.

While the EGC avoided tackling the issue, the ECJ confirmed its previous case-law according to which the Euratom Treaty does not apply to military activities²⁸².

Finally, the Commission's arguments in these cases included a clarification of the geographical scope of the Euratom Treaty, stating that it "*does not apply to Greenland now, nor did it in 1968 at the time of the accident, or in 2000 when Directive 96/29 entered into force*"²⁸³.

In April 2011, the *Siemens v Commission* case was brought before the Court, asking compensation from the Commission of the Euratom Community, apparently under the terms of a contract with Siemens. Thus, this does not

277 EGC Order in *Eriksen v Commission*, §§18 and 28; EGC Order in *Lind v Commission*, §§18 and 28; EGC Order in *Hansen v Commission*, §§17 and 26.

278 Confirmed by the ECJ – see ECJ Order of 2011 in *Eriksen et al v Commission*, §54.

279 EGC Order in *Eriksen v Commission*, §§27 and 29; EGC Order in *Lind v Commission*, §§27 and 29; EGC Order in *Hansen v Commission*, §§25 and 27.

280 ECJ Order of 2010 in *Eriksen et al v Commission*.

281 ECJ Order of 2011 in *Eriksen et al v Commission*, §42.

282 ECJ Order of 2011 in *Eriksen et al v Commission*, §66.

283 EGC Order in *Eriksen v Commission*, §20; EGC Order in *Lind v Commission*, §20; EGC Order in *Hansen v Commission*, §19.

seem to be a non-contractual liability case, but the details behind it are not yet known, including the reason for the jurisdiction of the EGC.

3.6. Nuclear proliferation cases

In the framework of the EU's commitment to combating the proliferation of nuclear weapons (an effort that has been carried out primarily under the TFEU, rather than under the Euratom Treaty), and to comply with mandatory Resolutions adopted by the United Nations Security Council under Chapter VII of the UN Charter, the EU adopted restrictive measures against Iran²⁸⁴ and the Democratic People's Republic of Korea²⁸⁵. These measures include sanctions for specific (natural and legal) persons, identified in lists annexed to the regulations in question, including the freezing of funds and resources.

Such measures have predictably been challenged before the Court, who has been asked – so far, only in cases relating to Iran – to control the Council's determination of which persons should be subject to sanctions within the context of pressuring a third State to halt its actions towards nuclear proliferation. Aside from politically very sensitive issues, these cases also require the Court to control EU implementation of mandatory UNSC Resolutions.

Although specifically associated to efforts to prevent nuclear proliferation, and therefore worthy of attention within the scope of this paper, it should be

²⁸⁴ See: Council Decision 2010/413/CFSP, of 26 July 2010, concerning restrictive measures against Iran and repealing Common Position 2007/140/CFSP (OJ L 195/39, 27/07/2010), as amended by Council Decision 2011/299/CFSP (OJ L 136/65, 24/05/2011), which repealed Council Common Position 2007/140/CFSP of 27 February 2007 concerning restrictive measures against Iran (OJ L 61/49, 28/02/2007), last amended by Council Decision 2009/840/CFSP, of 17 November 2009 (OJ L 303/64, 18/11/2009); Council Regulation (EU) 961/2010, of 25 October 2010, on restrictive measures against Iran and repealing Regulation (EC) No 423/2007 (OJ L 281/1, 27/10/2010), which replaced: Council Regulation (EC) 423/2007 of 19 April 2007 concerning restrictive measures against Iran (OJ L 103/1, 20/04/2007), last amended by Council implementing Regulation (EU) 668/2010, of 26 July 2010 (OJ L 195/25, 27/07/2010), which followed the previous Regulations and Decisions implementing Art. 7(2) of Council Regulation (EC) 423/2007: Council Regulation (EC) 1100/2009, Council Decision 2008/475/EC, and Council Decision 2007/242/EC.

²⁸⁵ See: Council Decision 2010/800/CFSP, of 22 December 2010, concerning restrictive measures against the Democratic People's Republic of Korea and repealing Common Position 2006/795/CFSP (OJ L 341/32, 23/12/2010); Council Regulation (EC) 329/2007 of 27 March 2007 concerning restrictive measures against the Democratic People's Republic of Korea (OJ L 88/1, 29/03/2007), last amended by Commission Regulation (EU) 1283/2009, of 22 December 2009 (OJ L 341/15, 23/12/2010); and Council Decision 2009/599/CFSP of 4 August 2009 implementing Common Position 2006/795/CFSP concerning restrictive measures against the Democratic People's Republic of Korea (OJ L 203/81, 05/08/2009). See also (no longer in force) Council Joint Action 2007/753/CFSP of 19 November 2007 on support for IAEA monitoring and verification activities in the Democratic People's Republic of Korea in the framework of the implementation of the EU Strategy against the Proliferation of Weapons of Mass Destruction (OJ L 304/38, 22/11/2007).

noted that this case-law falls into a broader category, of which the leading case is clearly *Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission*²⁸⁶, which is reaffirmed in the judgments mentioned below.

3.6.1. Bank Melli cases²⁸⁷

As stated by the Court, Regulation (EC) 423/2007 (now Regulation (EU) 961/2010) pursues “*the intention of preventing nuclear proliferation and, more generally, to maintain international peace and security, given the seriousness of the risk posed by nuclear proliferation*”²⁸⁸, which is a legitimate objective²⁸⁹.

Art. 7(2) of Regulation (EC) 423/2007 (now included, with revised content, in Art. 16 of Regulation (EU) 961/2010) states that:

“[a]ll funds and economic resources belonging to, owned, held or controlled by the persons, entities and bodies listed in Annex V shall be frozen. Annex V shall include natural and legal persons, entities and bodies, not covered by Annex IV, who, in accordance with Article 5(1)(b) of Common Position 2007/140/CFSP, have been identified as:

- a) being engaged in, directly associated with, or providing support for, Iran’s proliferation-sensitive nuclear activities, or
- b) being engaged in, directly associated with, or providing support for, Iran’s development of nuclear weapon delivery systems, or
- c) acting on behalf of or at the direction of a person, entity or body referred to under (a) or (b), or

286 Judgment of the ECJ of 3 September 2008, *Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission* (C-402/05 P and C-415/05 P), ECR (2008) I-6351. Another important case, reaffirmed in these cases, is EGC Judgment of 12 December 2006, *Organisation des Modjahedines du peuple d’Iran v Council* (T-228/02), ECR (2006) II-4665.

287 *Bank Melli (I)*: Appeal brought on 25 September 2009, *Melli Bank v Council* (C-380/09 P) (OJ C 282/30, 21/11/2009); Opinion of AG Mengozzi delivered on 28 June 2011 in *Melli Bank v Council* (C-380/09 P), ECR not yet reported; Judgment of the EGC of 9 July 2009, *Melli Bank v Council* (T-246/08 and T-332/08), ECR (2009) II-2629; Order of the President of the EGC of 17 September 2008, *Melli Bank v Council* (T-332/08 R), ECR (2008) II-185; Order of the President of the EGC of 27 August 2008, *Melli Bank v Council* (T-246/08 R), ECR (2008) II-146.

Bank Melli (II): Appeal brought on 23 December 2009, *Bank Melli Iran v Council* (C-548/09 P) (OJ C 80/10, 27/03/2010); Opinion of AG Mengozzi delivered on 28 June 2011 in *Bank Melli Iran v Council* (C-548/09 P), ECR not yet reported; Judgment of the EGC of 14 October 2009, *Bank Melli Iran v Council* (T-390/08), ECR (2009) II-3967; Order of the President of the EGC of 15 October 2008, *Bank Melli Iran v Council* (T-390/08 R), ECR (2008) II-224.

For more on these cases, see: Paciullo, 2009.

288 EGC Judgment in *Bank Melli (I)*, §66. EGC Judgment in *Bank Melli (II)*, §67.

289 EGC Judgment in *Bank Melli (I)*, §102. EGC Judgment in *Bank Melli (II)*, §67.

d) being a legal person, entity or body owned or controlled by a person, entity or body referred to under (a) or (b), including through illicit means”.

Bank Melli Iran (*Bank Melli (II)*), a bank controlled by the Iranian State, and Melli Bank plc (*Bank Melli (I)*), its UK-based subsidiary, were included in the list in Annex V to Regulation (EC) 423/2007, implemented (in what concerned these cases) by Council Decision 2008/475/EC, on the grounds that this bank served “*as a facilitator for Iran’s sensitive activities. It has facilitated numerous purchases of sensitive materials for Iran’s nuclear and missile programs. It has provided a range of financial services on behalf of entities linked to Iran’s nuclear and missile industries*”, some of which designated in the relevant UNSC Resolutions.

The judgments in these cases were preceded by the refusal of the applicants’ requests for provisional measures (suspension of the effects of inclusion in the list of entities subject to the restrictive measures).

The scope of both disputes was substantially limited by a formal lapse on behalf of the appellants, who, although arguing against this finding, did not raise the plea that Bank Melli Iran was not engaged in the funding of nuclear proliferation²⁹⁰.

The Court began by clarifying the limited extent of judicial review it exercises over Regulation (EC) 423/2007 and, therefore, the extent of the Council’s broad discretionary margin in applying sanctions to persons in the context of preventing nuclear proliferation. Judicial review is different for the provisions laying down general rules on method of implementation of restrictive measures (e.g. Article 7(2)), and for the specific implementation of that method (e.g. inclusion of persons in the list of Annex V):

“With regard to the first kind of matter, it is to be borne in mind that the Council enjoys broad discretion in its assessment of the matters to be taken into consideration for the purpose of adopting economic and financial sanctions on the basis of Articles 60 EC and 301 EC [now Arts. 75 and 215 TFEU], consistent with a common position adopted on the basis of the common foreign and security policy (‘the CFSP’). Because the Community judicature may not, in particular, substitute its assessment of the evidence, facts and circumstances justifying the adoption of such measures for that of the Council, the review carried out by the Court must, therefore, be restricted to checking that the

²⁹⁰ EGC Judgment in *Bank Melli (I)*, §§27-30; EGC Judgment in *Bank Melli (II)*, §30.

rules governing procedure and the statement of reasons have been complied with, that the facts are materially accurate, and that there has been no manifest error of assessment of the facts or misuse of power. That limited review applies, especially, to the assessment of the considerations of appropriateness on which such measures are based.

With regard to [the second kind of matter,] it is for the Court to determine, having regard to the pleas for annulment raised by the entity concerned or raised of the Court's own motion, inter alia, that the instant case corresponds to one of the four hypotheses referred to in Article 7(2)(a) to (d) of Regulation No 423/2007. That implies that the judicial review of the lawfulness of the decision in question extends to the assessment of the facts and circumstances relied on as justifying it, and to the evidence and information on which that assessment is based. The Court must also ensure that the right to a fair hearing is observed and that the requirement of a statement of reasons is satisfied and also, where applicable, that the overriding considerations relied on exceptionally by the Council in disregarding those rights are well founded”²⁹¹.

The Court considered that measures implementing Regulation (EC) 423/2007 “*must be regarded as being compatible with the interpretation of Articles 60 EC and 301 EC given in Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Comission*”²⁹². It also noted that Art. 7(2) “*does not give effect to [UNSC] Resolution 1803(2008), which means that the content of that resolution does not constitute a criterion having regard to which*” the legitimacy of that provision should be assessed²⁹³, and that “*nothing in Article 60 EC or 301 EC permits the inference that the powers conferred on the Community by those provisions are limited to the implementing measures decided by the Security Council*” (meaning that the Council can go beyond the scope of measures ordered by the UNSC)²⁹⁴. It has been stated that Regulation (EC) 423/2007 was adopted with the adequate legal basis and correct voting rule²⁹⁵, that the fund-freezing measures are precautionary measures (not criminal sanctions or

291 EGC Judgment in *Bank Mellî (I)*, §§45-46. EGC Judgment in *Bank Mellî (II)*, §§36-37.

292 EGC Judgment in *Bank Mellî (I)*, §69. The Court also noted, rather succinctly, that “*Regulation No 423/2007 was adopted*” on the basis of Arts. 60 and 301 EC, “*which implies that the restrictions entailed by that act form part of the rules circumscribing the free movement of capital and payments guaranteed by the Treaty and cannot, therefore, be incompatible with it*” (EGC Judgment in *Bank Mellî (I)*, §113).

293 EGC Judgment in *Bank Mellî (I)*, §99. See also EGC Judgment in *Bank Mellî (II)*, §§64-65.

294 EGC Judgment in *Bank Mellî (II)*, §51.

295 EGC Judgment in *Bank Mellî (II)*, §§44-49.

related to accusations of a criminal nature)²⁹⁶, and that there was no evidence of misuse of powers by the Council in its adoption²⁹⁷.

One argument raised by the appellant in *Bank Melli (I)* was a breach of the principle of equal treatment, as the Council had allegedly not applied these provisions to all subsidiaries of entities identified as being engaged in nuclear proliferation. The Court first noted the mandatory consequence of including a person within the scope of Art. 7(2): “*extension of the fund-freezing measure to entities owned or controlled is obligatory, the Council enjoying no leeway in this respect*”²⁹⁸. It then excluded the existence of discrimination on the basis of several arguments:

- (i) the “*Council may legitimately (...) not apply Article 7(2)(d) of the regulation to entities which, in its opinion, do not fulfil the conditions for the application of that provision, despite the fact that they are subsidiaries*” of those entities²⁹⁹;
- (ii) “*it is impossible to identify, in every case, all the entities owner or controlled*” by those entities³⁰⁰;
- (iii) even if the Council had breached its obligation under the Regulation, this would not derogate from the Regulation or create legitimate expectations (principle of legality) – “*any unlawful conduct by the Council in other cases (...), cannot (...) be relied on to advantage in support of the applicant’s position*”³⁰¹.

As for the alleged breach of the principle of proportionality by Art. 7(2), the Court dismissed the United Kingdom’s argument “*that the freezing of funds of entities owner or controlled also pursues the objective of putting economic pressure on [Iran]*”, saying that while they may indeed have the aim of pressuring Iran, “*they are, nevertheless, precautionary measures designed to prevent nuclear proliferation and its funding*”, nothing allowing “*the inference that those measures are intended to affect the economic situation of the entities concerned, beyond what*

296 EGC Judgment in *Bank Melli (II)*, §111.

297 EGC Judgment in *Bank Melli (II)*, §50.

298 EGC Judgment in *Bank Melli (I)*, §63.

299 EGC Judgment in *Bank Melli (I)*, §73.

300 EGC Judgment in *Bank Melli (I)*, §74.

301 EGC Judgment in *Bank Melli (I)*, §§75 and 137. See also EGC Judgment in *Bank Melli (II)*, §59.

is essential in order to prevent nuclear proliferation and its funding³⁰² – thus, the test of proportionality must guide itself by this objective. The Court concluded that the measures ordered in Art. 7(2), pursuing a legitimate objective, did not breach the principle of proportionality:

- (i) necessity: “the mere existence of rules prohibiting the carrying-out of transactions with entities identified as engaged in nuclear proliferation and providing for obligations entailing sanctions does not guarantee that such transactions will not be performed” by these controlled entities³⁰³;
- (ii) adequacy: since entities engaged in nuclear proliferation efforts may try to circumvent the freezing of their funds through other entities they control, “the freezing of funds of entities owned or controlled by an entity identified as being engaged in nuclear proliferation is necessary and appropriate in order to ensure the effectiveness of the measures adopted vis-à-vis that entity and to ensure that those measures are not circumvented”³⁰⁴;
- (iii) proportionality *stricto sensu*: it was not proven that there were less restrictive measures that could equally ensure the achievement of the objective (namely, “ex post measures concerning transactions already performed (...) are not (...) capable of preventing possible future transactions incompatible with the restrictive measures”)³⁰⁵;
- (iv) appellant’s arguments on disproportionality dismissed as irrelevant: “that the entity owned or controlled has not been the subject of disciplinary or regulatory measures in the past and that it has complied with the sanctions regime and the restrictive measures in force”; that it issues “a declaration (...) to the effect that it would abide by the consequences of the freezing of its parent entity’s funds”³⁰⁶;

In an extension of the test of proportionality, the Court also found that Art. 7(2) of the Regulation does not breach fundamental rights (right to property and right to carry on economic activities): “[t]he importance of the aims pursued (...) is such as to justify negative consequences, even of a substantial

302 EGC Judgment in *Bank Mellé (I)*, §106.

303 EGC Judgment in *Bank Mellé (I)*, §71.

304 EGC Judgment in *Bank Mellé (I)*, §103. See also EGC Judgment in *Bank Mellé (II)*, §68.

305 EGC Judgment in *Bank Mellé (I)*, §§107-108. EGC Judgment in *Bank Mellé (II)*, §69.

306 EGC Judgment in *Bank Mellé (I)*, §105.

nature, for some operators”, and “given the prime importance of the preservation of international peace and security, the Court considers that the difficulties caused are not disproportionate to the ends sought”³⁰⁷.

The extent of the Council’s obligations to state reasons for its decision to include a certain person in the list provided for in Art. 7(2) was clarified by the Court, in general terms, as follows:

- (i) “the Council is required to indicate the reasons that prompted it to consider that an entity is ‘owned or controlled’ by an entity identified as engaged in nuclear proliferation”³⁰⁸;
- (ii) “unless overriding considerations involving the security of the Community and its Member States or the conduct of their international relations militate against it, the Council is required, by virtue of Article 15(3) of Regulation No 423/2007, to advise the entity concerned of the actual specific reasons when it adopts a fund-freezing decision such as the contested decision. It must thus mention the matters of fact and law on which the legal justification for the measure depends and the considerations which led it to adopt that measure. So far as is possible, those reasons must be communicated either when the measure at issue is adopted or as soon as may be after it has been adopted”³⁰⁹;
- (iii) “However, the statement of reasons must be appropriate to the measure at issue and the context in which it was adopted. The requirement of a statement of reasons must be assessed in the light of the circumstances of the case, in particular of the content of the measure, the nature of the reasons given and the interest which the addressees of the measure, or other parties to whom it is of direct and individual concern, may have in obtaining explanations. It is not necessary for the reasoning to specify all the relevant matters of fact and law, inasmuch as the adequacy or otherwise of the reasoning is to be evaluated with regard not only to its wording but also to its context and to all the legal rules governing the matter in question. In

307 EGC Judgment in *Bank Mellé (I)*, §§111-112. See also EGC Judgment in *Bank Mellé (II)*, §§70-71.

308 EGC Judgment in *Bank Mellé (I)*, §70.

309 EGC Judgment in *Bank Mellé (I)*, §144. See also EGC Judgment in *Bank Mellé (II)*, §81. The Court further added: “[t]he principle of observance of the rights of the defence requires the evidence adduced against the entity concerned to be communicated to it, in so far as possible, either concomitantly with or as soon as may be after the adoption of an initial decision to freeze its funds. However, overriding considerations to do with the safety of, or the conduct of the international relations of, the Community and of its Member States may militate against the communication of certain matters to the person concerned” (§92).

*particular, the reasons given for a measure adversely affecting a person are sufficient if it was adopted in circumstances known to that person which enable him to understand the scope of the measure concerning him*³¹⁰;

- (iv) Contrary to what was argued by France, the Council must expressly identify by name the entities to which fund-freezing is to apply, under Art. 72(d)³¹¹;
- (v) But the statement of reasons may be “*exceptionally concise*”, and does not even have to explicitly mention clause (d), as long as the addressee can identify it as the legal basis; in practice, it is sufficient to merely list the name of the company as a subsidiary of a company targeted under Art. 7(2)(a) or (b), even without additional considerations on ownership or control³¹²; differently, the targeting of a company under clauses (a) or (b) requires a significant level of justification, including evidence: “[w]hen a decision is adopted pursuant to Article 7(2)(a) or (b) of Regulation No. 423/2007, the communication of the inculpatory evidence must include the specific information or material in the file which shows that in the case of the entity concerned the conditions for implementing that provision have been satisfied”³¹³;
- (vi) Contrary to what was argued by the Council, the Commission and France, the obligation to apprise the company of the reasons for its inclusion in the list, as derives from Art. 15(3) of the Regulation, is not sufficiently met by the publication of the decision in the Official Journal (which is relevant for the *erga omnes* effects): “*in the circumstances [including the knowledge of the address of the applicant’s headquarters] (...), the Council is bound, in so far as may be possible, to apprise the entities concerned of the fund-freezing measures by making*

310 EGC Judgment in *Bank Mellé (I)*, §145. EGC Judgment in *Bank Mellé (II)*, §82.

311 EGC Judgment in *Bank Mellé (I)*, §146.

312 EGC Judgment in *Bank Mellé (I)*, §§147-150. The finding concerning the tacit understanding on “ownership” is somewhat surprising, given the Court’s position on the interpretation to be given to that concept under Art. 7(2)(d) of the Regulation.

313 EGC Judgment in *Bank Mellé (II)*, §§84-85 and 95. However, the Council is not required to automatically offer to the company access to the material in its file – “*When sufficiently precise information has been communicated, enabling the entity concerned to make its point of view on the evidence adduced against it by the Council known to advantage, the principle of respect for the rights of the defence does not mean that the institution is obliged spontaneously to grant access to the documents in its file. It is only on the request of the party concerned that the Council is required to provide access to all non-confidential official documents concerning the measure at issue*” (EGC Judgment in *Bank Mellé (II)*, §97).

*individual notification*³¹⁴. However, in this specific case, the measure was notified “*timeously and officially*” to the applicant by a letter from the French banking commission, and there was evidence it consulted the content of the decision, and in these “*exceptional circumstances*”, “*the Council’s omission does not justify annulment of the contested decision*”³¹⁵;

On the right to a prior hearing, the Court confirmed the need for a restrictive approach: “*inasmuch as an initial decision to freeze an entity’s funds (...) must be able to take advantage of a surprise effect, it is not a requirement that, before the decision (...) was adopted, the evidence adduced against the entity concerned should have been communicated to it or that that entity should be heard*”³¹⁶. The right to a hearing exists, upon request, after the adoption of an initial decision to freeze funds: the Council is not “*required automatically to conduct a hearing, having regard to the opportunity the entities concerned also have of immediately bringing an action before the Court of First Instance*”³¹⁷.

Specifically, in what concerns the interpretation of Art. 7(2)(d) of Regulation (EC) 423/2007, the EGC provided the following interpretations:

- (i) case-by-case assessment: the implementation of this provision requires a case-by-case “*evaluation of the facts of the case in order to ascertain which entities are entities owned or controlled*”³¹⁸;
- (ii) elements to be assessed: the Council must “*take into account all the relevant aspects of the specific case, such as the degree of operational independence of the entity in question or the possible effect of the supervision to which it is subjected by public authorities*”³¹⁹;
- (iii) irrelevance of involvement in nuclear proliferation efforts: “*the nature of that entity’s activities and the possible lack of any link between those activities and nuclear proliferation are not, in this context, a relevant*

314 EGC Judgment in *Bank Melli (II)*, §§86-88.

315 EGC Judgment in *Bank Melli (II)*, §§89-90.

316 EGC Judgment in *Bank Melli (II)*, §93 (see also §94).

317 EGC Judgment in *Bank Melli (II)*, §§98-99.

318 EGC Judgment in *Bank Melli (I)*, §§64-65 and 67.

319 EGC Judgment in *Bank Melli (I)*, §69.

- criterion*³²⁰ (it is only the parent company, under clause (a) or (b) whose involvement must be shown);
- (iv) Meaning of “owned”: the interpretation of this concept cannot be literal, it must consider the objective pursued by the Regulation³²¹ – what matters is if the parent company is in a position to prompt the company in question to “*circumvent the measures adopted against it*”. The Court considered it useful to apply a test of exercise of decisive influence, analogous to the one developed in Competition Law, but with an adjustment: “*aspects relating to the appointment of staff*[directors and employees] *must be given greater force*”³²².

While full ownership usually allows the appointment of the company’s directors and, therefore, “*actual control*”, the Court found it possible that, “*in extraordinary circumstances, the application of* [Art. 7(2)(d)] (...) *may not be justified in the light of other factors counterbalancing*” the parent company’s influence³²³. The relevance of several circumstances invoked by the applicant was dismissed by the Court: (i) that the application possesses legal personality; (ii) that the parent does not intervene in its day-to-day activities; (iii) that the company and its staff have complied with the restrictive measures and sanctions regime; (iv) that neither company nor staff has been the subject of disciplinary or regulatory measures in the past; (v) that general company law imposes certain obligations on directors; and (vi) that the company is subject to general banking supervision³²⁴.

However, the Court may consider the subjection of the appointment of all directors to approval by national authorities (when possible) as excluding control by the parent company in the sense of Art. 7(2)(d)³²⁵.

320 EGC Judgment in *Bank Melli (I)*, §69.

321 EGC Judgment in *Bank Melli (I)*, §120.

322 EGC Judgment in *Bank Melli (I)*, §§121-122.

323 EGC Judgment in *Bank Melli (I)*, §123.

324 EGC Judgment in *Bank Melli (I)*, §§125-128.

325 EGC Judgment in *Bank Melli (I)*, §§127: “*In so far as the applicant proposes in this connection to submit the appointment of its future directors to the consent of the competent authorities, it is to be observed on the one hand that it has not been established that such a procedure would be feasible and in keeping with the law of England and Wales, and on the other hand that it would in any case not resolve the situation of the applicant’s present directors, who have been appointed by*” the parent company.

Both cases have been appealed to the ECJ. AG Mengozzi has recommended that both appeals be dismissed.

3.6.2. Pending cases

Several other cases are, in the meantime, pending before the Court, wherein parties have challenged their inclusion in the list of persons whose funds have been frozen under the Regulation on restrictive measures relating to the Iranian suspected nuclear weapons programme³²⁶.

4. CONCLUSION

The main overall conclusion to be drawn from the case-law of the European Court in the 21st century is that there has been a shift in paradigm. The Court has moved away from positions promoting the furtherance of European integration, whenever the Euratom Treaty is concerned, and closer to a position which seems to spur from discomfort in handling a Treaty about whose present and future the Member States are unable to agree on.

While a restrictive approach to the interpretation of the Euratom Treaty may be understandable in what concerns the long outdated common supply policy, the same cannot be said about the position taken concerning applicability of Euratom provisions to military activities.

The Court may well be justified in showing fatigue with the Euratom Treaty, and it is clear that the ideal solution would be a political one, implying a full scope revision of the Treaty and, possibly, its incorporation into the TFEU. However, until that happens, it should be recognized that the TFEU does not allow for the pursuance of Euratom's main goals – and particularly those relating to health protection – in the same broad and effective manner as its sibling Treaty. Thus, there is still much to be done under the Euratom Treaty, and the Court has a decisive role to play in making such efforts viable.

In the future, one may expect the attention of the Court to continue to be drawn to nuclear issues, in particular, in the context of the enforcement

326 Action brought on 29 January 2010, *Bank Melli Iran v Council* (T-35/10) (OJ C 100/47, 17/04/2010); Action brought on 7 January 2011, *Bank Melli Iran v Council* (T-7/11) (OJ C 63/30, 26/02/2011); Action brought on 24 September 2010, *Mahmoudian v Council* (T-440/10) (OJ C 328/34, 04/12/2010); Action brought on 24 September 2010, *Fulmen v Council* (T-439/10) (OJ C 328/34, 04/12/2010); Action brought on 20 October 2010, *Manufacturing Support & Procurement Kala Naft v Council* (T-509/10) (OJ C 346/57, 18/12/2010); Action brought on 16 December 2010, *HTTS Hanseatic Trade Trust & Shipping v Council* (T-562/10) (OJ C 46/14, 12/02/2011); Action brought on 7 January 2011, *Iran Insurance v Council* (T-12/11) (OJ C 63/31, 26/02/2011); Action brought on 7 January 2011, *Post Bank v Council* (T-13/11) (OJ C 63/32, 26/02/2011).

of competition law (*maxime* state aid rules) and, of course, infringement proceedings. In this regard, the ECJ may come to play a crucial role in the enforcement of international law provisions adopted also at EU level (nuclear safety and, soon, management of radioactive waste and irradiated fuel). Another issue where the EGC and the ECJ will probably be called on to play an important role is in the fight against the proliferation of nuclear weapons.

BIBLIOGRAFIA

ALEHNO, I.

2008 “The Euratom Supply Agency: past, present and future”, in *Nuclear Inter Jura 2007 – Proceedings*, Bruxelles: Bruylant, p. 108.

ALLEN, D.

1983 “The Euratom Treaty, Chapter VI: new hope or false dawn?”, (1983) *Common Market Law Review* 473.

ALLIBERT, B. & JONES, C.

2008 “Energy (including nuclear and coal)”, in MEDERER, W., PESARESI, N., VAN HOOF, M. (eds.), *EU Competition Law*, Claves & Casteels, Vol. IV (State Aid), Book Two.

ANDRES-ORDAX, B.

2008 “Radiological protection and military activities: recent European case-law”, in *Nuclear Inter Jura 2007 – Proceedings*, Bruxelles: Bruylant, p. 537.

BARSI, T.

2008 “Enrichment contracts in the European Union after the INB Judgment”, in *Nuclear Inter Jura 2007 – Proceedings*, Bruxelles: Bruylant, p. 1095.

BREDA, E.

2005 “Alla ricerca del delicato equilibrio tra protezione della salute e difesa della sicurezza nazionale nell’ambito del Trattato Euratom”, (2005) *Diritto pubblico comparato ed europeo* 1126.

CARDWELL, P. J., FRENCH, D.

2007 “Who decides? The ECJ’s judgment on jurisdiction in the MOX Plant dispute”, (2007) 19 *Journal of Environmental Law* 121.

CARREÑO GUALDE, V.

2007 “TJCE – Sentencia de 30.05.2006, Comisión/Irlanda, C-459/03, MOX – La Competencia exclusiva del TJCE y la Parte XII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”, (2007) *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 185.

CASOLARI, F.

2007 “La sentenza MOX: la Corte di giustizia delle Comunità europee torna ad occuparsi dei rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamento internazionale”, (2007) *Il diritto dell’Unione Europea* 327.

DEBROUX, M.

2009 “Chroniques. Ententes”, (2009) *Concurrences: revue des droits de la concurrence* 80.

DELLA MOLLE, E. & GALVAN, S.

2008 “Past and present issues relating to the transfer of nuclear material for nuclear research”, in *Nuclear Inter Jura 2007 – Proceedings*, Bruxelles: Bruylant, p. 199.

DELZANGLES, H.

2007 «Provisions pour démantèlement des centrales nucléaires et droit communautaire des aides d’État», (2007) *Revue européenne de droit de l’environnement* 71.

DONNAT, F.

2006 “Une opération d’enrichissement d’uranium ne peut être assimilée à une «production» de matière nucléaire et ne relève donc pas du régime de «propriété» du traité Euratom”, (2006) *Cahiers juridiques de l’électricité et du gaz* 479.

GALANTE, R.

2010 “La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt «Land Oberösterreich c. CEZ»”, (2010) 1 *Revue du droit de l’Union européenne* 140.

GERVASONI, S.

2005 “Le traité Euratom ne s’applique pas aux activités nucléaires militaires”, (2005) *Revue française de droit administratif* 828.

GRUNWALD, J.

2008 “Euratom Treaty history and the way forward”, in *Nuclear Inter Jura 2007 – Proceedings*, Bruxelles: Bruylant, p. 1075, at p. 1084.

KERBRAT, Y. & MADDALON, P.

2007 “Affaire de l’Usine MOX: la CJCE rejette l’arbitrage pour le règlement des différends entre Etats membres”, (2007) *Revue trimestrielle de droit européen* 165.

LAVRANOS, N.

2006(1) “Protecting its exclusive Jurisdiction: the Mox Plant-Judgment of the ECJ”, (2006) *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 479.

2006(2) “Freedom of member states to bring disputes before another court or tribunal: Ireland condemned for bringing the MOX plant dispute before an arbitral tribunal. Grand Chamber decision of 30 May 2006, Case C-459/03, Commission v. Ireland”, (2006) 2 *European Constitutional Law Review* 456.

2007 “The scope of the exclusive jurisdiction of the Court of Justice”, (2007) *European Law Review* 83.

MAITREPIERRE, A.

2008 «La Cour de justice, gardienne des limites de l'objet du litige, soulève d'office un moyen tiré de l'irrecevabilité du recours formé contre une décision de la Commission en matière d'aides d'Etat», (2008) 1 *Concurrences: revue des droits de la concurrence* 164.

MÖSTL, M.

2010 “Case C-115/08, Land Oberösterreich v. ČEZ, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 27 October 2008”, (2010) 47(4) *Common Market Law Review* 1221.

NEFRAMI, E.

2007 “La mixité éclairée dans l'arrêt MOX du 30 mai 2006: une double interaction, un triple apport”, (2007) 3 *Revue du droit de l'Union européenne* 687.

NOCERA, F.

2005 *The legal regime of nuclear energy – a comprehensive guide to international and European Union law*, Antwerp-Oxford: Intersentia.

PACIULLO, G.

2009 “Misure restrittive della Comunità europea in materia di proliferazione nucleare”, (2009) *Diritto pubblico comparato ed europeo* 1957.

QUIGLEY, C.

2009 *European State Aid Law and Policy*, 2nd ed., Hart Publishing.

REICH, D. O.

2006 “No level playing field for nuclear power reserves? Comment on the Judgment in Case T-92/02 of 26 January 2006”, (2006) *European State Aid Law Quarterly* 445.

SAVY, D.

2003 “Tendenze evolutive della Corte in tema di competenze della Comunità europea dell'energia atomica in materia di sicurezza nucleare”, (2003) *Diritto pubblico comparato ed europeo* 1037.

SCHRIJVER, N.

2006 “Case C-459/03, Commission of the European Communities v. Ireland, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 30 May 2006, [2006] ECR I-4635”, (2010) 47(3) *Common Market Law Review* 863.

SEMMELMANN, C.

2006 “Forum shopping between UNCLOS arbitration and EC adjudication – And the winner ... should be ... the ECJ!”, (2006) *European Law Reporter* 234.

SOLTÉSZ, U.

2010 Commentary in HEIDENHAIN, M. (ed.), *European State Aid Law: Handbook*, Municque: Beck, 2010, pp. 732-733.

SOUSA FERRO, M.

2008 “The Future of the Regulation of Nuclear Safety in the EU”, 2(2) (2008) *International Journal of Nuclear Law* 149.

2010(1) “Directive 2009/71/Euratom: the long lost battle against discrimination and protection of sovereignty”, 2(4) (2010) *International Journal of Nuclear Law* 295.

2010(2) “Competition Law and the nuclear sector: an EU outlook”, 85 (2010/2) *Nuclear Law Bulletin* 13

WAINWRIGHT, R. & CUSAK, B.

1997 “Case-law of the European Court of Justice in the nuclear field from 1971 to the present day”, in *Nuclear Inter Jura 1997 – Proceedings (14-18 September 1997, Tours)*.

AÇÕES NEUTRAS E BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS

Vinicius de Melo Lima*

ABSTRACT: *The neutral actions or socially adequate actions throw important questions about the characterization of money laundering crime, the scope of incidence and to criminal conduct. In other words, questions-itself in that measure the actions of the daily life, as a legal business or a worthy transference, acquire a legal-penal resonance, well with the respective limits. Like this, the search of the equilibrium between the fundamental guarantees and the need of repression to the money laundering crime claims the study of the neutral conducts, in the sphere of the general theory of the crime, of way it confer legitimacy or validity ethics to the criteria of accusation.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Incursões dogmáticas sobre as ações neutras. 2.1. Os contatos sociais e o cenário jurídico-penal hodierno. 2.2. A neutralidade da ação: entre liberdade e responsabilidade. 2.3. A relevância penal das condutas neutras e sua inserção no âmbito da teoria geral do delito. 2.4. Tipicidade objetiva. 2.4.1. Teoria da proibição do regresso (ou do retrocesso). 2.4.2. Teoria da adequação social. 2.4.3. Teoria da adequação profissional. 2.4.4. Teoria dos papéis ou do rol social. 2.4.5. Princípio da confiança e a auto-responsabilidade. 2.4.6. Solidarização com o injusto alheio. 2.4.7. Cursos causais hipotéticos ou causalidade virtual. 2.4.8. A idoneidade da proibição. 2.5. Tipicidade subjetiva. 2.6. Solução da justificação. 2.7. A conduta típica de intervenção no delito. 2.8. Posicionamento pessoal. 3. A fenomenologia do branqueamento de capitais. 3.1. Delineamentos preliminares. 3.2. Mercado, criminalidade organizada e Direito Penal. 3.3. O bem jurídico tutelado no crime de branqueamento. 4. Ações neutras e branqueamento de capitais: espaços de liberdade ou injustos puníveis? 4.1. Notas preliminares. 4.2. Delimitação do risco permitido: A violação aos deveres especiais pode vir a caracterizar um crime de branqueamento? 4.3. Rol social e imputação: os limites à liberdade econômica ou profissional em face da dimensão comunitária do indivíduo. 4.4. A expressão do sentido delitivo nas ações “neutras” e o princípio da unidade da Constituição: eficiência e garantia no controle do branqueamento de capitais. Conclusões.

* Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Brasil). Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo/RS. Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa, Portugal.

1. INTRODUÇÃO

As relações tecidas no mundo contemporâneo são permeadas pelos influxos da globalização, da abertura dos mercados, da formação de blocos econômicos, dentre outros traços característicos, derramando seus efeitos no cenário sociojurídico.

Com efeito, os contatos sociais afiguram-se cada vez mais anônimos, em face do advento dos recursos tecnológicos e do incremento da circulação de pessoas e capitais, o que proporciona, por exemplo, a transferência de ativos em centros financeiros *off shore* em uma fração de segundo.

Nessa senda, cumpre à Ciência do Direito adaptar-se à atual quadra vivida, a fim de que haja a necessária correlação entre *fato, valor e norma*¹, elementos nucleares de interpretação do emaranhado normativo.

E ao Direito Penal, por seu turno, abre-se um horizonte desenhado na perspectiva da sociedade de risco, sem descuidar dos princípios que caracterizam o sistema de garantias individuais, além da tutela *subsidiária* de bens jurídicos fundamentais à harmonia social.

Na esfera da criminalidade organizada, surge o fenômeno do branqueamento de capitais, como um complexo de operações financeiras e comerciais lançadas no anseio de apagar os vestígios do crime, ou seja, a trilha do papel (*paper trail*). Percebe-se uma aproximação ou simbiose entre o lícito e o ilícito, de tal modo que a diferença entre a prática do crime de branqueamento e as demais transações econômicas reside justamente na origem ilícita.

Segundo dados das Nações Unidas, apenas o tráfico de substâncias entorpecentes movimentava a importância aproximada de 500 bilhões de dólares anuais ao nível global, o que reclama a adoção de mecanismos direcionados à imobilização e ao confisco de bens à disposição dos grupos delitivos organizados.

Não raras vezes tais empreendimentos criminais contam com o apoio de instituições financeiras e não-financeiras para a ocultação e a dissimulação dos valores auferidos ilicitamente, de modo que assume relevo a colaboração dos entes privados com as autoridades estatais incumbidas da persecução do ventilado ilícito típico.

1 Conforme Reale (1994: 57 ss.), o Direito é um fenômeno cultural, compreendido em virtude da integração normativa de fatos e valores.

Cumpra perscrutar os limites da participação punível de tais agentes à luz da doutrina das ações neutras, segundo a qual comportamentos cotidianos ou socialmente adequados carecem de significado jurídico-penal.

Assim, mister é trazer a lume a seguinte indagação: quais as fronteiras da relevância jurídico-penal das ações neutras ou cotidianas frente ao controle do branqueamento de capitais?

O fio condutor da presente investigação vem a ser justamente a necessidade de se estabelecer um equilíbrio entre as garantias fundamentais e a eficácia na repressão ao crime de branqueamento de capitais, tomando-se em conta o bem jurídico tutelado e o fim de proteção da norma.

2. INCURSÕES DOGMÁTICAS SOBRE AS AÇÕES NEUTRAS

2.1. Os contatos sociais e o cenário jurídico-penal hodierno

A sociedade contemporânea caracteriza-se pelos influxos da globalização e da abertura dos mercados, proporcionando sensíveis mutações no plano das relações pessoais.

Com efeito, da concepção interindividual dos conflitos (“Caio e Tício”, “A e B”, etc.), passa-se a uma dimensão coletiva ou transindividual, alicerçada na titularidade difusa e na indivisibilidade dos interesses tutelados pelos ordenamentos jurídicos.

Tal perspectiva implica na multiplicidade de contatos sociais, cujo anonimato decorre do incremento de recursos tecnológicos e da rede formada pela teia da vida².

Sustenta-se, desse modo, que as pessoas são ligadas por contatos anônimos, sendo portadoras de um papel, referindo-se tal denominação a “um sistema de posições definidas de modo normativo, ocupado por indivíduos intercambiáveis”³.

Por outro lado, o redesenho do cenário fático (do individual ao coletivo) trouxe consigo demandas em torno de políticas públicas mais efetivas, sobretudo no Brasil em que o *Welfare State* nunca existiu, culminando com o aparecimento de novas formas de criminalidade.

O fenômeno criminal, cada vez mais inserido no mercado financeiro internacional, está perdendo os referenciais de tempo, lugar e ação: tornou-se um

2 Sobre o assunto, ver a interessante obra de Capra, 1996.

3 Jakobs, 2007: 22.

conjunto intrincado de atos imperceptíveis como ilícitos, podendo utilizar-se o exemplo do branqueamento, fruto de operações financeiras como quaisquer outras, as quais adquirem significado criminal somente em virtude da origem ilegal dos proventos obtidos⁴.

Nesse interim, observa-se um movimento de expansão do Direito Penal, com a antecipação do *jus puniendi* do Estado, o incremento da adoção de crimes de perigo abstrato, a utilização de técnicas de investigação que prestigiam a delação premiada, a inversão do ônus da prova, dentre outras que podem comprometer os princípios e garantias individuais.

É inegável que o Direito Penal não pode voltar suas baterias à criminalidade dos negócios se permanecer aprisionado à dogmática forjada no século das luzes, destinada a outros tipos de ilícito. Isso implica a necessidade de uma interpretação do Direito Penal como um sistema dinâmico, a partir da identificação dos novos campos de intervenção criminal justa e legítima, à luz da carência e da dignidade penal das condutas incriminadas.

Dito de outro modo, há esferas de expansão legítima e ilegítima do Direito Penal: a persecução à criminalidade, ainda que de maior gravidade, não pode conduzir a uma claudicação dos princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito, sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual informa e conforma a atuação dos Poderes Constituídos e Instituições⁵.

Ora, se é certa a necessidade de ampliação do campo de intervenção penal diante de novas formas de comportamento, dotadas de intensa lesividade social e deslealdade comunicativa, não menos correta é a inferência lógica de que o indivíduo não pode ser objeto de instrumentalização ou funcionalização por parte do aparelho repressivo estatal.

Num Estado que tem por base o princípio da dignidade da pessoa humana, “*é a pessoa que é fim em si [...] o Estado é instrumento que não existe para si, mas que serve as pessoas individuais, assegurando e promovendo a dignidade, autonomia, liberdade e bem-estar*”⁶ (destaque nosso).

Kindhäuser, seguido em Portugal por Silva Dias, entende que o crime constitui uma deslealdade comunicativa, isto é, uma ruptura ao dever de leal-

4 Rodrigues, 2008: 175.

5 Na lição de Kant, “[n]o reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.” (Immanuel Kant, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*).

6 Novais, 2004: 52.

dade ao Direito, em prejuízo das expectativas comunitárias acerca da validade da norma jurídica. Refere que a culpa está centrada na dupla codificação do papel de cidadão nas sociedades modernas – o indivíduo como destinatário e autor ou co-legislador das normas – e na neutralização do Direito em relação aos motivos do cumprimento da norma. O crime é o “comportamento socialmente percebido como máxima manifestação de desconsideração ou de desrespeito comunicativos e, por isso, socialmente experimentado como perda de identidade e de posição de cidadania”⁷.

Há, todavia, situações nas quais revelam-se tênues os limites entre o risco permitido e o *jus puniendi*, decorrentes da prática de condutas neutras, profissionais ou socialmente adequadas, as quais podem causar mediata ou imediatamente o evento lesivo, com eventuais reflexos na seara criminal.

A liberdade do exercício de uma atividade econômica ou profissional é corolário do Estado Liberal, sendo punido o comportamento se causar uma ofensa ou um dano a outrem. O princípio do dano (*harm principle*) constitui um limite ao poder de punir do Estado, decorrente do postulado segundo o qual as atitudes internas e os pensamentos, se não concretizados em uma ação exterior, não alcançam significado jurídico-penal.

Sem embargo, o exercício das liberdades individuais encontra limites no pacto social firmado entre os cidadãos, a fim de que os direitos fundamentais sejam protegidos do arbítrio dos poderes econômicos ou privados, em homenagem ao princípio da isonomia material.

Noutras palavras, não há direitos fundamentais absolutos, razão pela qual devem ser exercitados com responsabilidade, em face da dimensão comunitária do indivíduo, o que implica, também, na observância dos deveres para a preservação dos bens coletivos (ordem econômica, meio ambiente, etc.).

2.2. A neutralidade da ação: entre liberdade e responsabilidade

Do processo de comunicação entre os indivíduos no tecido social, determinados atos praticados no mundo da vida podem tangenciar a esfera do injústo penal.

Com efeito, a prestação de serviços jurídicos, a realização de um negócio jurídico, o transporte de um passageiro em um táxi, a aquisição de uma mercadoria, apenas para traçar alguns exemplos, constituem condutas que se inserem em um padrão de normalidade, mostrando-se socialmente adequadas.

7 Silva Dias, 2003: 778.

Isso porquanto a vida no tecido social é caracterizada por um plexo de direitos e obrigações, assumidas por sujeitos de direitos que se inter-relacionam em situações inúmeras, observando-se, não raras vezes, a existência de riscos decorrentes do exercício de atividades econômicas e profissionais.

Nesse sentido, a sociedade atual é tida como uma sociedade de riscos⁸, decorrendo a possibilidade da produção de eventos imprevisíveis e incertos, cujos efeitos multiplicadores podem conduzir à afetação de bens vitais à sociedade organizada. Beck fala que os riscos são imprevisíveis e incontrolláveis, não estando na margem de escolha do indivíduo, provenientes da denominada modernização reflexiva.

A modernização reflexiva implica em uma *autoconfrontação* com os efeitos negativos que a sociedade de risco produz na vida das pessoas. A teoria da reflexividade sustenta que “quando mais avança a modernização das sociedades modernas, mais ficam dissolvidas, consumidas, modificadas e ameaçadas as bases da sociedade industrial. O contraste está no fato de que isso pode muito bem ocorrer sem reflexão, ultrapassando o conhecimento e a consciência”⁹.

Na esfera dos crimes econômicos, são entabulados certos atos negociais da vida cotidiana, os quais estariam abrangidos em um espaço de liberdade, denominado *risco permitido*.

Cumprido ao legislador, na atividade de conformação jurídico-penal dos âmbitos de liberdade individual, assegurar os fundamentos do contrato social, buscando o convívio harmônico e equilibrado do ser com o outro.

8 Nesse sentido, ver Beck, 1992: 11 ss. A título de ilustração, vale lembrar que, no ano de 1981, houve a intoxicação de milhares de pessoas em virtude da ingestão de um azeite de colza naturalizado desviado ao consumo humano, com a morte de várias pessoas em decorrência do envenenamento alimentício. Os fornecedores (industriais e comerciantes) responsáveis pelo processo de importação e manipulação do azeite, foram condenados pelo Tribunal Supremo Espanhol, diante da posição de garante e do dever de evitar o resultado. Na mesma linha de raciocínio, o Tribunal Supremo Federal Alemão, no tocante à intoxicação derivada da utilização de um produto (*spray*) para a limpeza de sapatos e objetos de couro, com riscos à saúde dos consumidores, observou que desde o ponto de vista jurídico, em todos os casos os danos à saúde dos consumidores afetados foram produzidos pelo *lederspray*, sendo constatado que a causa dos acidentes somente pode existir em alguns mecanismos toxicológicos causais de concretos componentes do produto ou pelo menos em sua combinação com os outros. Isso é suficiente para afirmar a relação de causalidade, sendo que nada altera nisto que todavia até hoje não haja sido possível identificar exatamente desde o ponto de vista científico-natural essa substância ou combinação de substâncias, que confere ao produto essa propriedade específica para causar danos à saúde. Não interessa a investigação da substância responsável pelos mesmos, nem o conhecimento de sua eficácia tóxica no caso presente. Cf. Hassemer, 1995; Muñoz Conde, 1995: 132.

9 Beck; Guidens & Lash, 1997: 16 ss. e 210 ss.

A imputação integra um processo comunicativo que canaliza a relação entre o Direito e a sociedade. Constitui, desse modo, o limite do “mundo” do Direito, que não ultrapassa o nível dessa expressão de desaprovação, tampouco se envolve numa cruzada moralizadora ou na ética individual¹⁰.

Daí advém a problemática das ações ditas neutras, também conhecidas por inócuas, socialmente adequadas ou cotidianas, podendo ser definidas *a priori* como os comportamentos não manifestamente puníveis que contribuem mediata ou imediatamente para a realização do ilícito penal, no âmbito do concurso de pessoas.

Consoante Greco¹¹, as ações neutras são “aquelas contribuições a fato ilícito alheio que, à primeira vista, pareçam completamente normais”, ou seja, “todas as contribuições a fato ilícito alheio não manifestamente puníveis”.

Por sua vez, Robles Planas¹² sustenta que a denominação “condutas neutras” revela a presença de dois elementos comuns, um de caráter objetivo e outro subjetivo. Afirma que são condutas que se realizam de maneira adequada a um rol ou estereótipo, com o conhecimento por parte de quem as leva a cabo de sua idoneidade para, direta ou indiretamente, produzir um resultado delitivo.

Em realidade, as condutas neutras pressupõem uma espécie de conflito entre o lado externo e o lado interno do fato: há uma aparência externa de licitude da conduta praticada pelo agente associada a uma aparência interna de antijuridicidade, razão pela qual a ubiqüidade é outra nota característica de tais contributos¹³.

Nessa linha de raciocínio, cumpre destacar alguns exemplos colhidos na literatura¹⁴:

- 1) Um taxista transporta, conhecendo o que vai acontecer, uma pessoa de X a Y para cometer em Y um delito;
- 2) O notário, em um contrato de compra e venda de uma firma conhecia a vontade das partes de fixar um preço real menor do que por sua vez

10 Fernández, 2004: 229.

11 Greco, 2004: 110.

12 Robles Planas, 2003: 33.

13 Cf. Robles Planas, 2003: 34-35.

14 Citados por Robles Planas, 2003:35-37.

- dava fé no contrato escrito, com o qual para efeitos fiscais se computou por debaixo do preço real o imposto sobre a aquisição de bens imóveis;
- 3) A é empregado do Banco C. A realiza diversas operações (por exemplo, uma transferência a um banco estrangeiro) por encargo de B, sabendo que tem como finalidade a defraudação de impostos.

A doutrina discute a relevância penal das ações neutras, em regra, na esfera da participação delitiva, mais especificamente no tocante aos limites da culpabilidade punível.

Entre nós, a lei penal brasileira, em princípio, acolheu um conceito unitário de autor, porém, a adoção de critérios legais de distinção entre autoria e participação transforma o paradigma monista em diferenciador, admitindo a aplicação de teorias modernas, a exemplo da teoria do domínio do fato, a qual tem sido utilizada pela doutrina para definir as formas de participação criminosa¹⁵.

Na aferição de cada caso, “corresponderá ao juiz verificar quem possuía o domínio do fato (nas suas diferentes formas de exprimir-se) e quem o não possuía, discernindo autores e partícipes”¹⁶.

É preciso, pois, uma “unidade de sentido objetivo-subjetiva”, de tal modo que o fato aparece como obra da vontade que conduz ao sucesso, associada à importância material da parte que cada interveniente assumiu no fato. Por isso, somente pode ser autor quem, em atenção à importância material de sua aportação objetiva, contribua a dominar o curso do fato¹⁷.

A renormatização do tipo objetivo trouxe a lume o estudo de teorias como a da adequação social, adequação profissional, proibição do regresso, princípio da confiança, auto-responsabilidade, incremento do risco, etc., que necessitam de uma ligação sistemática, em cotejo com o fundamento do injusto do interveniente.

Por que razão as ações que contribuíram para o fato ilícito devem (ou não) ser alvo de punição?

15 Cf. Santos, 2002: 242. Segundo o referido autor, “a idéia básica da teoria do *domínio do fato* pode ser assim enunciada: o autor *domina* a realização do fato típico; o partícipe *não domina* a realização do fato típico, não tem controle sobre a continuidade ou paralisação da ação típica”. *Op. cit.*, 241.

16 Batista, 2008: 73.

17 Jescheck, 1981: 398.

Tanto a autoria como a participação trazem em comum a intervenção no delito, diferenciando-se no tocante às formas de operar-se tal intervenção.

As interações sociais, como ensina Robles Planas¹⁸, podem ser verticais ou horizontais, destacando-se as primeiras em virtude da existência de delegação de competências, com um gradual afastamento da atribuição de responsabilidade do fato à execução material, a exemplo das figuras da autoria mediata e da comissão por omissão. As interações horizontais, por sua vez, operam-se no mesmo nível ou plano hierárquico, tendo por figuras representativas as formas de co-autoria e de participação.

O problema das condutas neutras é relativo a ambas as interações (vertical e horizontal), de causação direta ou indireta do delito, cumprindo-se, então, valorar os comportamentos que se situam na fronteira entre o socialmente adequado e a comparticipação criminosa. A discussão centra-se, pois, no significado neutral da intervenção com respeito ao fato delituoso a que se refere¹⁹.

Tal situação remete ao debate em torno dos contributos neutros no âmbito da teoria geral da infração penal, ao invés de uma interpretação formulada em tiras, em situações pontuais.

2.3. A relevância penal das condutas neutras e sua inserção no âmbito da teoria geral do delito

Consoante a doutrina majoritária, o crime constitui um comportamento típico, ilícito e culpável, havendo ainda quem sustente que a punibilidade seria um elemento constitutivo do injusto.

A tipicidade significa a plena subsunção da conduta praticada no mundo da vida nos estreitos limites do Direito Penal.

Já a ilicitude consiste na contrariedade da conduta do agente frente ao ordenamento jurídico, não estando sob o abrigo de eventuais causas justificantes, a exemplo da legítima defesa.

A seu turno, a culpabilidade configura um juízo de censura que recai sobre o agente imputável, dotado de potencial consciência da ilicitude, não sendo exigível, nas circunstâncias do caso concreto, um comportamento diverso do empregado pelo agente.

¹⁸ Robles Planas, 2003: 31.

¹⁹ Robles Planas, 2003: 31-40. O referido autor delimita seu estudo ao exame das condutas neutras de participação a título de cumplicidade.

Consoante ensina Fernanda Palma²⁰, a culpa pressupõe uma ligação vivida com o dano, dependendo de uma experiência subjetiva efetiva do mal, ou seja, um poder de desejarmos o dano e de nos apropriarmos subjetivamente do mundo causal que o cria.

Além do estudo dos seus elementos dogmáticos, o princípio da culpa constitui também uma fonte de legitimação da intervenção do Direito Penal. Nesse contexto, a culpa jurídico-penal atua como princípio de imputação, limitando a intervenção punitiva do Estado a condutas dotadas de significado comunicativo ético-social, cujo desvalor implica numa ofensa a um bem jurídico tutelado pelo ordenamento penal.

Reportando-se ao tema objeto da investigação, as ações neutras são identificadas pela doutrina ora no plano da tipicidade, ora na esfera da ilicitude, afastando a caracterização do injusto, em consonância com a situação concreta.

Isso porque tão arbitrário é negar a punibilidade de toda ação cotidiana ou habitual, como afirmá-la sempre, se não se fundamenta na perigosidade da conduta²¹.

O núcleo do problema é saber quais os limites mínimos da intervenção punível, estabelecendo os limites do Direito Penal frente aos espaços de normalidade cotidiana²².

A seguir, procura-se identificar as principais linhas de entendimento sobre as ações neutras no plano da teoria geral do delito, sob o enfoque dos limites mínimos da contribuição/intervenção para o injusto legitimamente punível.

2.4. Tipicidade objetiva

A corrente doutrinária que sustenta a atipicidade das condutas neutras toma por norte de avaliação as elementares objetivas e subjetivas exigidas pelo tipo penal.

A maior atribuição de peso a uma ou outra solução depende do fio condutor da análise dogmática.

20 Palma, 2005: 39-40. A autora procurar investigar critérios éticos para a aferição do juízo de culpa, a partir da lógica das emoções e sua influência no Direito Penal. A seu turno, Figueiredo Dias segue uma concepção existencialista de culpa, relacionando-a com a personalidade do agente concretizada no fato por ele praticado. Em sua definição, a culpa corresponde à “própria autoria ou participação do existir (e do ser-livre) em uma contradição com as exigências do dever-ser que lhe são dirigidas logo a partir do seu característico modo-de-ser (do ser-livre)”. Figueiredo Dias, 1995: 152.

21 Robles Planas, 2003: 45.

22 Hassemer *apud* Robles Planas, 2003: 75.

Com o advento da teoria da imputação objetiva, a conduta do agente deve ser idônea para causar um risco não permitido, afetando o bem jurídico tutelado pela norma penal.

A teoria da imputação objetiva tem origem nas obras de Larenz e Honig, sendo posteriormente desenvolvida por Roxin e Jakobs, como contraposição à concepção finalista de Welzel, em face de sua visão ontologicista dos elementos da conduta.

Para a referida teoria, o tipo objetivo passa a ser o centro da gravidade, havendo divergência entre Roxin e Jakobs sobre a relevância dos conhecimentos especiais do autor: Roxin sustenta que “Ações humanas, e também ações típicas, consistem sempre em um entrelaçamento de momentos objetivos e subjetivos”²³, ao passo que Jakobs adota um entendimento que resulta a normatização do tipo penal, extraíndo dele todo e qualquer dado ontológico.

A imputação ao tipo objetivo pressupõe a realização de um perigo criado pelo autor e não coberto por um risco permitido dentro do alcance do tipo e a sua realização no resultado. O risco permitido vem a ser uma conduta que cria um risco relevante do ponto de vista jurídico, porém está permitida, de um modo geral, diferentemente das justificantes, excluindo a imputação ao tipo objetivo²⁴.

Nessa senda, o agente deve ter criado, mediante sua conduta causal para a produção do resultado, um perigo desaprovado no sentido do tipo penal respectivo, isto é, uma conexão entre a conduta dolosa ou imprudente e a criação de um risco desaprovado²⁵.

Na lição de Reyes Alvarado²⁶, a imputação objetiva é a teoria que permite estabelecer o que para o Direito é uma conduta lesiva dos interesses sociais.

Logo, será preciso identificar se o resultado pode ser atribuído objetivamente à obra do agente, sendo que a teoria da imputação objetiva é uma

23 Roxin, 2008: 122. Em sua crítica à teoria da imputação objetiva, Queiroz sustenta que “o surrealismo dos exemplos utilizados pelos adeptos da teoria da imputação objetiva põe de manifesto que seu âmbito de aplicação é reduzidíssimo, de sorte que, em razão do seu excessivo grau de abstração, constitui, em boa parte, pura especulação teórica, e, como tal, desprovida de maior transcendência”. Queiroz, 2001: 138.

24 Cf. Roxin, 2006: 367-371.

25 Cf. Frisch, 1995: 34.

26 Reyes Alvarado, 1992: 964.

teoria de “não-imputação”, voltada à restringir o alcance da proibição ou a determinação típica sobre determinado sujeito²⁷.

A corrente objetivista pauta-se por critérios ou teorias extraídas da imputação objetiva, destacando-se as seguintes: a) teoria da proibição do regresso; b) teoria da adequação social; c) teoria da adequação profissional; d) teoria dos papéis; e) princípio da confiança; f) solidarização com o injusto alheio; g) cursos causais hipotéticos, h) idoneidade da proibição.

2.4.1. Teoria da proibição do regresso (ou do retrocesso)

A *teoria da proibição do regresso* é um critério utilizado para limitar a imputação de um resultado a certos comportamentos que possam ter causado resultados, mas que estão fora do interesse do Direito Penal.

A ruptura do nexo de imputação, como assinala D’Ávila²⁸, “ocorrerá sempre que uma ação tornar-se causa de um resultado típico, em virtude do desvio provocado por um terceiro”, citando como exemplo o devedor que paga suas dívidas, sabendo que o credor, com o dinheiro, comprou a arma utilizada no homicídio, afirmando que “não será considerado responsável pelo crime, mesmo que, ao pagar, tivesse conhecimento da intenção criminosa do credor”.

Concebida tradicionalmente por Frank, no âmbito da causalidade, ao limitar a autoria, a teoria da proibição do regresso, em sua versão moderna, implica no alcance da imputação apenas ao garante da não-ocorrência do resultado²⁹.

Feijóo Sanchez³⁰, em monografia dedicada ao tema, questiona se existe uma “proibição do regresso” como limite geral do tipo em Direito Penal. Refere que a questão nuclear no atual estado de evolução do problema reside nos limites da participação criminal, ou seja, se possui relevância penal a realização de uma atividade que, carecendo de um sentido delitivo unívoco ou podendo ser definida como inofensiva ou habitual, acaba sendo aproveitada por um terceiro para realizar seu plano delitivo. Expõe casos-limite, em que há a ciência do agente de que sua conduta contribuirá para que terceiro pratique uma ofensa a um bem jurídico, aduzindo que as normas que regulam o âmbito social onde se desenvolve a atividade favorecedora podem representar

27 Tavares, 2002: 279.

28 D’Ávila, 2001: 79.

29 Cf. Bacigalupo, 2005: 251.

30 Feijóo Sanchez, 1999: 56-57, 79.

um importante critério de ajuda, a exemplo das medidas obrigatórias de prevenção do branqueamento de capitais estabelecidas para os bancos.

2.4.2. Teoria da adequação social

Por obra de Hans Welzel, foi criada a *teoria da adequação social*, segundo a qual ações que se situam dentro do quadro de normalidade em um determinado contexto histórico não são passíveis de punição, porquanto são socialmente adequadas.

Na lição de Faria³¹, a adequação social é “sinónimo de normatização da ação, da concessão de um papel determinante ao desvalor da conduta, permitindo pensar o significado ético e social da atuação do agente face ao recorte de vida que o legislador quis abranger com o tipo legal de crime”. Refere, ainda, que o conceito de adequação social significa um reconhecimento de um “objetivo-normativo” ao nível do ilícito, com preponderância sobre os elementos subjetivos, e que a teoria da imputação objetiva não difere substancialmente da idéia originária da adequação social.

A indigitada doutrina, atualmente, é compreendida como um princípio de interpretação das normas penais, sofrendo crítica no tocante à amplitude da expressão “*adequação social*”³².

2.4.3. Teoria da adequação profissional

Modernamente, Hassemer aperfeiçoou a teoria da adequação social, por intermédio do conceito de *adequação profissional*, ou seja, se a conduta do agente está dentro do exercício normal de uma profissão, a mesma é considerada atípica. Trata-se, na visão do referido autor, de estabelecer os limites do Direito Penal frente aos espaços de normalidade cotidiana³³.

Hassemer sustenta que as condutas neutras, profissionalmente adequadas, não podem ser penalmente proibidas, o que conduz à impunidade, de um modo geral, de tais ações, inclusive quando quem as executa seja consciente de que um terceiro desviará esta ação para a prática de um delito. O referido autor excepciona a regra da atipicidade em duas situações: a) quando se trata

31 Faria, 2005: 32, 38-42.

32 Em sentido contrário, Cancio Meliá sustenta que a teoria da adequação social é precursora da normatização do tipo objetivo, sendo um embrião de uma verdadeira teoria geral da imputação objetiva. Cancio Meliá, 1993: 728-729.

33 Hassemer *apud* Robles Planas, 2003: 75.

de modificações de condutas habituais em forma de prestações novas e alheias à atividade que somente podem ser vistas como condições para a consecução de fins criminais; b) quando se trata da criação ou adaptação de atividades reguladas a finalidades não “neutras” ou a planos delitivos alheios³⁴.

Tal teoria, de igual modo, é criticada pela ambigüidade da definição de uma conduta “*profissionalmente adequada*”, mormente nas situações que o agente tem ciência de que o contributo será desviado para a prática de um evento delituoso.

2.4.4. Teoria dos papéis ou do rol social

Jakobs defende a aplicação da *teoria dos papéis*, baseado no conceito de rol, sob o ponto de vista sociológico, consistente no fato de que as pessoas desempenham certas atividades na vida comunitária, diante das expectativas de respeito à vigência da norma jurídica. A quebra ou violação do papel ou rol do agente implica na necessidade da adoção do Direito Penal, como instrumento voltado não à defesa de bens jurídicos, mas sim a restabelecer as expectativas normativas dos cidadãos. Logo, se a conduta praticada pelo agente não excede os limites do rol social, não há se falar em punição ao agente, pois “nem tudo é assunto de todos”.

Tal teoria vai ao encontro dos fundamentos do funcionalismo sistêmico, de tal modo que não toma em consideração o lado subjetivo do fato, isto é, se o agente sabia ou não que sua conduta estaria contribuindo mediata ou imediatamente para a prática de um injusto penal.

O fato de que o Direito Penal moderno desenvolveu no marco da teoria da imputação objetiva uma teoria da conduta típica (risco permitido, princípio da confiança, atuação a próprio risco e a proibição do regresso) se inspira em um princípio social-funcional. Contatos sociais tão fugazes como os que se estabelecem no tráfego viário somente se podem organizar se se protege a confiança em que cada um somente responde por sua conduta defeituosa e não pela do outro. Logo, as expectativas garantidas juridicamente somente são defraudadas por uma conduta objetivamente defeituosa, sem ter em conta aspectos individuais, sendo que o requisito mínimo de uma defraudação é a quebra do rol³⁵.

34 Hassemer *apud* Robles Planas, 2003: 99.

35 Jakobs, 2000: 54-55.

Tome-se como exemplo o caso do estudante de biologia que trabalha nas férias em um restaurante como garçom, servindo aos clientes uma salada a qual sabe, em virtude de seus conhecimentos especiais, que apresenta composição imprópria para o consumo humano. A solução oferecida por Jakobs é no sentido de que o agente situa-se dentro do rol social ou do papel desempenhado (garçom), não obstante dotado de conhecimentos especiais, razão pela qual não pratica crime de homicídio, mas sim, eventualmente, crime de omissão de socorro.

Por outro lado, o sentido social do comportamento é definido pelo contexto, o qual pode ser marcadamente delitivo, como se vê do exemplo a seguir, trazido por Jakobs³⁶:

[...] certo é que a venda de uma enxada numa loja de artigos de jardim é algo inofensivo; mas se diante da loja se está desenvolvendo uma violenta luta, e na loja entram pessoas feridas que participam da luta, requerendo que se lhes faça a entrega imediata de uma enxada, pode ser que as coisas sejam distintas.

A crítica a essa teoria é no sentido de que a sua acolhida implica na normatização da sociedade e no desprezo ao lado subjetivo da conduta, bem como não se poder aferir a ressonância penal de um comportamento com base em critérios sociológicos, a exemplo do conceito de rol ou papel.

Nessa linha de entendimento, afirma Feijóo Sanchez³⁷ que o critério objetivo não pode ser um conceito sociológico (a função social), mas um critério recolhido expressa ou tacitamente por uma norma penal. Saliencia, também, que, no exemplo do garçom, “no momento em que percebe que está servindo uma comida envenenada, sua conduta adquire um sentido delitivo”. Infere, pois, que “o decisivo à existência do tipo é a criação dolosa de um risco não

36 Consoante ensina Jakobs, “[u]m comportamento cotidiano e inofensivo não adquire significado delitivo quando o autor o inclui em seus planos. Posto que se manteve dentro do marco de seu papel inofensivo, o sujeito não tem por que consentir que se lhe imponha como definição de seu comportamento o que o autor do delito estabelece tomando esse comportamento como razão do fato delitivo. A execução não lhe é própria”. Adiante, sustenta que “a imputação objetiva não depende das circunstâncias psíquicas dos intervenientes, mas do sentido social do comportamento”. Por sua vez, o sentido do comportamento, assevera o citado doutrinador, “não só depende da configuração do comportamento, mas também do contexto em que este se enquadra. De maneira especial, pode ser que um contexto marcadamente delitivo repercute num comportamento que, por si, está estereotipado como adequado na sociedade”. Jakobs, 2007: 64-69.

37 Feijóo Sanchez, 2003: 121-127.

permitido, que se realiza num resultado. O papel social não acrescenta nada aos tradicionais requisitos da ‘imputação objetiva’”.

2.4.5. Princípio da confiança e a auto-responsabilidade

Consoante o princípio da confiança, a convivência em sociedade é pautada pela confiança das pessoas no cumprimento das normas jurídicas, não podendo ser atribuída a responsabilidade penal a um agente sob a alegação de suposta violação da expectativa legitimamente depositada pelo pacto social. Exemplifica-se com o caso da vítima que, de inopino, atravessa a rua com sinal fechado, vindo a falecer em virtude da colisão de um veículo que trafegava ali naquele momento. Entende-se que não se pode reputar criminoso a conduta do condutor do veículo, pois não confiava ou esperava que a vítima adotaria tal postura.

Alguns autores³⁸ sustentam a incidência do princípio da confiança na relação entre o causídico e o cliente, não se valorando se o advogado teve conhecimento de estar contribuindo para a prática de um crime (evasão fiscal, branqueamento, etc.), porque não existe a tipicidade objetiva.

Tal problemática será analisada com maior aprofundamento no quinto capítulo, no qual será estudada, de maneira mais direta, a problemática das ações neutras em face da persecução estatal do branqueamento.

Do princípio da confiança deriva o princípio da auto-responsabilidade, corolário do exercício da liberdade individual, segundo o qual cada agente é responsável pelo respectivo fato que contribuiu objetivamente, não podendo ser ampliada a imputação de modo a abranger indivíduos que estão alheios ao círculo de autores e partícipes no fato delituoso.

2.4.6. Solidarização com o injusto alheio

A doutrina da *solidarização com o injusto alheio* baseia-se na adesão do agente à conduta do outro participante ou co-autor, para a relevância penal da ação neutra. Noutras palavras, se for constatado na situação concreta que o agente que praticou uma conduta aparentemente neutra solidarizou-se com o injusto praticado por terceiro, a ele também é imputada a prática da infração penal, em comparticipação.

38 Dentre eles, *v.g.*, Gómez-Trelles, 2008: 35-36.

Conforme Schumann³⁹, o injusto na participação está no desvalor do ato, a partir do momento em que uma ação comporta um desprezo aos valores fundamentais do sentir jurídico, exteriorizando um desvalor socialmente insuportável. Isso ocorre por intermédio da noção de solidarização com o injusto do autor, isto é, quando o partícipe se coloca de maneira identificável de parte do injusto.

Entre nós, Reale Júnior⁴⁰, após trazer exemplos colhidos nas obras de Roxin e Jakobs, afirma que não se pode punir o agente a título de cumplicidade, se “não há a vontade comum e nem mesmo conhecimento pelo autor da adesão do fornecedor dos meios para a prática do delito”, o que importaria, na corrente causal, a um “regresso ilimitado”.

Parcela da doutrina critica a solução proposta por Schumann, sob o fundamento de que a referida teoria tem assento na relação entre o autor e o terceiro, deixando de lado a configuração da própria conduta⁴¹.

2.4.7. Cursos causais hipotéticos ou causalidade virtual

A teoria dos *cursos causais hipotéticos* baseia-se na possibilidade de o agente prescindir ou não da contribuição do participante para o evento lesivo. Por exemplo, se atua como cúmplice o agente que vai a uma casa de ferramentas e adquire um serrote, tendo o mesmo dito ao proprietário do estabelecimento que irá matar a própria esposa com o referido instrumento, havendo outros estabelecimentos congêneres situados nas proximidades do local, onde facilmente o agente obteria o serrote.

Löwe-Krahl⁴² sustenta a necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade, como limitador do alcance da tutela penal, destacando a idoneidade como fator preponderante, isto é, se a contribuição puder ser obtida pelo autor principal em qualquer outro lugar, a conduta do interveniente não é perigosa para o bem jurídico. Defende, então, que a punição do partícipe será legítima se o mesmo adaptar o seu contributo “tendo em vista o futuro come-

39 Schumann *apud* Robles Planas, 2003: 102.

40 Reale Júnior, 2002: 322-323. Salienta que “[d]iversa seria a situação se o anfitrião do jantar, indagasse do padeiro qual o pão que a vítima gosta para oferecer-lhe com segurança uma porção de veneno que seria sem dúvida ingerida pela vítima, hipótese em que efetivamente o padeiro atua com dolo eventual, prestando uma assistência à comissão do delito sem ter domínio do fato, razão porque se enquadra sua ação como participação na morte do convidado”. *Op. cit.*, 323.

41 Ver, entre outros, Robles Planas, 2003: 104.

42 Löwe-Krahl *apud* Greco, 2004: 62-63.

timento do fato delituoso. Esta adaptação nem sempre precisa ser individual; trata-se de oferecer toda uma organização, cuja razão de ser é de facilitar a prática de crimes, como por vezes ocorre em certos procedimentos bancários altamente anonimizados”.

Tal teoria é criticada porquanto os cursos causais hipotéticos não afastam a reprimenda penal, pena de o agente que violar a lei penal afastar a sua responsabilização sob o argumento de que outro no seu lugar a faria. Aplica-se, pois, o princípio da assunção, segundo o qual “cada sujeito é responsável pelas suas ações, incluindo os seus resultados, sendo totalmente irrelevante que estes se tivessem produzido inevitavelmente também na falta da sua ação, por força de um processo causal virtual”⁴³.

2.4.8. A idoneidade da proibição

Em um importante estudo sobre imputação objetiva, Frisch⁴⁴ refere que o reconhecimento e limitação de direitos e liberdades, bem como a desaprovação de determinadas condutas, formam parte do marco da ponderação de interesses, destacando a idoneidade e a necessidade de determinadas restrições da liberdade para a conservação dos bens e liberdades.

A idoneidade é um dos subprincípios da proporcionalidade e, segundo Alexy⁴⁵, expressa a pretensão, contida no conceito de princípio, de alcançar a maior realização possível de acordo com as possibilidades fáticas. Sobre o assunto, refere que o Tribunal Constitucional Alemão considerou inconstitucional lei que exigia a prova de conhecimentos técnicos comerciais por parte do comerciante que quisesse instalar uma máquina de tabaco, em face da vulneração à liberdade de profissão e ofício, garantida pelo artigo 12.1 da Lei Fundamental Alemã. O fundamento central foi no sentido de que, no caso do estabelecimento onde se havia instalado a máquina de tabaco, a prova de conhecimentos comerciais específicos não era idônea para proteger os consumidores dos danos econômicos ou de danos para a saúde.

Entre nós, Greco⁴⁶ sustenta que o problema das ações neutras deve ser resolvido no tipo objetivo da cumplicidade, especificamente, na valoração do risco criado como juridicamente desaprovado ou permitido. Destaca o crité-

43 Sousa Mendes, 2008: 167.

44 Frisch, 1995: 64.

45 Alexy, 2002a: 27.

46 Greco, 2004: 138 ss. Do mesmo autor, ver Greco, 2007: 73 ss.

rio da idoneidade da proibição para a melhora da situação do bem jurídico concreto, como diretriz de interpretação para limitar o alcance do tipo objetivo da cumplicidade. Conclui no sentido de que se a proibição melhorar de modo relevante a situação do bem jurídico, dificultando de alguma forma a sua lesão, já será ela legítima, e o risco criado juridicamente desaprovado.

2.5. Tipicidade subjetiva

A exclusão da tipicidade das condutas neutras de intervenção no delito, em consonância com as elementares subjetivas, norteia-se nas seguintes linhas de pensamento: a) referência de sentido delitivo (negação do dolo eventual); b) ponderação de interesses; c) relevância dos conhecimentos especiais do agente.

2.5.1. A referência de sentido delitivo

Sustenta Roxin que não há ações neutras *per se*, devendo o aplicador da lei ater-se ao contexto em que é praticado o fato, punindo-se o participante apenas nas hipóteses de dolo direto, ou seja, quando o agente tem a intenção de praticar o crime, manifestando a conduta uma “referência de sentido delitivo”. Já nas situações de dolo eventual, em que o agente assume o risco de produzir o resultado, apregoa, em regra, a não-punição do agente, salvo quando caracterizada uma inclinação reconhecível ao fato delituoso.

O referido autor considera, por exemplo, que deve ser punido como cúmplice num homicídio o padeiro que vende o pão ao seu cliente, sabendo de antemão que este o pretende envenenar e servir às suas visitas⁴⁷.

Adepto da teoria da impunidade por dolo eventual, Otto refere que “as ações profissionalmente adequadas não cumprem o tipo da cumplicidade se

47 Afirma Roxin que “[s]e o vendedor o sabe, a sua conduta perde a natureza de um negócio diário ‘neutral’ para se converter num ataque ao bem jurídico. Dificilmente se deixará a discutir a cumplicidade, apesar da atividade de venda ‘normal’, se o comprador comunica ao vendedor que pretende utilizar o objeto comprado para um arrombamento ou para um envenenamento. Por que se deve entender de forma diferente se o vendedor obteve a mesma informação de outro modo?”. Roxin *apud* Faria, 2005: 41. Em sentido contrário, Faria observa que “[n]ão basta, por isso, a consideração abstrata de que o agente não criou um risco especial, como deixa sustentar Jakobs, como não basta a consideração, igualmente abstrata, de que existiu um ‘certo’ dolo, mas é necessária a ponderação das circunstâncias concretas do caso, entre as quais se contam evidentemente os conhecimentos do agente, a fonte da informação, a natureza e a dimensão do negócio em causa, entre outros fatores. Com o que provavelmente acabamos por admitir que o que confere aqui sentido à ação é uma consideração puramente objetiva da conduta”. Faria, 2005: 42.

o agente que presta ajuda não conhece o fato principal nem o favorece intencionalmente, ainda que abarque sua realização com dolo eventual⁴⁸

Rueda Martins⁴⁹ destacou as seguintes características das ações neutras: 1) supõe um favorecimento na comissão de um fato doloso que um autor principal resolveu realizar; 2) se encontram na fase dos atos preparatórios; 3) existem dados objetivos que o demonstram. Após analisar os critérios relevantes utilizados na temática, adere à teoria de Roxin, aludindo à “referência de sentido delitivo”, isto é, quando a contribuição seja de valor para o autor sob o pressuposto do fato punível planejado e sempre que o contribuinte o saiba, extraindo o sentido social típico de uma ação por intermédio do tipo subjetivo (componentes cognitivo e volitivo), o qual antecede o tipo objetivo.

No mesmo sentido a lição de Ambos⁵⁰, para o qual não há ações cotidianas *per se*, dependendo da finalidade e do contexto global do cometimento da conduta, devendo o contributo ser portador de um sentido delitivo para se atribuir relevo jurídico-penal. O referido autor, por seu turno, nega a punição do agente a título de dolo eventual, em face do princípio da confiança.

2.5.2. Teoria da ponderação de interesses

A teoria da *ponderação de interesses* apreende a problemática das ações neutras como uma questão envolvendo colisão de interesses, utilizando-se da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy para lançar seus fundamentos, imprimindo relevo ao princípio da proporcionalidade como fio condutor para a solução do conflito estabelecido.

Wohlleben⁵¹ sustenta a aplicação da teoria da argumentação jurídica de Alexy ao campo da ponderação de interesses, ao entender que se legitima a punibilidade de um numeroso grupo de ações neutras de cumplicidade sobre a base do consenso social sobre a permissividade da conduta e das regras do

48 Otto *apud* Robles Planas, 2003: 62.

49 Rueda Martins, 2013: 122, 131-133.

50 Ambos, 2003: 31-32.

51 Wohlleben *apud* Robles Planas, 2003: 61. Consoante Robles Planas, é duvidosa a existência de consenso normativo sobre se a atividade profissional dos taxistas abarca a conduta de acompanhar os delinquentes até o lugar do fato, ou se entre os princípios de conduta dos padeiros se inclui a venda de pão sabendo de sua posterior utilização delitiva. Refere que a teoria da adequação profissional deve ser prestigiada por levar a problemática ao decisivo terreno das relações entre as regras que regem uma concreta atividade (escritas ou não) e as normas penais. Todavia, como sustenta o referido autor, o ponto de referência do “adequado” não está contido em normas setoriais, mas sim em normas gerais, em uma estrutura de imputação geral que em nenhum caso vem determinada por normas que regulam a profissão (*op. cit.*, 99-101).

discurso que conduzem a ele, bem como do sentido do “precedente”. Refere, ainda que, “quanto maior é a segurança da lesão do bem jurídico mais peso adquire o lado do ‘prejuízo’, em menor medida é adequada sua aprovação”.

O uso de um precedente, como destaca Alexy⁵², significa a “aplicação da norma que subjaz à decisão do precedente”, mostrando-se, assim, como um “procedimento de argumentação exigido por razões prático-gerais (princípio da universalidade/regra da carga da argumentação), sendo, nessa medida, racional”.

2.5.3. A problemática dos conhecimentos especiais do agente: Punição dos pensamentos?

No tocante aos conhecimentos especiais, isto é, aqueles que ultrapassam o saber do homem médio, mister é trazer a lume o seguinte exemplo: Um determinado indivíduo está cursando arquitetura na Faculdade e, durante as férias, trabalha ocasionalmente como mestre de obras em uma construção. Tendo a ciência de que a projeção da obra contém falhas técnicas nas dimensões e na estrutura, com potenciais riscos aos adquirentes das unidades condominiais, é cabível a sua responsabilização penal, em caso do posterior desabamento da edificação?

A questão em pauta é tida por alguns autores⁵³ como o nó górdio dos casos de participação mediante ações neutras, afetando, de um modo geral, a toda a teoria da imputação objetiva.

Vale trazer à colação outros exemplos⁵⁴:

- 1) Um vendedor responde como cúmplice de um delito de contaminação do meio ambiente por vender matéria-prima a uma fábrica, sabendo que esta fábrica é conhecida por processar matérias-primas sem adotar as medidas dispostas por lei para evitar a contaminação ambiental?
- 2) Responde como cúmplice de um delito de corrupção de funcionários o caixa de um banco que entrega uma forte soma de dinheiro ao titular da conta, sabendo que este utilizará o dinheiro para corromper alguns juízes?

52 Cf. Alexy, 2005: 268.

53 Dentre eles, *v.g.*, Robles Planas, 2003: 203.

54 Caro John, 2013. Para o referido autor, em ambos os casos os intervenientes não atuam como cúmplices, pois suas condutas se inserem dentro de um espaço de liberdade juridicamente reconhecido ao cidadão em um Estado de liberdades, que coincide com sua atividade, profissão ou ofício cotidiano. Logo, o significado social das condutas coincide neste contexto com o significado normativo de neutralidade.

Para Jakobs⁵⁵, não há se falar em criminalizar a conduta do agente, sob pena de ofensa ao Direito Penal do fato. As críticas à tese subjetivista residem na insuficiência do critério adotado, bem como à crise do lado subjetivo do fato, o que implicaria em se admitir um autêntico Direito Penal do autor ou Direito Penal de atitude interna, punindo-se a mera cogitação, em afronta aos princípios do Estado de Direito.

Argumenta-se, também, que a ignorância do agente seria premiada, isto é, incentivar-se-ia o “não-saber”, ainda que, externamente, as condutas praticadas sejam idênticas.

Ainda, afigura-se legítima a punição de ações neutras, centrando-se a aferição da relevância penal tão-somente no plano do autor material e na vontade do cúmplice? Seria justificável a antecipação da tutela penal a tal ponto?

Fernanda Palma⁵⁶, em resposta a tal indagação, analisa o contributo do cúmplice sob a perspectiva da segurança dos bens jurídicos e da diminuição da liberdade de ação da vítima, critério também utilizado para a punibilidade da tentativa. Afirma que “[a]s fronteiras da cumplicidade são dadas por um estabelecimento de limites mínimos de contribuição no fato compartilhado”. A referida autora sustenta, ainda, que “[u]ma atividade ‘neutra’ do cúmplice tem de implicar a elevação do risco para os bens da vítima, para além do risco normal resultante da conduta do autor material, isto é, tem de assumir também um conteúdo de ilícito”.

Pufendorf sustentou a não punição da *nuda cogitatio*, utilizando como um de seus argumentos a falta de ofensividade para terceiros dos pensamentos

55 Afirma o mencionado doutrinador que “os conhecimentos especiais constituem algo sobre o que não há nenhuma obrigação de alguém adquirir ou manter; trata-se de pura subjetividade, e nada mais. [...] Explicando de outro modo, a relevância jurídico-penal dos conhecimentos especiais ficaria limitada aos conhecimentos efetivamente existentes, é dizer, ao dolo. Entretanto, um conhecimento sem o respectivo dever de conhecer seria um elemento não jurídico do delito, ao estar definido de maneira totalmente psicológica”. Jakobs, 2007: 51-52. Ver, ainda, do mesmo autor: Jakobs, 1991: 515-524.

56 Palma, 2006a: 99-100. A exigência da exteriorização da ação atende às premissas garantistas de um Direito Penal do fato, em contraposição ao Direito Penal da vontade ou da atitude interna, conforme explicita Ferrajoli: “[o] que o pensamento iluminista subtrai à criminalização e ao controle é, sobretudo, o interior da pessoa em seu conjunto, quer dizer, sua alma ou sua personalidade psicofísica [...]”. Nenhuma outra doutrina filosófica, na minha opinião, realizou uma tarefa histórica de secularização e de liberalização do direito penal como a do utilitarismo e a conexa da separação entre direito e moral. Sobre a base dos dois requisitos de danosidade para terceiros e de exteriorização da ação, não só a proibição dos atos internos, das intenções, dos vícios e das opiniões, mas também a de uma quantidade incomensurável de comportamentos e de inclinações desviantes, tradicionalmente punidos em homenagem à equivalência pré-moderna entre delito e pecado, foi submetida pelo pensamento penal iluminista a uma crítica dissolvente que não tem precedentes, nem voltará a se repetir na história da cultura jurídica”. Ferrajoli, 2006: 442-443.

não manifestados. Todavia, como assinala Sousa Mendes⁵⁷, tal argumento acaba não sendo satisfatório, “porque há outras situações igualmente desprovidas de ofensividade, mas que são puníveis: por exemplo, a tentativa. Qual é a diferença?”.

Dan-Cohen⁵⁸, em sua obra *Harmful Thoughts*, realiza um interessante estudo sobre a influência dos pensamentos sobre o comportamento humano, partindo da seguinte indagação: Podem os estados mentais da pessoa, tais como intenções ou emoções, afetar os outros, mesmo na ausência de qualquer ação ou expressão por parte dessa pessoa? O referido autor entende que sim, citando o seguinte exemplo: diante de um desastre no qual o pai perdeu o filho, morto em um acidente, restou afetada a relação pai e filho, definida pelo autor como “termo relacional”. Tal situação, sustenta Dan-Cohen, possui implicações normativas e filosóficas, sobre os limites do individualismo e o princípio do dano.

Por sua vez, Greco⁵⁹ propõe a distinção entre três espécies de dados subjetivos: 1) dados subjetivos cognitivos: aqueles que se referem a um estado da realidade externa; 2) dados subjetivos emocionais: os referentes a um estado de ânimo; e 3) dados subjetivos opinativos: os que se traduzem em opiniões, valorações, sobre uma determinada realidade externa. Para o referido doutrinador, o princípio do *cogitationis poenam nemo patitur* não pode ser aplicado a dados subjetivos cognitivos, e estes são os elementos subjetivos que se apresentam nos casos de ações neutras. Os dados subjetivos cognitivos, explica Greco, não surgem da psique do agente, mas sim da realidade exterior, o que implica em maior liberdade, a qual deve ser exercitada com equivalente responsabilidade.

Assim, a existência dos elementos subjetivos cognitivos deve ser considerada para a aferição de cada situação concreta, pois uma realidade exterior pode conter distintos significados, de acordo com o respectivo contexto, com reflexos na seara criminal. O exemplo referenciado por Greco, qual seja, o da vítima que, induzida por terceiro, pega um avião que vem a explodir, em virtude de uma bomba instalada em seu interior, é esclarecedor no tocante ao relevo penal dos conhecimentos especiais, variando a solução conforme a presença ou não dos dados subjetivos cognitivos.

57 Sousa Mendes, 2007: 191-192 (nota 417).

58 Dan-Cohen, 1999.

59 Greco, 2004: 130-132.

2.6. Solução da justificação

Segundo a corrente de entendimento que sufraga a solução da justificação às hipóteses de ações neutras, é mister um juízo de ponderação ou de proporcionalidade entre os direitos fundamentais postos em jogo.

Noutras palavras, a conduta neutra possui tipicidade, estando prevista abstratamente na moldura penal; todavia, não ultrapassa o campo da ilicitude penal, em face da ponderação em torno do conflito de interesses entre o *jus puniendi* do Estado e o *jus libertatis* individual.

Consoante ensina Canotilho⁶⁰, contém o princípio em tela três subprincípios constitutivos, a saber:

- a) Princípio da conformidade ou adequação de meios: Revela que a medida a ser adotada com o intuito de almejar o interesse público deve ser apropriada à persecução da finalidade a ele inerente;
- b) Princípio da exigibilidade ou da necessidade: Salienta o fato de que o indivíduo tem direito à menor desvantagem possível. A doutrina vislumbra outros elementos substanciais, quais sejam: 1) a exigibilidade material, uma vez que o meio empregado deve ser o que menos imponha limites aos direitos fundamentais; 2) a exigibilidade espacial, que conduz à imperiosa limitação no âmbito da intervenção; 3) a exigibilidade temporal, no que pertine à delimitação temporal à medida coativa do poder público; d) a exigibilidade pessoal, visto que a medida deve ser circunscrita à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados;
- c) Princípio da proporcionalidade em sentido restrito: Mesmo quando presentes a necessidade e a adequação da medida coativa do poder público visando atingir certa finalidade, necessário se perquirir se o resultado obtido com a intervenção é proporcional a “carga coativa” da mesma. Trata-se, então, de sopesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim, num juízo de ponderação ou de justa medida.

A liberdade de exercício profissional é um direito fundamental que encontra limites na própria Constituição, como se depreende da leitura do artigo 5.º, inciso XII, da Carta da República Brasileira, norma constitucional de eficácia contida ou restringível por disposição normativa do legislador infraconstitucional.

⁶⁰ Canotilho, 2003: 266 ss.

A aplicação do ventilado princípio, de maneira genérica e sem uma maior fundamentação, pode desvirtuar a sua natureza, permitindo soluções arbitrárias ou decisionistas, ferindo os princípios da legalidade estrita e da estrita jurisdicionariedade⁶¹.

Destarte, o “uso adequado da proporcionalidade deve ter o propósito de ‘recolocar’ a integridade eventualmente violada pela legislação ou pela decisão judicial”⁶².

2.7. A conduta típica de intervenção no delito

A intervenção no delito é pautada pelos princípios da mínima restrição possível da liberdade de atuação e da auto-responsabilidade.

Referida teoria, propugnada por Robles Planas⁶³, aborda a distinção clássica entre autoria e participação sob um critério quantitativo, tomando em conta a influência de cada interveniente na realização direta do tipo, as características do fato e a decisão sobre a produção do delito.

Para o referido autor, não há se falar em injusto “alheio” na conduta do terceiro que adere à conduta do autor principal, mas sim, na existência de uma conduta típica de intervenção no injusto, cuja consecução contou, de igual modo, com o obrar do interveniente.

Em relação aos limites da cumplicidade punível, entende que somente se pode castigar o partícipe no momento em que se interpreta o fato principal como também fato próprio, seccionando dois grupos de casos: a) quando se infrinjam deveres especiais que o ordenamento jurídico impõe precisamente para evitar que tais condutas sejam tomadas por outro para a comissão de um delito; b) quando não existem deveres especiais.

Diante da situação em que há deveres especiais ou regulações para o desempenho de determinada atividade, Robles Planas sustenta que o orde-

61 Ensina Ferrajoli que, “[c]orrelativamente ao princípio de legalidade estrita – que caracterizamos como uma regra semântica metalegal de formação da linguagem legislativa, dirigida a assegurar a determinabilidade das denotações jurídicas – pode-se formular conseqüentemente um princípio metaprocessual de estrita jurisdicionariedade, que equivale a uma *regra semântica de formação da linguagem jurisdicional* dirigida a assegurar a determinabilidade das *denotações fáticas*. Trata-se na realidade não de uma, mas de uma série de regras que exigem, como condição da estrita jurisdicionariedade, isto é, da verificabilidade e da refutabilidade das teses que no processo enunciam os fatos e as provas, que tanto aquelas como estas sejam exatamente individualizadas mediante descrições precisas e sem o uso de palavras vagas ou valorativas”. Ferrajoli, 2006: 120.

62 Cf. Streck, 2009: 87.

63 Robles Planas, 2003: 181-273 e 314-318.

namento jurídico fixou determinadas “posições de garantia” para evitar que determinados bens e atividades formem projetos delitivos alheios.

Assim, refere que a maioria dos casos de condutas neutras ficam à margem da cumplicidade no delito, exceto quando se verifique a infringência a um dever especial da posição jurídica (*v.g.*, o notário que, em um contrato de compra e venda de uma firma, conhecia a vontade das partes de fixar um preço real menor do qual, por sua vez, dava fé em um contrato escrito, produzindo efeitos fiscais, com a redução do imposto sobre a aquisição de bens imóveis) ou quando a aporção do bem ou prestação pessoal se recorta especialmente para que encaixe no projeto delitivo (*v.g.*, um advogado explica a seu cliente como deve cometer um determinado delito para não deixar “rastros”).

Por fim, nos casos em que não há presença de intervenção punível no delito, na lição do citado doutrinador, subsiste a possibilidade de apreciar um delito de omissão do dever de impedir determinados delitos (artigo 450 do Código Penal Espanhol).

2.8. Posicionamento pessoal

Após um panorama sobre as principais teorias que regem a pesquisa em foco, observa-se a existência de soluções objetivas, subjetivas e intermediárias para tentar compor a problemática da relevância penal das condutas neutras ou cotidianas.

Quem está na origem das teorias objetivas? Terá sido Schaffstein⁶⁴, com a sua idéia de que a cumplicidade só seria punível se o cúmplice tivesse aumentado o risco da consumação do crime por parte do autor?

Passando para o domínio das ações neutras, pode-se argumentar que as teorias objetivistas, na prática, acabam eliminando o conceito de ação neutra, pois se exigem um aumento do risco, então a ação já deixa de ser “neutra” para passar a ser relevante. Nesse caso, que falta faz o conceito de ação neutra?

Desse ponto de vista, as doutrinas subjetivistas são mais coerentes, pois arrancam da constatação de que a ação é mesmo indiferente para a lesão ou perigo de lesão do bem jurídico.

64 Schaffstein buscou resolver problemas causais com a idéia do risco, aduzindo que podia prescindir-se da construção auxiliar da cumplicidade psíquica “se nos socorrermos do princípio geral de imputação do aumento de probabilidades criador do risco, princípio que naturalmente reclama aplicação imediata na cumplicidade, já que esta, diferentemente da autoria, não está qualificada por critérios específicos de imputação”. Cf. Roxin, 2004: 151.

Por outro lado, como resolver o caso colhido na literatura do devedor que paga a dívida, sabendo que o dinheiro será utilizado pelo credor para comprar uma arma e matar determinada pessoa? Ou mesmo do dono do hotel que aluga um quarto para um traficante, sabendo da origem ilícita do dinheiro que será pago a título de diária?

No tocante aos critérios adotados para a compreensão dogmática das ações neutras, a solução mais adequada para o juízo de tipicidade da conduta “neutra”, a nosso ver, é a que exige uma colusão objetivo-subjetiva, isto é, uma conexão de risco que evidencie uma referência de sentido delitivo (dolo direto) ou a inclinação reconhecível ao fato (dolo eventual), bem como a idoneidade da conduta para a ofensa ao bem jurídico, levando-se em conta os conhecimentos especiais do agente ao tempo do fato.

Em relação à culpabilidade, o Tribunal Supremo Espanhol entendeu que para sua configuração, sempre haverá de resultar necessário, junto com o conhecimento e a vontade de colaboração na comissão do delito, um aporte objetivo, qualquer que seja a sua natureza, desde o mero conselho ou assessoramento na realização de atos materiais, que, sem necessidade de ser determinante para ver cumprido o desígnio criminal, mas sim que suponha, em qualquer caso, um conteúdo auxiliador, não indiferente senão realmente eficaz, em relação com a conduta agressora do bem jurídico protegido levada à cabo pelo autor⁶⁵.

Ensina Roxin⁶⁶ que “quem se mantém dentro do marco do risco permitido, não comete uma ação final de homicídio ainda que tenha querido a realização do risco que efetivamente se produz”.

As ações neutras, em regra, são condutas atípicas, não sendo passíveis de reprimenda penal, desde que não transcendam o campo ético da liberdade profissional, associando-se à prática delitiva, sob a “roupagem” do livre exercício de uma atividade. Noutras palavras, se, no caso concreto, for comprovado que a conduta do agente ultrapassou o risco permitido, tornando-se idônea para afetar o bem jurídico tutelado, com a presença do elemento subjetivo cognitivo, entende-se que o contributo adquire relevância jurídico-penal.

65 Cf. STS, Resolução 185/2005, Recurso 773/2004, Ponente: Jose Manuel Maza Martins, j. 21-02-2005.

66 Roxin, 2004: 166.

Nessa linha de raciocínio, afirma Fernanda Palma que a “relação consciente com o risco da ação típica só duvidosamente cabe na esfera de risco permitido”⁶⁷.

A conduta típica de intervenção no delito depende, pois, de uma inferência objetivo-subjetiva, assim como ocorre na tentativa: a conexão de risco entre a conduta praticada no mundo da vida e o contexto delitivo é o elo de ligação entre o “ser” e o “dever-ser”, mediante o processo comunicativo de imputação penal legítima.

Logo, não há ações neutras de *per se*, devendo ser considerado o respetivo contexto e a finalidade ou o propósito do agir por parte de cada interveniente no delito.

A esse respeito, vale lembrar a lição de Aristóteles⁶⁸, na obra *Ética a Nicômaco*, sobre a virtude, a qual é vista como “uma disposição estabelecida que leva à escolha de ações e paixões e que consiste essencialmente na observância da mediania relativa a nós, sendo isso determinado pela razão”, acrescentando, ainda, que “é um estado mediano entre dois vícios, um constituído pelo excesso e outro constituído pela deficiência”.

A discussão em torno dos limites e da relevância penal das ações neutras encontra eco na parte especial do Direito Penal, sobretudo na análise dos crimes econômicos, a exemplo do branqueamento de capitais, em que a distinção entre os parâmetros do comportamento no campo da licitude ou da ilicitude não raras vezes é dotada de complexidade, haja vista que se insere na atividade econômica normal.

3. A FENOMENOLOGIA DO BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS

3.1. Delineamentos preliminares

O mundo pós-moderno vem presenciando as transformações sofridas na economia dos países, com a abertura dos mercados internos e a formação de

67 Palma, 2002: 99. Conforme a referida autora, “[a] regra do risco permitido é apenas uma proteção da liberdade de ação que impede a responsabilidade pelo risco e possibilita a ação numa sociedade de risco. Não está coberta pela regra de risco permitido uma sua utilização para a criação de danos consciente”. Palma, 2002: 99.

68 Aristóteles, 2007: 77. Por outro lado, Aristóteles refere que nem toda a ação ou paixão admite a observância de uma devida mediania, citando, entre as ações, “o adultério, o roubo e o homicídio”, pois, na sua visão, “são condenáveis como sendo más em si mesmas – não é o excesso ou a deficiência delas que condenamos” (Aristóteles, 2007: 78).

blocos econômicos tendentes a forjar estruturas competitivas num cenário traçado pelas amarras da globalização e do capitalismo.

A própria noção de Estado nacional e suas específicas funções de soberania entraram em crise, devido a circunstâncias externas (criação de espaços políticos supranacionais, como a União Européia, por exemplo) e internas (movimentos de regionalização e autonomia, que levaram à proliferação de poderes subestatais, cujo traço marcante se denota na privatização de funções e tarefas tidas como pilares do Estado). Tais elementos parecem confluir no sentido da desagregação e desarticulação estatal⁶⁹.

Nesse sentido, determinados efeitos permeiam o âmbito das relações jurídicas, consubstanciados nos inúmeros tratados e convenções internacionais engajados, ao menos em tese, na solução dos conflitos situados além-fronteiras.

A superação da crise da soberania dos Estados reclama a reconstrução do Direito Internacional, em prol da autonomia dos povos e do paradigma do Estado Constitucional de Direito, ou, como refere Ferrajoli⁷⁰, um “constitucionalismo de Direito Internacional”.

À guisa disso, são perceptíveis os reflexos na Ciência Penal, em face de atividades criminógenas que desnudam uma importante ramificação daquela: o Direito Penal Econômico. Nesse quadrante, em virtude da “multiplicidade e variedade dos âmbitos de intervenção da ordem jurídico-administrativa dos nossos dias, também o direito penal secundário nos surge sob o signo da multiplicidade e da diversidade”. E, considerando que tal intervenção é percebida, nomeadamente “no domínio da economia, bem se compreende que aquele direito se apresente hoje, no seu núcleo essencial, como *direito penal econômico* ou, se quisermos, como *direito penal administrativo econômico*”⁷⁰.

A delinquência econômica organizada, via de regra, fere de morte um bem jurídico metaindividual, qual seja, a ordem socioeconômica do Estado.

Mister é a compreensão de que, quando se lesa o sistema econômico-financeiro de uma determinada extensão territorial, em verdade, se apunhala, oblíqua ou indiretamente, o seio social. Isto porque o desequilíbrio daquele sistema impede a consecução de programas assistenciais e caritativos, bem como os órgãos oficiais prestadores de serviços públicos – segurança social, saúde, educação, entre outros – amargam insofismável deficiência funcional.

69 Faria Costa, 2001.

70 Cf. Figueiredo Dias, 1998a: 38.

Os conflitos intersubjetivos imersos, no mais das vezes, no campo (ideal) da literatura (a qual se utiliza, amiúde, de situações fictícias), cedem lugar a um novo contexto, forjado pela criminalidade “dourada”, que compreende uma gama variada de crimes, tais como, os fiscais, de “colarinho branco”, contra as relações de consumo, o meio ambiente, etc. Desse modo, a objetividade jurídica afetada traduz-se em valores supra-individuais, que dizem respeito ao (regular) funcionamento da sociedade e do Estado.

Figueiredo Dias⁷¹ assinala que, em todos os Estados, “se pressente um sentimento generalizado de injustiça estrutural, relativamente ao qual a impunidade dos delinquentes económicos ou a sua injustificada punição menor adquire acentuada ressonância simbólica”. Em razão disso, defende que “a sociedade deve formular particulares exigências ao seu ordenamento penal económico”, concluindo que “em nada se contraria, mas antes substancialmente se realiza um princípio de *igualdade material* entre os cidadãos”.

3.2. Mercado, criminalidade organizada e Direito Penal

O crime organizado apresenta-se como uma espécie da interface penal-econômica, constituindo uma rede hierárquica e monetariamente estruturada, alicerçando-se, em regra, na participação de agentes estatais ávidos pela obtenção de lucratividade ilícita e desmesurada.

Conforme a Rede de Combate aos Crimes Financeiros do Departamento do Tesouro dos Estados Unidos (FINCEN), o crime organizado está assumindo um papel cada vez mais significativo, o que ameaça a segurança das pessoas, dos Estados e das instituições democráticas⁷².

A proliferação do sistema capitalista, notadamente sob o modelo (neo) liberal, aliado ao desenvolvimento de novas tecnologias, entre outros fatores, fomentaram a criação de estruturas criminógenas em diversos países, cujo traço característico é a complexa teia organizacional.

O poderio econômico e a influência desse tipo delinqüencial, não raras vezes infiltrado no tecido estatal, podem levar ao rompimento do ordenamento jurídico (existência, validade e eficácia da norma), e, conseqüentemente, desvirtuar a preservação/proteção dos direitos fundamentais⁷³.

71 Figueiredo Dias, 1998b: 386.

72 Lilley, 2001: 17.

73 Sobre a relação entre o poder econômico e o delito, bem como a tutela penal de interesses supra-individuais, cf. Tiedemann, 1985.

Na lição de Ferrajoli⁷⁴, a criminalidade que mais afeta os direitos fundamentais é a criminalidade do poder, a qual é dividida em três espécies: a) criminalidade dos poderes criminais: é o crime organizado, representado pelo terrorismo de um lado, e pela grande criminalidade das máfias e das camorras do outro; b) criminalidade dos grandes poderes econômicos: manifesta-se na difusão de poderes desregulados, que tem como regra o benefício e a auto-acumulação, diante do vazio do Direito Público e do Direito Penal Internacional em face da globalização; e c) criminalidade dos poderes públicos: apresenta fenomenologia complexa e heterogênea, tendo em vista as diversas formas de corrupção e apropriação da coisa pública, além dos crimes contra a humanidade, correspondendo a uma patologia do ordenamento, decorrente da crise do Estado de Direito e da própria democracia.

A despeito disso, remanesce uma dificuldade por parte dos Estados na conceituação jurídica da ventilada realidade fenomênica. A literatura, a seu turno, tem se ocupado dessa tarefa, extraíndo definições e predicados com o escopo de viabilizar sua apreensão normativa.

Consoante Cervini e Gomes⁷⁵, uma associação ilícita organizada apresenta algumas das seguintes características:

- I) hierarquia estrutural;
- II) planejamento empresarial;
- III) uso de meios tecnológicos avançados;
- IV) recrutamento de pessoas;
- V) divisão funcional das atividades;
- VI) conexão estrutural ou funcional com o poder público ou com agente do poder público;
- VII) oferta de prestações sociais;
- VIII) divisão territorial das atividades ilícitas;

74 Ferrajoli, 2005: 74-77. Assiste razão a Ferrajoli, em sua obra *Direito e Razão*, ao enunciar que “[...] *el fin del derecho penal no es reducible a la mera defensa social de los intereses constituidos contra la amenaza representada por los delitos. Es, más bien, la protección del débil contra el más fuerte: del débil ofendido o amenazado por el delito, así como del débil ofendido o amenazado por la venganza; contra el más fuerte, que en el delito es el delincuente e en la venganza es la parte ofendida o los sujetos públicos o privados solidarios con él*” (Ferrajoli, 1995: 335). Tradução livre: “[...] o fim do direito penal não é reduzível à mera defesa social dos interesses constituídos contra a ameaça representada pelos delitos. É, isto sim, a proteção do débil contra o mais forte: do débil ofendido ou ameaçado pelo delito, assim como do débil ofendido ou ameaçado pela vingança; contra o mais forte, que no delito é o delinqüente e na vingança é a parte ofendida ou os sujeitos públicos ou privados solidários com ele”.

75 Cervini & Gomes, 1997.

- IX) alto poder de intimidação;
- X) alta capacitação para a prática de fraude;
- XI) conexão local, regional, nacional ou internacional com outra organização criminosa.

Sobreleva notar que os Estados Unidos e outros 123 países, incluindo o Brasil, assinaram a Convenção das Nações Unidas sobre Delinquência Organizada Transnacional, durante uma conferência realizada entre os dias 12 e 15 de dezembro de 2000, na cidade de Palermo, Itália.

A Convenção pretende promover a cooperação entre os Estados-Partes para prevenir e combater mais eficazmente o crime organizado internacional, estabelecendo alguns traços básicos, tais como, o intuito econômico, a estabilidade, a transnacionalidade, a participação de mais de três elementos, além de conceitos como o de delito determinante, delito grave, entrega vigiada, grupo estruturado, bens, etc.

Observa-se que a criminalidade da globalização tem um perfil nitidamente econômico⁷⁶, em virtude da adoção de políticas neoliberais que claudicaram diante dos poderes privados internacionais, os quais impuseram aos Estados regras uniformes diante da (in)capacidade dos controles político e jurídico⁷⁷.

Como salienta Silva Sánchez⁷⁸, duas são as características mais significativas da criminalidade da globalização: a) trata-se de uma criminalidade organizada, contando com uma estrutura hierarquizada de pessoas; b) é uma criminalidade de sujeitos poderosos, destacando-se a magnitude dos efeitos, a capacidade de desestabilização dos mercados e a corrupção de servidores e governantes.

Na atual quadra da história, os efeitos da denominada “crise de 2008” são disseminados entre os Estados, assinalando-se o vácuo normativo decorrente da globalização das relações econômicas e sociais, a (des)regulação do mercado financeiro e, sobretudo, a assunção de riscos por instituições que nunca foram regulamentadas.

Assim, se por uma vertente, é mister coligir esforços na tentativa de impedir o recrudescimento da criminalidade de perfil organizado, face aos seus reflexos no contexto global, imperativa a análise do “reverso da moeda”: não se

76 Cf. Silva Sánchez, 2002: 76.

77 Gracia Martín, 2005: 66.

78 Silva Sánchez, 2002: 80.

pode, sob esta justificativa, admitir o controle das políticas públicas dos países (sub)desenvolvidos por órgãos monetários internacionais, ou mesmo, nações mais favorecidas política e economicamente. Da mesma forma, revela-se de todo prejudicial submeter os princípios fundamentais de direito interno ao jugo de um “combate” às organizações criminosas, haja vista a possível involução a um autêntico “terrorismo penal”.

Hassemer, sectário da Escola de Frankfurt, sustenta que a “criminalidade organizada” apresenta-se hoje como o abre-te-sésamo para desencadear o arsenal de instrumentos de intervenção da autoridade⁷⁹. Entende que a melhor solução para os problemas do Direito Penal moderno reside na adoção do que intitula “Direito de Intervenção”, ou seja, entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, entre o Direito Privado e o Direito Público.

Já Marinucci e Dolcini afirmam que o Direito Penal moderno deve corrigir a sua natural tendência à hipertrofia, mas deve ao mesmo tempo realizar uma tutela equilibrada de todos os bens fundamentais, individuais e coletivos⁸⁰.

Sustenta-se, na doutrina, a adoção de um Direito Penal de “segunda velocidade”, com a flexibilização das regras de imputação e garantias, para o trato das questões da criminalidade moderna, renunciando, contudo, à imposição de penas privativas de liberdade⁸¹.

Ora, na persecução de formas graves de criminalidade, eventual colisão com os direitos fundamentais reclama a aplicação do princípio da proporcionalidade, no sentido de otimizar os bens jurídicos em conflito. Há uma relação de precedência condicionada entre os direitos fundamentais, sendo que os princípios, diferentemente das regras, não seguem a lógica do tudo ou nada. Noutras palavras, não há direitos absolutos, razão pela qual, devem ser ponderados em consonância com as balizas do caso concreto, para aferir qual princípio possui maior peso⁸².

Assim, a nosso ver, afigura-se possível conciliar as premissas fundamentais de um Direito Penal garantista com a necessidade de intervenção estatal na defesa da coletividade, nomeadamente em face de fenômenos criminais do tipo organizado. Mesmo porque se “nenhum adequado equacionamento for

79 Hassemer, 1995: 91.

80 Marinucci & Dolcini, 1999: 819-820.

81 Cf. Silva Sánchez, 2006: 27 ss.

82 Cf. Alexy, 2002: 91-95.

adotado para o controle da criminalidade dos poderosos corre-se o sério risco, a curto prazo, de partir-se para um Direito Penal despótico, desligado dos princípios e das garantias próprias do Direito Penal de um Estado constitucionalmente democrático”⁸³.

Insta salientar que, no plano internacional, os Estados são independentes, regendo-se pelas regras da coordenação e não da subordinação – ao menos em tese.

Não bastasse isso, são visíveis alguns problemas estruturais, tais como: a intrincada organização das redes criminais que desafiam as limitações das forças de ordem em reprimi-las; a desarticulação entre os setores estatais encarregados da prevenção e da repressão destas práticas; o tráfico de influência e a elevada concentração de renda, etc.

Tais indicativos desnudam um Estado desorganizado, carente de recursos materiais e humanos, e, ainda, sem uma regulação normativa que direcione sua atuação de modo mais eficaz em face do crime (organizado)⁸⁴.

É de se notar, no contexto das organizações criminosas, em geral, que o *animus lucrandi* fomenta as atividades ilícitas, como o tráfico de drogas, a extorsão mediante seqüestro, a sonegação fiscal, etc.

Na lição de Miranda Rodrigues⁸⁵, “a criminalidade organizada é uma actividade económica em sentido amplo (ou em todo caso lucrativa, embora possa ir para além disso), caracterizada por efeitos danosos avultadíssimos, normalmente económicos, mas também políticos e sociais. Destacam-se a sua capacidade de desestabilização geral dos mercados, bem como a corrupção de funcionários e governantes”.

Nesse sentido, o circuito criminal só se completa com a inserção dos ativos auferidos no sistema econômico-financeiro, através de entidades (tradicionais/não tradicionais) que nele atuam.

Cumprir frisar que pouca (ou nenhuma) utilidade possui o capital “sujo”, de *per sí*, uma vez que não poderia ser usufruído pelo agente, face à presença dos órgãos de persecução criminal. Tal circunstância culminaria no confisco dos bens adquiridos.

De fato, o dinheiro precisa ser “lavado”, “legitimado”, de modo a ocultar/mascarar/afastar sua procedência ilícita. Donde resulta a importância da aná-

83 Cf. Franco, 2000: 258.

84 Ver, por todos, Maia, 1997.

85 Rodrigues, 2008: 367.

lise do fenômeno, que pode ser concebido como um complexo de operações tendentes a distanciar o caráter ilícito contido nos bens, direitos e/ou valores de “titularidade” do criminoso.

Consoante Faria Costa⁸⁶, a teia criminosa oriunda da megacriminalidade se constitui num projeto racionalmente estruturado, que passa, sobretudo, por três grupos interdependentes, que funcionam da seguinte maneira:

O grupo central ou nuclear tem como finalidade principal levar a cabo o provi-
sionamento, o transporte e a distribuição dos bens ilegais. Ligam-se, aqui clara-
mente, coação e corrupção para expansão do poder e de lucro. Um outro grupo
tem como propósito primacial servir de proteção institucional a toda a rede ou
teia. É a tentativa de chamar à organização, de forma subtil ou direta, a política,
a justiça e a economia, as quais, através do estatuto dos seus representantes, per-
mitem criar bolsas ou espaços onde a atuação criminosa se torna possível. Final-
mente, surge um terceiro grupo que tem como fim primeiro estabelecer a lavagem
de todo o dinheiro ilegalmente conseguido. Operam-se, por conseguinte, ligações
com instituições bancárias, com casinos e ainda com outras sociedades legalmente
constituídas. É grupo que funciona como placa giratória entre o mundo criminoso
e o normal e comum viver quotidiano.

Na lição de Botke⁸⁷, as oportunidades de uma intervenção livre no mer-
cado são repartidas injustamente quando o patrimônio monetário é prove-
niente, em grande medida, de fontes delitivas. Afirmar que ao introduzir-se
o dinheiro assim obtido, opera-se uma distorsão no mercado e na livre con-
corrência baseada na igualdade de oportunidades. O branqueamento pode
periclitar a atuação livre do mercado, podendo desembocar no poder político,
através do poder obtido no mercado.

3.3. O bem jurídico tutelado no crime de branqueamento

Reportando-se ao crime de branqueamento, qual o bem jurídico tutelado
pela incriminação?

A doutrina apresenta, basicamente, as seguintes correntes de entendimento:

⁸⁶ Faria Costa, 2001: 17.

⁸⁷ Botke, 2013: 8.

- 1) O bem jurídico tutelado pela incriminação do branqueamento de capitais seria a ordem socioeconômica⁸⁸: é a corrente que tem predominado no cenário jurídico brasileiro, identificando-se com a livre circulação de bens no mercado, a livre concorrência, a credibilidade das instituições financeiras, enfim, reportando à problemática à esfera do Direito Penal Econômico.
- 2) A objetividade jurídica seria a mesma do crime precedente⁸⁹, entendendo-se que o agente que praticou o crime subjacente não deveria ser penalizado pelo branqueamento, em face do princípio da consunção e do *ne bis in idem*.
- 3) A Administração da Justiça⁹⁰: é a tese que tem prevalecido no ordenamento jurídico português.
Consoante assinala Godinho⁹¹, esta é a posição correta, embora deva ser melhor delimitada, sustentando, em função disso que, “o que se tutela é a *pretensão estadual ao confisco das vantagens do crime*, um interesse supra-individual que é posto em perigo pelas condutas de branqueamento de capitais”.
- 4) O reforço da eficácia preventiva da pena em relação ao autor do crime precedente, ao evitar a consolidação dos benefícios econômicos auferidos ilicitamente⁹².

No caso português, o artigo 368.º-A do Código Penal, que define o branqueamento, está tipificado no âmbito dos crimes contra a administração da Justiça. O delito em tela dificulta a atuação da justiça, a responsabilização dos agentes e a perda das vantagens ilícitas, sendo tal posição adotada, em sua maioria, pela doutrina lusitana.

88 Ver, entre outros, Cervini, Gomes & Oliveira, 1998: 321-323 e Brandão, 2002: 18-23.

89 Cf. Ac. do STJ de 23-3-2000 no proc. 972/99. Todavia, o entendimento recente gira em torno da distinção entre bens jurídicos, conforme ressalta, *v.g.*, o Ac do STJ de 20-6-2002, proc. n.º 472/02, reconhecendo-se a tese do concurso real de crimes. Crítico a esse respeito, Godinho afirma que “[d]iferentemente da receptação, o branqueamento de capitais não representa sob qualquer ponto de vista uma continuação da lesão do bem jurídico anterior, ou um estímulo a tal lesão, pelo que o bem jurídico protegido deverá ser encontrado de forma autónoma”. Godinho, 2001: 130.

90 Ver, por exemplo, Podval, 2001: 104-105.; Maia, 1999: 57 e Silva, 2007: 452.

91 Godinho, 2001:143 e 146.

92 Cf. Pérez Manzano, 2008: 16 e Ragués i Vallès, 2008: 183.

O bem jurídico desempenha função essencial à luz das perspectivas de um Direito Penal democrático, constituindo uma realidade material ou imaterial, de titularidade individual ou metaindividual, que deve ser interpretada em compasso com o quadro axiológico constitucional e com o princípio do Estado Democrático e Social de Direito⁹³.

Noutras palavras, a teoria de bem jurídico deve ser compreendida em um processo evolutivo acerca das concepções de Estado, em face do que a ampliação da dimensão de tutela decorre da atual quadra histórica, permeada pelo desenvolvimento técnico científico e tecnológico, a existência de direitos que transcendem a esfera individual e a globalização das relações sociais⁹⁴.

Ainda que não se possa ignorar uma pluralidade ofensiva⁹⁵ na conduta típica e antijurídica tendente à reciclagem de capitais espúrios, compartilhamos do entendimento segundo o qual o foco central na incriminação do branqueamento volve-se na proteção da ordem econômica.

Eros Grau⁹⁶ a descreve como “conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica. Assim, ordem econômica, parcela da ordem jurídica (mundo do dever-ser), não é senão o conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser)”.

Concorrência desleal, oscilações nos índices de câmbio, ingresso de capitais especulativos, instabilidade econômica, precariedade e imprecisão na delimitação das políticas públicas constituem exemplos dos efeitos econômicos provocados pelo branqueamento.

Tal situação se agrava, sobremodo, em face do atual cenário de crise econômica internacional, atingindo os Estados desenvolvidos ou em desenvolvimento, indistintamente, disseminando-se com intensidade em virtude de uma política neoliberal que apregoa a defesa do “Estado mínimo”, e, paradoxalmente, solicita a intervenção estatal para resgatar instituições financeiras e grandes empresas da bancarrota.

Nesse espaço de (des)regulação e (in)suficiência dos controles político e jurídico estatais, prolifera-se o branqueamento de capitais associado à criminalidade organizada, permitindo aos agentes criminosos usufruir dos lucros

93 Prado, 2003: 52-33.

94 Prado, 2003: 106.

95 Cf. Canas, 2004: 19

96 Grau, 2007: 72.

da atividade ilícita, mostrando que o crime compensa, além de investir em meios e recursos humanos, possibilitando a continuação da atividade delituosa, com a danosidade social que lhe vai associada⁹⁷.

A gravidade do crime comum (homicídio, latrocínio, roubo, furto, estelionato, extorsão, etc.) circunscreve-se, em regra, a uma certa delimitação territorial, atingindo bens jurídicos individuais (por exemplo, a vida e o patrimônio).

Já o crime de perfil econômico, com ênfase à lavagem de dinheiro, deita raízes, na sua maioria, além-fronteiras, solapando a soberania e a autodeterminação dos países. Daí dizer-se que a metaindividualidade é o traço nuclear do bem jurídico aqui tutelado (normalidade do sistema econômico-financeiro).

Aí reside justamente o problema: os bens jurídicos transindividuais são de todos e de ninguém ao mesmo tempo, o que dificulta sensivelmente a percepção e a apreensão do fenômeno na vida cotidiana. Isso deriva da própria natureza humana, no cultivo (e, não raras vezes, no culto) dos valores individuais; porém, somente se realiza, em toda a sua plenitude, na junção do uno ao todo, como uma partícula atômica.

Fernanda Palma⁹⁸ salienta que a intervenção penal legítima não está sujeita apenas ao crivo do princípio da necessidade das penas, envolvendo, também, a dialética entre a proteção de bens jurídicos inerentes ao Estado Democrático de Direito e a função de consenso da Constituição.

Botke⁹⁹ sustenta a legitimidade da criminalização do branqueamento de capitais, aduzindo que o bem jurídico tutelado é coletivo, consistente na soberania administrativa fiduciária do Estado sobre a função do mercado de ser útil à liberdade em um Estado Social de Direito.

De fato, é perceptível a influência de um certo paradigma eficientista e de uma ideologia que permeia o discurso de criminalização do branqueamento¹⁰⁰, com a utilização de expressões tais como “combate”, “guerra”, entre outras, nos diplomas internacionais, e, nomeadamente, com a excessiva ampliação dos crimes precedentes em determinados países, em atenção à recomendação do Grupo de Ação Financeira contra o Branqueamento de

97 Brandão, 2002: 22-23.

98 Palma, 2006b: 107.

99 Botke, 2013: 15.

100 Sobre o assunto, ver, por todos, Carli, 2008. Aliás, como observou Durkheim, o crime é um fato social normal, “porque uma sociedade isenta dele é completamente impossível”. Durkheim, 2008: 83.

Capitais (GAFI)¹⁰¹. Parcela da doutrina sustenta que tal solução pode implicar em ofensa ao princípio da necessidade da intervenção penal e da tutela subsidiária de bens jurídicos, função do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito¹⁰².

No caso brasileiro, o legislador, em recente alteração da Lei n.º 9.613/98, eliminou o rol taxativo dos crimes antecedentes ao branqueamento (“terceira geração”). A esse respeito, se, por um lado, a definição limitada e casuística dos crimes antecedentes desconsidera a tendência das organizações criminosas no tocante à diversificação de suas atividades, de outro, discute-se nesse contexto a problemática da necessidade da intervenção penal, na perspectiva da eficácia da decisão legislativa de ampliar a criminalização do branqueamento de ativos¹⁰³.

Em relação à repressão da lavagem de dinheiro em Portugal, é pertinente a crítica de Oliveira Ascensão¹⁰⁴, segundo o qual “Alargar o círculo, de maneira a fazer abranger crimes que não têm já nada que ver com a preocupação que está na origem da incriminação é confundir tudo, admitir reações desproporcionadas e pôr em causa os resultados que se pretendiam atingir”. Observa, ainda, que “o sistema repressivo tende a deslocar-se dos culpados para os inocentes. Neste caso, em vez da tarefa, tão perigosa, de pesquisar grandes potentados financeiros, a lei permite que se investiguem factos domésticos de cada um, criando a insegurança generalizada e a dependência dos órgãos repressores”.

Sem embargo, é inegável que a figura em tela possui dignidade penal, havendo a carência de tutela penal por parte do Estado¹⁰⁵, com o desiderato

101 Vale dizer que o GAFI recomenda aos países que optarem pelo critério do limiar (moldura penal aplicável à infração subjacente), que os crimes precedentes sejam todos aqueles puníveis com pena mínima superior a seis meses de prisão e máxima superior a um ano de prisão (recomendação n.º 1).

102 Brandão afirma que tal situação pretende impor, “numa lógica puramente pragmática, uma extensão do âmbito do crime de branqueamento para além do que é razoável”. Brandão, 2002: 73. Também comungam desse entendimento Ascensão, 1999: 343 e Caeiro, 2007. Ainda, discute-se, entre nós, os problemas decorrentes da definição do terrorismo e seu financiamento, bem como das organizações criminosas, havendo corrente doutrinária que sustenta a impossibilidade de se processar e condenar um agente por lavagem de dinheiro decorrente dos referidos crimes precedentes, com fulcro no princípio da legalidade.

103 Cf. Brandão, Nuno, 2002: 71.

104 Ascensão, 1999: 343.

105 Na lição de Costa Andrade, a dignidade penal exprime um “juízo qualificado de intolerabilidade social”, privilegiando a dignidade da tutela do bem jurídico e a danosidade social da conduta. Já a carência de tutela realça o princípio da subsidiariedade e da *ultima ratio* do Direito Penal, tomando por referência um juízo de necessidade e um juízo de idoneidade do Direito Penal para assegurar a tutela. A dignidade penal

de estabelecer um controle de tal espécie delitiva, sendo importante a busca do equilíbrio entre a acessoriedade e a autonomia do branqueamento de capitais, preservando-se o seu caráter instrumental.

O tratamento desigual do Direito Penal, fruto de um ambiente de distorções em determinado contexto sociojurídico no qual coabita o sistema de justiça penal, afeta o princípio do Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual impõe-se “dirigir os mecanismos da reação institucional para o confronto da criminalidade econômica, dos grandes desvios criminais dos órgãos e do corpo do Estado, da grande criminalidade organizada”¹⁰⁶.

Urge, pois, a compreensão da (necessária) proteção dos bens jurídicos, função afeta ao Direito Penal, mormente em relação aos interesses coletivos e difusos da sociedade, à luz do princípio constitucional da proporcionalidade, sob pena do fencimento dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito. Concordamos, nesse ponto, com Figueiredo Dias, segundo o qual deve recusar-se tanto uma acentuação funcionalista como uma radicalização da perspectiva liberal e individualista, a partir da redescoberta do axioma onto-antropológico na esfera penal, eis que o ser humano tem de ser visto como ser-com e ser-para os outros¹⁰⁷.

4. AÇÕES NEUTRAS E BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS: ESPAÇOS DE LIBERDADE OU INJUSTOS PUNÍVEIS?

4.1. Notas preliminares

As condutas neutras, consoante visto alhures, são as ações socialmente adequadas ou inócuas, as quais contribuem do ponto de vista causal para o cometimento do evento delituoso.

e a carência de tutela penal “mediatizam e tornam operativos os princípios constitucionais que demarcam o horizonte da criminalização: imanência sistémico-social, proporcionalidade, carácter fragmentário e subsidiariedade”. Costa Andrade, 1992, 184-187.

106 Cf. Baratta, 2002: 202. Sobre o problema da desigualdade na Administração da Justiça Penal e o crime de colarinho branco, remete-se à leitura de Santos, 2001. Após um estudo criminológico sobre o crime de colarinho branco, a autora lança uma derradeira interrogação: “*poderá o sistema da justiça penal ser mais justo do que a sociedade no seio do qual existe?*”, assinalando, em resposta, que “se a diminuição das desigualdades sociais pode fazer decair os números da criminalidade de colarinho branco, que é uma fonte de desigualdade na administração da justiça penal, também uma justiça mais igualitária conduzirá à diminuição do crime de colarinho branco”. Santos, 2001: 304.

107 Figueiredo Dias, 2001: 184-185.

O tráfego econômico e as operações financeiras realizadas usualmente, em princípio, não possuem contornos na seara criminal. Todavia, se a prática comercial revela que a opacidade e a diversidade das transações, em realidade, tem por finalidade dissimular a origem dos recursos oriundos de crimes graves, entra em cena a figura do branqueamento de capitais, bem como as sanções administrativas e criminais correspondentes.

O nó górdio da investigação consiste em saber se estamos diante de injustos puníveis ou espaços de liberdade profissional, a partir de uma interpretação que considere o bem jurídico tutelado, a necessidade de prevenção ao branqueamento de ativos, bem como os direitos e garantias individuais, delimitando-se o risco permitido e o momento em que ditas ações “neutras” adquirem relevância penal, expressando um sentido delituoso.

4.2. Delimitação do risco permitido: A violação aos deveres especiais pode vir a caracterizar um crime de branqueamento?

O agente que infringe os deveres especiais, tais como o de identificação dos clientes, conservação dos registros e comunicação de operações suspeitas às instâncias de controle, comete crime de branqueamento, sobretudo diante dos efeitos da crise financeira global? E se a supervisão não encaminha tais informes aos órgãos de controle? Não se estaria atribuindo às entidades privadas uma função que compete ao Estado, qual seja, o controle da criminalidade, ampliando-se a figura do garante?

Nos Estados Unidos, a legislação ampliou a criminalização do branqueamento de capitais para abranger a violação aos deveres de reportar as operações suspeitas às instâncias de controle, diferentemente da maioria dos países da União Européia, que optaram pela adoção de penalidades administrativas, aplicáveis pelas autoridades reguladoras, a exemplo do que ocorre em Portugal. Há críticas doutrinárias quanto à opção de criminalização, sob o ponto de vista dos direitos fundamentais, em face da eventual infringência ao princípio *non bis in idem*, em virtude de que tais sanções, embora administrativas em sua definição, possuem natureza materialmente penal¹⁰⁸.

No caso brasileiro, o artigo 13, § 2º, alínea *a*, do Código Penal, estabelece que: “A omissão é penalmente relevante quando o omitente devida e podia agir para evitar o resultado. O *dever de agir incumbe a quem*: a) tenha por *lei* obrigação de cuidado, proteção ou *vigilância* [...]”. (destaques nossos).

108 Nesse sentido, Stessens, 2000: 202-203.

Tal dispositivo trouxe para o cenário brasileiro a figura do crime omissivo impróprio ou comissivo por omissão, instituindo uma das hipóteses da posição de garantidor, o qual possui um mandato de determinação.

Ensina Jescheck¹⁰⁹ que, nos delitos de omissão imprópria, se impõe ao “garante” um dever de evitar o resultado. Afirma o referido autor que a produção do resultado pertence ao tipo, e o garante que vulnera seu dever de evitar o resultado se vê gravado com a responsabilidade jurídico-penal pelo resultado típico.

A doutrina diverge a respeito, havendo uma corrente que sustenta que a infração desses deveres extrapenais de colaboração pode configurar um injusto penal, enquanto outro setor apregoa que em nenhuma hipótese a infringência ao dever pode adquirir relevância penal, uma vez que há previsão de responsabilização na esfera administrativa.

Blanco Cordero¹¹⁰ entende que não se pode deixar nas mãos da auto-regulação econômica do mercado a luta contra a lavagem de capitais, pois o mercado é livre, com sua tendência à maximização de ganhos, favorecendo os negócios com dinheiro sujo. Os bancos, para o referido autor, não têm interesse no descobrimento dos casos de branqueamento, em face das perdas econômicas, razão pela qual extrai a importância da colaboração entre as instituições financeiras e as autoridades por intermédio da obrigação de comunicação das operações suspeitas.

No tocante à responsabilidade penal, o referido autor defende que a omissão da comunicação por parte do empregado de uma entidade financeira de uma operação a respeito da qual existam indícios ou certeza de estar vinculada ao branqueamento de capitais pode constituir uma conduta criminosa, à luz do artigo 301 do Código Penal Espanhol. Destaca o referido autor que o empregado que, estando legalmente obrigado a comunicar, infringe seu dever, está ocultando os bens, encontrando-se em uma posição de garante, em virtude de obrigação legal de comunicar determinadas operações. Já as pessoas que exercem cargos de administração ou direção da entidade não são penalmente responsáveis por um delito de branqueamento de capitais, não se lhes atribuindo uma genérica posição de garante. Situação diversa, acrescenta o doutrinador, é a prática do crime de branqueamento como consequência do mal funcionamento dos órgãos de controle interno ou de comunicação, que

109 Jescheck, 1981: 833.

110 Blanco Cordero, 1999: 249-250.

seja diretamente imputável à atuação dolosa ou negligente dos diretores da entidade¹¹¹.

Subsistem críticas a esse entendimento, baseadas no princípio da autonomia individual (auto-responsabilidade), bem como na liberdade de atuação no mercado de capitais, sob os influxos da regra de confiança no sistema econômico e nas expectativas normativas dos membros da coletividade.

No caso português, Figueiredo Dias¹¹², em relação ao fundamento da posição de garante, sustenta a aplicação de uma teoria material-formal, isto é, a “valoração autónoma da ilicitude material, completadora do tipo formal, através da qual a comissão por omissão vem a equiparar-se à ação na situação *concreta*, por força das exigências de *solidariedade* do homem para com os outros homens dentro da comunidade”. O mencionado autor português traz à discussão o problema relativamente a uma eventual responsabilidade jurídica “por omissão das *pessoas que dirigem e fiscalizam a actividade empresarial privada*, face a fatos ilícitos cometidos pelos seus subordinados”, entendendo que deveres de garante podem ser imputados a membros de órgãos diretivos e de fiscalização de sociedade anônimas.

Entre nós, Callegari¹¹³, nas situações envolvendo agentes financeiros, entende que “não haverá conduta típica se o sujeito, quando da realização do seu trabalho, não agir com a finalidade de ocultar ou dissimular a origem dos bens”.

Sobre a aplicação da figura do garante, Pereira¹¹⁴ traça interessante exemplo:

[...] se uma pessoa que se enquadra no rol daquelas que, por força de lei, deveriam comunicar operações suspeitas ao órgão fiscalizador – no caso brasileiro, o COAF – e não o faz por razões diversas, como amizade, temor ou em face de ato de corrupção, vindo a provocar benefícios ao criminoso que tenta distanciar o bem obtido de forma ilícita da sua origem, teria seguramente o sujeito atuado em posição de assumir o risco de produção de um resultado, vez que atuava naquela situação como verdadeiro garante do bom andamento do sistema financeiro bancário e, via de consequência, zelando pela manutenção da ordem socioeconômica. Ademais, em face dos depósitos fracionados e oriundos de uma pessoa que apre-

111 Blanco Cordero, 1999: 252-253.

112 Figueiredo Dias, 2007: 938-958.

113 Callegari, 2013.

114 Pereira, 2013.

sente suspeitas quanto a sua conduta moral, por si só já estaria obrigado o sujeito a comunicar tais fatos ao órgão competente, conforme prescreve a Lei n° 9.613/98, em seu art. 11, I e II.

A criminalização da conduta depende da configuração, no caso concreto, da adesão do agente financeiro ao plano delitivo do autor principal, com a ciência da origem ilícita dos ativos depositados na instituição financeira. Por exemplo, se o agente econômico costuma infringir sistematicamente o dever de comunicar operações suspeitas aos órgãos de controle, e, em um determinado contexto, realiza o depósito de um significativo aporte financeiro, com a posterior transferência para contas bancárias situadas em centros *off shore*, a conduta praticada não caracteriza mera infração administrativa, possuindo inequívoca relação de sentido delitivo¹¹⁵.

Como afirma Montealegre Lynett¹¹⁶, os “bancos têm a obrigação de observar toda a regulamentação expedida pelos diferentes órgãos públicos a fim de evitar a lavagem de dinheiro, porque elas apontam pautas de comportamento exigíveis na atividade financeira, e, portanto, marcam os limites do risco permitido”.

Portanto, a distinção entre o ilícito penal e o ilícito administrativo sancionador não tem assento, na atualidade, em uma diferença meramente quanti-

115 Sinale-se que o legislador português, na recente reforma penal, contemplou a responsabilização penal das pessoas coletivas. Nesse passo, o artigo 11, n.º 2, do Código Penal Português, pressupõe que os crimes sejam cometidos: a) por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança; b) por quem aja sob a autoridade das pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança em virtude de uma violação dos deveres de vigilância e controlo que lhes incumbem. A posição de liderança é explicitada no n.º 4 do artigo 11 do diploma penal: os órgãos e representantes da pessoa coletiva e quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da sua atividade. Marques da Silva recorre ao pensamento analógico para fundamentar a responsabilidade penal da pessoa coletiva, aduzindo que pode existir responsabilidade do agente individual sem responsabilidade do ente coletivo, bem como pode existir responsabilidade do ente coletivo sem responsabilidade do agente individual, “o que sucede na hipótese de órgão plural em que alguns dos membros atue sem culpa, nomeadamente por erro excludente da culpa”, destacando que, além da posição de liderança da pessoa ou pessoas físicas, “é ainda necessário que o crime daquela pessoa física tenha sido perpetrado em *nome* e no *interesse da sociedade*”. Marques da Silva, 2008: 86-96.

116 Montealegre Lynett, 2004: 51. Para as situações em que não há previsão da norma de comportamento expressa no ordenamento jurídico, o autor sustenta a necessidade de “comparar a conduta realizada pelo autor com a que teria sido feita por um prudente e diligente, na mesma situação. Se existir compatibilidade entre os dois comportamentos, a pessoa atuou dentro do risco permitido. Isso significa que, diante de uma determinada operação financeira o banco deve questionar qual é a conduta prudente e diligente que deve observar o homem médio (trata-se de um homem que pertença à categoria do autor) em uma situação tal e como se apresenta”. Montealegre Lynett, 2004: 51-2.

tativa, mas sim, qualitativa, encontrando densificação na “*exigência (constitucional) de ofensa a um bem jurídico-penal*”¹¹⁷.

4.3. Rol social e imputação: os limites à liberdade econômica ou profissional em face da dimensão comunitária do indivíduo

Conforme já assinalado, Jakobs entende que se o agente não ultrapassou os limites do rol social de sua atividade, não poderá ser penalizado, ainda que tivesse conhecimento de que sua conduta seria empregada na prática de ilícito penal.

Mas e o dever de solidariedade que norteia as relações na vida comunitária? O ser-com-o-outro reclama um agir positivo por parte do agente nessas circunstâncias, razão pela qual entendemos que o mesmo deverá ser responsabilizado criminalmente, não podendo servir o conceito sociológico de rol utilizado para afastar a reprimenda penal.

Se é verdade que ao legislador de um Estado de Direito não lhe é dado impor inúmeros deveres positivos de prevenção do branqueamento a profissionais, em face do princípio *neminem laedere*, não menos certa é a constatação de que há a possibilidade da instituição de deveres positivos, excepcionalmente, à luz da dimensão comunitária do indivíduo e da ausência de direitos fundamentais absolutos, os quais devem ser sopesados à luz das circunstâncias do caso concreto.

A responsabilidade comunitária dos particulares, desenvolvida por Vieira de Andrade¹¹⁸, traz em seu bojo a compreensão de que a liberdade no exercício dos direitos fundamentais não corresponde a uma “*emancipação anárquica*”, mas sim, a uma autonomia moral e a uma auto-responsabilidade social.

Em relação às limitações no uso e no acesso aos serviços financeiros, Montealegre Lynett¹¹⁹ defende a aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, afirmando que as entidades financeiras “*como agentes econômicos que ocupam um lugar especial de preeminência no funciona-*

117 D’Ávila, 2009: 103.

118 Andrade, 2004: 142 e ss. Segundo Vieira de Andrade, o princípio da proibição do déficit significa que o “Estado está obrigado a assegurar um nível mínimo adequado de proteção dos direitos fundamentais, sendo responsável pelas omissões legislativas que não assegurem o cumprimento dessa *imposição genérica*. [...] Uma das limitações substâncias à protecção estadual de direitos fundamentais é justamente imposta pelos *direitos dos outros*, em particular pelos seus direitos e liberdades fundamentais [...] E limitações e imposições semelhantes não-de valer quando estejam em causa *valores comunitários relevantes* (incluindo também a liberdade geral) que ao Estado cumpre assegurar”. Andrade, 2004: 149.

119 In Callegari, 2004: 60.

mento da sociedade, devem extremar seus deveres de diligência para evitar a realização de riscos juridicamente proibidos [...]", devendo ser considerado, ainda, que "seu exercício depende a preservação do princípio de estabilidade econômica, a conservação do crédito comercial da entidade e a não-comissão de condutas puníveis".

No tocante aos advogados, Santiago¹²⁰ preconiza uma causa de exclusão da ilicitude, a proteção de interesses legítimos, na cobrança de honorários, mesmo feita com dinheiro maculado, diferentemente da situação em que o referido profissional extrapola o âmbito do exercício normal de sua profissão, no caso de "se prestarem a ser 'correios' dos produtos do crime, designadamente para os paraísos fiscais".

Na mesma linha, Ambos defende a necessidade de um sopesamento entre o interesse estatal na persecução penal com o livre exercício da profissão, sobretudo diante dos princípios da ampla defesa e do contraditório, bem como da liberdade de escolha do profissional por parte do cliente.

Enfim, é importante registrar que "A sociedade não é uma operosa colméia, em que cada um desempenha uma função cerrada e fechada, por destino biológico ou por imperativos sociais. A pessoa humana é autônoma e, por ela mesma, assume compromissos com outrem – *alteridade* é a palavra chave"¹²¹.

4.4. A expressão do sentido delitivo nas ações "neutras" e o princípio da unidade da Constituição: eficiência e garantia no controle do branqueamento de capitais

A Constituição não é um mero pedaço de papel¹²². Ao revés, possui força normativa e vincula os Poderes Constituídos, como se depreende da lição de Hesse:

A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar 'a força que reside na natureza das coisas', tornando-se ativa. Ela própria

120 Santiago, 1999: 399-400.

121 Cf. Marques, 2008: 376. A referida autora salienta, também, que "[v]ive-se em uma época de *relativismo*. No entanto, na perspectiva vaziana, quer pela ótica da ética naturalista, quer pela ótica da ética historicista, quer pela ótica da ética da linguagem, há uma constante: a preocupação com a pessoa humana em si. O sistema jurídico-penal não se atrela à concepções vazias de ética, sob pena de se transformar em bárbaro instrumento de opressão". Marques, 2008: 378.

122 Hesse, 1991: 24. Na lição de Häberle, "[a] sociedade é livre e aberta na medida que se amplia o círculo de intérpretes da Constituição em sentido lato". Häberle, 2002: 40.

converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).

A interpretação constitucional, na visão de Freitas¹²³, configura um “*processo tópico-sistemático*, de maneira que resulta imperativo, no exame do caso, alcançar solução de equilíbrio entre formalismo e pragmatismo, evitando-se soluções unilaterais e respeitando a constituição em sua abertura dialógica e em seu caráter histórico não-linear”.

Wróblewski¹²⁴ apresenta três tipos principais de funções da interpretação constitucional: a) orientação: consiste em oferecer uma informação acerca de quais comportamentos estão em consonância com as regras constitucionais, vinculando todos os órgãos do Estado e demais destinatários de uma Constituição; b) aplicação: surge na interpretação operativa da Constituição; c) controle: no caso de determinadas instituições cuja tarefa consista em controlar a observância da Constituição. Salienta, enfim, que a interpretação constitucional deve apresentar-se como uma decisão interpretativa apropriadamente justificada.

Como refere Cordeiro, na introdução à obra de Canaris sobre o pensamento sistemático e o conceito de sistema na Ciência do Direito, “Perante um problema a resolver, não se aplica, apenas, a norma primacialmente vocacionada para a solução: todo o Direito é chamado a depôr. Por isso, há que lidar com os diversos ramos do Direito, em termos articulados, com relevo para a Constituição – a interpretação deve ser conforme a Constituição”¹²⁵.

Nessa ótica, o princípio da unidade da Constituição ilumina a interpretação na busca de soluções conformes ou coerentes com a rede de princípios e regras que compõem o sistema. Referido princípio, como ensina Canotilho¹²⁶, “quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a

123 Cf. Freitas, 2007: 354.

124 Wróblewski, 1985: 94-95.

125 Canaris, 2002: CXI.

126 Canotilho, 2003: 1.123-1125.

evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Como ‘ponto de orientação’, ‘guia de discussão’ e ‘factor hermenêutico de decisão’, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar”.

Reportando-se ao tema em estudo, o reconhecimento do espaço de liberdade profissional possui validade no cenário desenhado pela neutralidade da ação praticada pelo agente, isto é, ações praticadas dentro de um contexto de normalidade cotidiana, ainda que eventualmente acabem sendo utilizadas *a posteriori* para a prática de ilícitos penais, são atípicas, pois não assumem um sentido delitivo.

A contrario sensu, se o agente, sob o pretexto da liberdade profissional, ultrapassa o risco permitido, ao praticar uma conduta que adquire uma conotação penal em virtude da unidade de sentido objetivo-subjetiva (conexão de risco), não há se falar em “neutralidade”, pois liberdade sem responsabilidade conduz ao arbítrio, ou ainda, liberdade para quem?

Um bem jurídico fundamental como a liberdade não pode servir como engodo para encobrir a prática de crimes econômicos, sobretudo a lavagem de capitais, havendo a necessidade de, à luz do contexto concreto, delimitar o espaço de validade ética ou legitimação da intervenção do Direito Penal.

Os critérios da idoneidade e da referência de sentido delitiva (ou a inclinação reconhecível ao ilícito típico), além dos conhecimentos especiais do agente, desempenham importante função no sentido de dissociar ações neutras e condutas profissionais típicas.

A ideia de Estado de Direito, ensina Machado¹²⁷, “se demite de sua função quando se abstém de recorrer aos meios preventivos e repressivos que se mostrarem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos”.

Um princípio de eficiência, sustenta Silva Sánchez¹²⁸, desde que aberto à sociedade e respeitando os direitos e garantias fundamentais pode legitimar a intervenção do *jus puniendi* do Estado. A eficiência, como destaca o mencionado doutrinador, não pode ser vista como um fim em si mesmo, sem olvidar da pessoa como horizonte interpretativo.

127 Machado, 2000: 59.

128 Silva Sánchez, 1996: 126-127.

Portanto, o limiar entre eficácia e garantias no controle do branqueamento deve situar-se no juízo de ponderação entre o bem jurídico e a necessidade de proteção por parte do Estado (vedação da insuficiência), e, por outro lado, os direitos, liberdades e garantias que norteiam uma autêntica democracia, que prestigia o exercício neutral de atividades econômicas ou profissionais dentro das balizas do Estado de Direito.

CONCLUSÕES

O estudo das ações neutras e seus reflexos dogmáticos na esfera do crime de branqueamento de capitais permite extrair as seguintes conclusões:

1. A ação neutra pode ser definida na esfera do concurso de pessoas como aquela conduta aparentemente inócua, socialmente adequada ou profissional, que contribui de maneira a intervir direta ou indiretamente na ocorrência de um determinado injusto penal.
2. No âmbito da teoria geral do delito, a inserção das condutas neutras é realizada ora no plano da tipicidade (objetiva/subjetiva), ora no plano da ilicitude (justificação), nas interações vertical e horizontal, como uma intervenção não manifestamente punível no injusto penal, sendo comum na perspectiva dos limites da cumplicidade punível. A nosso juízo, as ações neutras implicam em uma causa de exclusão da tipicidade.
3. Os dados subjetivos cognitivos devem ser valorados na aferição do juízo de tipicidade penal da conduta, possuindo relevância os conhecimentos especiais do agente.
4. A tipicidade das condutas neutras é excepcional, inserindo-se, via de regra, no âmbito do risco juridicamente permitido.
5. Não existem ações neutras *per se*, motivo pelo qual o contexto delitivo assume importância fundamental na definição dos limites do risco permitido/proibido.
6. A ação praticada pelo agente perde o caráter neutral, convertendo-se em típica, quando, no caso concreto, estão presentes a idoneidade da conduta e a relação de sentido delitivo ou a inclinação reconhecível ao fato por parte do interveniente no injusto (conexão de risco).
7. A violação do dever negativo (não causar dano a outrem) reclama uma análise mais aprofundada dos pressupostos de intervenção típica no injusto, podendo caracterizar um fato atípico ou, eventualmente, um tipo de ilícito por omissão do agente, se houver previsão legal.

8. A ofensa ao dever positivo ou especial (dever de auxílio/colaboração) pode implicar numa quebra da posição de garante, por defeito da organização, sobretudo em se tratando da responsabilização individual dos dirigentes, por infração de dever (crime comissivo por omissão).
9. Quando o legislador regulou o exercício de determinada atividade econômica ou profissional, a quebra ou a violação dos *standards* fixados previamente resulta em infração administrativa, podendo constituir crime, se existente uma especial posição de garante e a ação “neutra” estabeleceu uma conexão de risco em face do bem jurídico tutelado.
10. O crime de branqueamento de capitais pode ser conceituado como um complexo de operações que tem por objetivo distanciar bens, direitos e valores de sua origem ilícita.
11. O bem jurídico tutelado pelo crime de branqueamento é de difícil identificação, sendo um delito pluriofensivo, embora a *ratio* da incriminação seja a tutela da ordem econômico-financeira.
12. As condutas profissionais que se inserem no âmbito do branqueamento de capitais são puníveis a título de cumplicidade ou co-autoria, dependendo do contexto delitivo e do domínio do fato.
13. A violação do dever de comunicar operações suspeitas, em princípio, passível de sanções administrativas, pode eventualmente configurar crime de lavagem de dinheiro, em virtude da posição de garante, à luz da *situação concreta*, da idoneidade da conduta, bem como da referência de sentido delitivo ou da inclinação reconhecível ao injusto.
14. A ação, inicialmente neutra, profissional, converte-se em crime de branqueamento de capitais, quando presente o contexto delitivo, a conexão de risco e a idoneidade da conduta.
15. A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade, em sua dupla perspectiva – proibição do excesso e vedação da proteção insuficiente – são importantes balizadores no juízo de ponderação entre o interesse público na persecução do branqueamento de capitais, e os direitos, liberdades e garantias.

BIBLIOGRAFIA

ABEL SOUTO, Miguel

Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español. Tese de doutoramento, Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com>>. Acesso em 10 de janeiro de 2013.

ALEXY, Robert

2002a *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Ano 22, n.º 66, set./dez., pp. 13-64.

2002b *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

2005 *Teoria da argumentação jurídica*. A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira por Claudia Toledo. 2.ª ed., São Paulo: Landy Editora.

AMBOS, Kai

2003 “La complicitad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales”. *Revista de Estudos Criminais*, Ano 3, n.º 10, Porto Alegre: ITEC, pp. 23-32.

ANDRADE, José Carlos Vieira

2004 *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina.

ARISTÓTELES

2007 *Ética a Nicômaco*, Trad. Edson Bini, 2.ª ed., Bauru: Edipro.

ASCENSÃO, José de Oliveira

“Branqueamento de capitais: reacção criminal”, in *Estudos de Direito Bancário*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 337-358.

BACIGALUPO, Enrique

2005 *Direito Penal. Parte Geral*. Trad. André Estefam; revisão, prólogo e notas de Edilson Mougenot Bonfim, São Paulo: Malheiros Editores.

BARATTA, Alessandro

2002 *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos, 3.ª ed., Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia.

BATISTA, Nilo

2008 *Concurso de agentes. Uma investigação sobre os Problemas da Autoria e da Participação no Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

BECK, Ulrich

1992 *Risk Society. Towards a New Modernity*, Trad. Mark Ritter, London: Thousand Oaks/ New Dehli: Sage Publications.

BECK, Ulrich, GUIDENS, Anthony & LASH, Scott

1997 *Modernização reflexiva: Política, tradição e estética na ordem social moderna*, Trad. Magda Lopes, São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista.

BLANCO CORDERO, Isidoro

1999 *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales (Estudio particular de la omisión de la comunicación de las operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de capitales)*. Granada: Editorial Comares.

BOTKE, Wilfried

1998 “Mercado, criminalidade organizada e branqueamento de dinheiro em Alemanha”, Trad. Soledad Arroyo Alfonso e Teresa Aguado Correa, *Revista Penal*, n.º 2, pp. 1-16. disponível em: <<http://www.cienciaspenales.net>>. Acesso em 10 de janeiro de 2013.

BRANDÃO, Nuno

2002 *Branqueamento de capitais: O sistema comunitário de prevenção*, Coimbra: Coimbra Editora.

CAEIRO, Pedro

“Tendências recentes do controle internacional do branqueamento de capitais: um discurso alternativo” (DVD), *Justiça Penal Portuguesa e Brasileira. Tendências de Reforma. Colóquio em homenagem ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 13 e 14 de abril de 2007*.

CALLEGARI, André Luís

2004 *Lavagem de dinheiro*, Barueri: Manole.

“Participação (punível?) de agentes financeiros no delito de lavagem de dinheiro”, disponível em: <<http://www.bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 10 de janeiro de 2013.

CANARIS, Claus Wilhelm

2002 *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro, 3.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

CANAS, Vitalino

2004 *O crime de branqueamento: Regime de prevenção e de repressão*. Coimbra: Almedina.

- CANCIO MELIÁ, Manuel
 1993 “La teoría de la adecuación social en Welzel”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, V. XLVI, n.º 2, pp. 697-729.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes
 2003 *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ª ed., Coimbra: Almedina.
- CARLI, Carla Veríssimo
 2008 *Lavagem de Dinheiro. Ideologia da criminalização e análise do discurso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- CARO JOHN, José António
 “Imputación subjetiva”, Disponível em: <<http://www.alfonsozambrano.com>>. Acesso em 10 de janeiro de 2013.
- CERVINI, Raúl & GOMES Luiz Flávio
 1997 *Crime organizado: Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político criminal*, 2.ª ed. rev. atual. ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais.
- CERVINI, Raúl, GOMES, Luiz Flávio & OLIVEIRA, William Terra de
 1998 *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- COSTA, José de Faria
 2001 “O fenómeno da globalização e o direito penal econômico”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 34, , abr./jun., pp. 9-25.
- COSTA ANDRADE, Manuel da
 1992 “A ‘Dignidade Penal’ e a ‘Carência de Tutela Penal’ como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2, abr./jun. 1992, pp. 173-205.
- DAN-COHEN, Meir
 “Harmful Thoughts. (December 1, 1999). Boalt Working Papers in Public Law”, Paper 100, disponível em: <<http://repositories.cdlib.org/boaltwp/100>>. Acesso em 10 de janeiro de 2013.
- D’ÁVILA, Fábio Roberto
 2001 *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
 2009 *Ofensividade em Direito Penal. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*, Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- DIAS, Augusto Silva
 2003 “*Delicta in se*” e “*Delicta mere prohibita*”: Uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
- DIAS, Jorge de Figueiredo
 1995 *Liberdade, Culpa, Direito Penal*. 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

- 1998a “Para uma dogmática do Direito Penal Secundário. Um contributo para a reforma do Direito Penal Económico e Social Português”, in *Direito Penal Económico e Europeu. Textos Doutrinários*. V. I Problemas Gerais, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 35-74.
- 1998b “Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em Direito Penal Económico”, in *Direito Penal Económico e Europeu. Textos Doutrinários*, V. I Problemas Gerais, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 375-386.
- 2001 *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra Editora.
- 2007 *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, Tomo I, 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora.
- DURKHEIM, Émile
- 2008, *As regras do método sociológico*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret.
- FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de
- 2005 *A adequação social da conduta no Direito Penal ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal*. Porto: Publicações Universidade Católica.
- FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo J.
- 1999 *Límites de la participación criminal. Existe una “prohibición de regreso” como límite general del tipo en Derecho Penal?*, Granada: Comares.
- 2003 *Teoria da imputação objetiva. Estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*, trad. Nereu José Giacomolli, Barueri: São Paulo: Manole.
- FERNÁNDEZ, Gonzalo D.
- 2004 *Bien jurídico y sistema del delito*, Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de F.
- FERRAJOLI, Luigi
- 2002 *A soberania no mundo moderno*, São Paulo: Martins Fontes.
- 2006 *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*, 2.^a ed. rev. amp., trad. Ana Paula Zomer Sica *et al.*, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- “Criminalidad y globalización”, in *ITER CRIMINIS, Revista de Ciencias Penales*, n.º 1, Terceira Época, 2005. Disponível em: <<http://www.ciencias-penales.net>>. Acesso em 14 de janeiro de 2013.
- FRANCO, Alberto Silva
- 2000 “Globalização e criminalidade dos poderosos”, *Temas de Direito Penal Económico*, org. Roberto Podval, São Paulo: Revista dos Tribunais.

- FREITAS, Juarez
 2007 “A melhor interpretação constitucional ‘versus’ a única resposta correta”, in *Interpretação Constitucional*, org. Virgílio Afonso da Silva, 1.^a ed, São Paulo: Malheiros, pp. 317-356.
- FRISCH, Wolfgang
 1995 *Tipo penal e imputación objetiva*, dir. Enrique Bacigalupo, trad. Manuel Cancio Meliá *et al*, Madrid: Colex.
- GÓMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera
 2008 “Blanqueo de capitales y abogacía. Un necesario análisis crítico desde la teoría de la imputación objetiva”, in *InDret. Revista para el análisis del Derecho*. Barcelona, janeiro de 2008, em: <<http://www.indret.com>>.
- GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes
 2001 *Do crime de “branqueamento” de capitais. Introdução e tipicidade*, Coimbra: Almedina.
- GRACIA MARTÍN, Luis
 2005 *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*, trad. Érika Mendes de Carvalho, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor.
- GRAU, Eros
 2007 *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*, 12.^a ed. rev. atual., São Paulo: Malheiros Editores.
- GRECO, Luis
 2004 *Cumplicidade através de ações neutras. A imputação objetiva na participação*, Rio de Janeiro: Renovar.
 2007 *Uma panorama da teoria da imputação objetiva*, Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- HÄBERLE, Peter
 2002 *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.
- HASSEMER, Winfried & MUÑOZ CONDE, Francisco
 1995a *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*, Valencia: Tirant lo blanch.
 1995b *História das ideias penais na Alemanha do Pós-Guerra seguido de A Segurança Pública no Estado de Direito*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.
- HESSE, Konrad
 1991 *A força normativa da Constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

JAKOBS, Günther

- 1991 “Representación del autor e imputación objetiva”, in *Anuario de Derecho Penal e Ciencias Penales (ADCP)*, T. XLIV, Fasc. 2, maio/agosto, pp. 515-24, disponível em: <<http://www.cienciaspenales.net>>.
- 2000 *Sociedad, norma y persona en una teoría de um Derecho Penal funcional*, trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid: Civitas.
- 2007 *A imputação objetiva no Direito Penal*, trad. André Luís Callegari, 2.^a ed. rev., São Paulo: Revista dos Tribunais.

JESCHECK, Hans-Heinrich

- 1981 *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. Mir Puig e Muñoz Conde, Vol. II, Barcelona: Bosch.

MACHADO, João Baptista

- 2000 *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra: Almedina.

MAIA, Rodolfo Tigre

- 1997 *O Estado Desorganizado contra o Crime Organizado: anotações à Lei Federal n.º 9.034/95 (Organizações Criminosas)*, Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- 1999 *Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime) – Anotações às disposições criminais da Lei n.º 9.613/98*, São Paulo: Malheiros.

MARQUES, Daniela de Freitas

- 2008 *Sistema jurídico-penal do perigo proibido e do risco permitido*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

MARINUCCI, Giorgio & DOLCINI, Emilio

“Diritto penale ‘minimo’ e nuove forme de criminalità”, *Rivista Italiana di Diritto Procedura Penale*. Fasc. 3, jul./set. 1999, pp. 819 e ss.

MENDES, Paulo de Sousa

- 2007 *O torto intrinsecamente culposo como condição necessária da imputação da pena*, Coimbra: Coimbra Editora.
- 2008 “O problema da relevância negativa da causa virtual em sede de imputação objectiva”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 16, n.º 74, set./out., pp. 133-169.

NOVAIS, Jorge Reis

- 2004 *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora.

PALMA, Maria Fernanda

- 2002 “Questões centrais da teoria de imputação e critérios de distinção com que opera a decisão judicial sobre os fundamentos e limites da responsabilidade

- penal”, in *Casos e materiais de Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2002, pp. 53-99.
- 2005 *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*. Coimbra: Almedina.
- 2006a *Da ‘tentativa possível’ em Direito Penal*. Coimbra: Almedina.
- 2006b *Direito Constitucional Penal*. Coimbra: Almedina.
- PEREIRA, Flávio Cardoso
 “Lavagem de dinheiro: compatibilidade com o dolo eventual?”, disponível em: <<http://www.bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 10 de janeiro de 2013.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes
 2008 “Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales”, in *Estudios monográficos*, n.º 53, Año V, outubro de 2008, pp. 16 ss.
- PODVAL, Roberto
 2001 *Branqueamento de capitais na ótica da Administração da Justiça* (Dissertação de Mestrado não publicada), Coimbra.
- PRADO, Luiz Régis
Bem jurídico-penal e Constituição. 3. ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- QUEIROZ, Paulo de Souza
 2001 *Direito Penal. Introdução Crítica ao Direito Penal*. São Paulo: Saraiva.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramos
 2008 “Blanqueo de capitales y negocios standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de um delito de blanqueo”, *Centro de Estudos Ibero-Americano de Ciências Penais*, pp. 161-190.
- REALE, Miguel
 1994 *Teoria Tridimensional do Direito*, 5.^a ed., São Paulo: Saraiva.
- REALE JÚNIOR, Miguel
 2002 *Instituições de Direito Penal*, Rio de Janeiro: Forense.
- REYES ALVARADO, Yesid
 1992 “Fundamentos teóricos de la imputación objetiva”, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 45, fasc. 3 (Setembro-Dezembro), pp. 934-968.
- ROBLES PLANAS, Ricardo
 2003 *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid/Barcelona: Marcial Pons.
- RODRIGUES, Anabela Miranda
 2008 *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra: Coimbra Editora.

ROXIN, Claus

2004 *Problemas fundamentais de Direito Penal*, 3.^a ed., Lisboa: Veja.

2006 *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas.

2008 *Estudos de Direito Penal*, trad. Luís Greco, Rio de Janeiro: Renovar.

RUEDA MARTINS, Maria Ângeles

“Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de um hecho doloso”, in *Revista Penal*, n.º 9, Disponível em: <http://www.cienciaspenales.net>>. Acesso em 14 de janeiro de 2013.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz

2001 *O crime de colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal)*, Coimbra: Coimbra Editora, Studia Iuridica 56.

SANTOS, Juarez Cirino

2002 *A moderna teoria do fato punível*, 2.^a ed. rev. amp., Rio de Janeiro: Revan.

SANTIAGO, Rodrigo

1999 “O ‘branqueamento’ de capitais e outros produtos do crime”, in *Direito Penal Económico e Europeu. Textos Doutrinários*, V. II Problemas Especiais, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 363-409.

SILVA, Germano Marques da

2007 “Notas sobre branqueamento de capitais em especial das vantagens provenientes da fraude fiscal”, *Separata Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos. Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, Lisboa: Almedina.

2008 “Responsabilidade penal das pessoas colectivas. Alterações ao Código Penal introduzidas pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro”, in *Jornadas sobre a revisão do Código Penal. Revista do CEJ*, n.º 8, 1.º semestre, pp. 86-96.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María

1996 “Eficiencia y Derecho Penal”, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XLXI, Fasc. I, jan./abr., pp. 93-127.

2002 *A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha, São Paulo: Revista dos Tribunais.

STESSENS, Guy

Money Laundering. A New International Law Enforcement Model, Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

STRECK, Maria Luiza Schäfer

2009 *Direito Penal e Constituição. A face oculta da proteção dos direitos fundamentais*,
Porto Alegre: Livraria do Advogado.

TAVARES, Juarez

2002 *Teoria do injusto penal*, 2.^a ed. rev. amp., Belo Horizonte: Del Rey.

TIEDEMANN, Klaus

1985 *Poder económico y delito (introducción al derecho penal económico y de la empresa)*,
trad. Amelia Mantilla Villegas, Barcelona: Ariel.

WRÓBLEWSKI, Jerzy

1985 *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. Arantxa Azurza,
Madrid: Civitas.

DOSSIER TEMÁTICO I

Arbitragem e concorrência em Portugal e na UE
Arbitration and Competition in Portugal and in the EU

APRESENTAÇÃO SOBRE A NOVA LEI DE ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA E A APLICAÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA PELOS TRIBUNAIS ARBITRAIS*

*José Robin de Andrade***

ABSTRACT: The Author analyses, taking into account the new rules of the recent Portuguese Law on Voluntary Arbitration, the issues raised by the interpretation and application of competition law by arbitral tribunals. After describing the several types of procedures where such application occurs, the author analyses the nature of such rules and the circumstances of their application within arbitration, namely after the European regulation number 1/2003. The Author stresses the jurisdictional nature of the arbitral activity, which may also be involved in the application of administrative law. Finally the Author studies the particulars of the arbitral procedure when applying rules of competition law.

1. Quero começar esta minha intervenção por agradecer ao IDEFF, na pessoa do Prof. Luís Morais, a iniciativa que teve de promover, ao que julgo pela primeira vez no nosso País, este colóquio sobre a articulação entre o instituto da arbitragem voluntária e o direito da concorrência, tema que pouco tem sido tratado entre nós, quer na jurisprudência quer na doutrina.

Devo referir no entanto um excelente estudo sobre este assunto, ainda que reportado à nossa anterior Lei de Arbitragem, pelos Professores Mariana França Gouveia e Cláudia Trabuco nos Estudos em honra do Professor Carlos Ferreira de Almeida.

* N.R.: O Autor manifestou expressamente o desejo de que o seu texto não seja adaptado ao último Acordo Ortográfico, o que foi respeitado.

** Advogado e árbitro, actual presidente da Associação Portuguesa de Arbitragem.

E agradeço também o convite que me dirigiu na qualidade de Presidente da Associação Portuguesa de Arbitragem para uma primeira intervenção neste colóquio.

Não sendo, como não sou, um especialista de direito da concorrência, compreenderão que procure abordar o tema a partir do nosso regime jurídico de arbitragem voluntária.

A Associação Portuguesa de Arbitragem de que tenho a honra de ser o presidente, preparou ao longo dos últimos 3 anos um projecto para uma nova Lei de Arbitragem Voluntária, o qual foi submetido a amplo debate público e que veio depois a ser adoptado com ligeiras alterações pelo Governo que o propôs à Assembleia da República, a qual o aprovou na íntegra, dando origem à Lei n.º 63/2011 de 14 de Dezembro actualmente em vigor.

Pretendeu-se com a nova Lei de Arbitragem Voluntária dotar o País de um regime de arbitragem voluntária baseado no padrão de Lei Modelo da UNCITRAL e seguindo as soluções mais inovadoras consagradas em leis recentes de outros Países Europeus em especial a Alemanha e a Suíça, e que fosse “amigo da arbitragem”, de modo a incentivar não só o crescente uso da arbitragem doméstica para resolução de litígio, mas também a escolha do nosso País como local adequado para sedear arbitragens internacionais.

Em que medida a nova Lei de Arbitragem Voluntária, nas traves mestras do regime da arbitragem que instituiu, e nas alterações que introduziu, permite comportar no seu âmbito a interpretação e aplicação do direito da concorrência? Este será o ponto fulcral da minha intervenção.

2. Ao falarmos em arbitragem voluntária sobre questões de direito da concorrência, importa tornar claro a que tipo de processos nos referimos.

Não têm sido frequentes entre nós, ou pelo menos não têm sido publicamente conhecidas, arbitragens em Portugal cujas decisões tinham interpretado e aplicado normas de direito da concorrência, seja normas de direito interno, seja normas de direito comunitário.

Temos conhecimento apenas de dois casos, que não são públicos, nem se acham ainda totalmente findos, pelo que apenas os poderemos descrever em termos bastante sintéticos, mas que são bem representativos do tipo de processos em que os tribunais arbitrais podem ser chamados a interpretar e aplicar normas de direito da concorrência.

– Num dos casos, temos uma associação empresarial que propõe uma acção arbitral contra uma empresa terceira, que acusa de não cumprir o acordo com

ela celebrado, pelo qual a primeira lhe forneceria certos dados informáticos sobre vendas dos seus associados, mediante um certo preço, o qual não teria sido pago.

A Empresa defendeu-se impugnando a validade do acordo, com fundamento em abuso de posição dominante da associação empresarial, práticas discriminatórias e imposição de preço excessivo e natureza anti-concorrencial do acordo.

O contrato foi sujeito a arbitragem ao abrigo de convenção de arbitragem constante do contrato.

O pedido principal foi declarado procedente pelo tribunal arbitral, improcedendo a invocação da violação das regras da concorrência por práticas discriminatórias, considerando-se no entanto o tribunal competente para apreciar a exceção.

Reconheceu o tribunal à associação posição dominante no mercado, aplicando os conceitos da Lei de Defesa da Concorrência e considerou ter havido abuso de posição dominante, pela prática de preço excessivo e indução do preço em alta, o que levou o tribunal arbitral a reduzir o preço, condenando a demandada no pagamento do preço assim rectificado.

– O segundo caso é um litígio entre accionistas de uma empresa industrial, no qual um deles, sócio minoritário da mesma, é acusado de adquirir uma participação em empresa concorrente da empresa participada, e assim violar uma cláusula do acordo parassocial pelo qual os accionistas se comprometem a não exercer actividade no mercado em que a empresa industrial de que são sócios já se encontra a operar, sem previamente a consultar.

O tribunal arbitral foi chamado pelo Demandado a determinar se tal compromisso envolvia de facto uma cláusula de não concorrência, que violaria as regras comunitárias da concorrência, por equivaler a uma prática concertada entre empresas concorrentes.

Tanto quanto sabemos, o tribunal arbitral pronunciou-se no sentido de que tal dever de consulta não equivalia a uma obrigação de não concorrência pelo que não haveria nesse ponto qualquer violação das normas de concorrência.

Em qualquer destes dois casos a interpretação e aplicação do direito da concorrência surge para permitir decidir a questão da validade de um contrato entre empresas, quando uma das partes nesse contrato acusa a outra de incumprimento do mesmo.

A invocação do direito de concorrência, seja ele o direito interno, seja ele o direito comunitário, surge assim como uma *excepção* ou meio de defesa do

Demandado, que invoca a invalidade do contrato como causa para o seu não cumprimento.

Os dois casos que indicámos representam o *núcleo central* dos tipos de casos em que, através de arbitragem voluntária, empresas privadas invocam normas de direito da concorrência e os árbitros aplicam esse direito.

Trata-se de processos em que a questão onde o direito da concorrência é chamado a ser aplicado é, em rigor, não a questão principal do processo, mas sim uma *questão prejudicial*, cuja resolução é necessária para que o tribunal arbitral se pronuncie sobre o pedido principal, que será de condenação da parte faltosa pelo incumprimento do contrato.

Ora, como se sabe, um tribunal arbitral ou qualquer outro órgão jurisdicional que deva conhecer uma questão, é igualmente competente para conhecer e decidir *para esse efeito*, todas as questões prejudiciais de que depende a resolução da questão principal que se lhe coloca.

Mas nada impede que a questão da validade do contrato seja a *questão principal* do processo, o que sucederá quando uma das partes tome a iniciativa de requerer ao tribunal arbitral a declaração da nulidade do contrato face à transgressão das normas de concorrência, ou a sua interpretação à luz das mesmas normas.

Em qualquer dos casos a jurisdição do tribunal arbitral assentará na convenção de arbitragem constante do próprio contrato, cabendo-lhe competência para se pronunciar sobre a validade do contrato.

3. Uma vez devidamente caracterizado o tipo de processos arbitrais em que se podem colocar questões de direito da concorrência, fica claro que as normas de direito da concorrência cuja interpretação e aplicação estão em causa não são as normas de direito administrativo que prevêm a aplicação pela Autoridade Pública de sanções administrativas face à celebração de certos negócios jurídicos ou a realização de certas práticas comerciais, mas unicamente a norma que sanciona com a nulidade, ou com a ilicitude, a celebração de negócios jurídicos ou a realização de práticas comerciais que contrariem as normas primárias que proíbem condutas anticoncorrenciais e naturalmente as próprias normas primárias.

Estas normas primárias serão naturalmente as constantes dos artigos 101.º e 103.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (os velhos artigos 85.º e 87.º do Tratado da CEE), e dos artigos 9.º e 11.º da Lei de Defesa da Concorrência (hoje Lei n.º 19/2012 de 19 de Maio).

Trata-se de normas de direito público económico, que se sobrepõem à autorregulação das partes, condicionando-a e subordinando-a ao interesse público, sendo este entendido como o interesse na preservação do *mercado concorrencial*, como condição “sine qua non” para o benefício dos consumidores e para o desenvolvimento económico, e mesmo para a formação de um *mercado único interno* quando esta opção política foi adoptada.

Mas estando em causa este tipo de normas de direito público, será admissível que os tribunais arbitrais possam interpretar e aplicar essas normas?

Pois não é a arbitragem voluntária uma emanação da autonomia da vontade das partes e da iniciativa dos particulares? E não é o direito da concorrência um direito que se pretende sobrepôr à autorregulação das partes condicionando-a e subordinando-a ao interesse público, no caso entendido como o interesse da própria concorrência, como condição *sine qua non* para que os mercados funcionem em benefício dos consumidores e do desenvolvimento?

A verdade é que as coisas não se passam exactamente assim.

4. As normas de direito da concorrência, embora sejam normas de direito público que se sobrepõem por isso mesmo à vontade das partes, não são sobretudo hoje em dia normas cuja aplicação *só possa ter lugar* através da acção das autoridades públicas, caso em que o direito de concorrência assumiria sempre a natureza de direito administrativo ou seja direito regulador das relações entre a Administração Pública enquanto Poder e os administrados enquanto sujeitos a esse Poder.

É certo que a violação das normas de direito da concorrência configuram contraordenações, que sujeitam os infractores a coimas por vezes pesadas, e cabe às autoridades públicas instaurar os correspondentes processos sancionatórios e aplicar as correspondentes coimas. Esses processos sancionatórios são processos administrativos e como tal regulados pelo direito administrativo. Mas simultaneamente, muitas dessas normas são directamente aplicáveis aos negócios jurídicos entre privados, já que esses negócios jurídicos serão válidos ou inválidos consoante cumprirem ou não os condicionamentos dessas normas, e os particulares vinculados por esses negócios podem naturalmente invocar essa invalidade nos conflitos que os opuserem às suas contrapartes nos mesmos negócios.

Do mesmo modo, poderão surgir em acções de indemnização por responsabilidade já não contratual, mas *extracontratual* questões de qualificação de certas *práticas* ou *acordos comerciais* como lícitos ou ilícitos face às normas de

concorrência aplicáveis. Não será no entanto tão frequente o recurso à arbitragem voluntária nestes casos, dada a falta de prévia convenção de arbitragem mas bem poderá suceder que as partes optem por celebrar compromisso arbitral para resolução do seu litígio.

Assim, a par da vertente contraordenacional e pública, as violações às normas de direito da concorrência terão sempre uma *vertente privatística* em que as sanções são de direito civil, mormente a invalidade dos negócios jurídicos de direitos privados infractores, quer por força de disposição expressa constante das normas de concorrência quer por aplicação da cláusula geral do artigo 280.º do Código Civil que comina de nulidade o negócio cujo objecto seja contrário à lei ou à ordem pública.

Ora, se esses negócios contiverem cláusulas de arbitragem podem surgir – e surgem – processos arbitrais em que as partes discutirão, e os tribunais decidirão a validade e a licitude dos negócios celebrados, em função das normas do direito da concorrência aplicáveis.

É certo que numa *primeira fase* – até 2003 –, quer as normas comunitárias, quer as normas internas, que visavam proteger a concorrência, só poderiam muitas vezes ser aplicadas após uma apreciação e decisão administrativa das autoridades públicas da concorrência, investidas no poder exclusivo de decidir se as circunstâncias legalmente previstas que poderiam conduzir à ilicitude ou afastar a ilicitude de certas práticas se poderiam ou não dar como verificados.

De acordo com a técnica utilizada na redacção *inicial* dos artigos 85.º e seguintes do Tratado CEE e nos Regulamentos que o desenvolviam, os acordos e decisões caracterizadas como susceptíveis de impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência no interior do mercado comum podiam ser declarados inaplicáveis caso certos requisitos se verificassem, mas essa declaração caberia sempre a uma autoridade comunitária.

O mesmo sucedia com a declaração de que certas práticas por empresas detentoras de posições dominantes ou substanciais no mercado deveriam ser consideradas abusivas e por isso incompatíveis com o mercado comum, já que o próprio Tratado remetia para as autoridades comunitárias a missão de substituir as autoridades nacionais na definição das modalidades de aplicação destas proibições e suas excepções.

No entanto, a partir do Regulamento Europeu n.º 1/2003 de 16 de Dezembro de 2002, o direito comunitário de concorrência, sofreu uma inflexão no sentido da *descentralização da sua aplicação*, suprimindo o monopólio das

autoridades da concorrência, e fornecendo antes os critérios gerais com base nos quais qualquer órgão jurisdicional pode decidir sobre essa verificação.

Assim hoje em dia a técnica empregue na definição das regras de concorrência comunitárias ou nacionais é totalmente distinta da inicial, já que se formulam as proibições e as excepções em termos sempre genéricos sem remeter para uma autoridade pública determinada verificação do preenchimento das proibições ou as excepções.

Com esta inflexão, desapareceu assim o limite que se podia opor a que, independentemente das autoridades da concorrência, os tribunais, sejam eles estaduais ou arbitrais, decidam em primeira linha sobre a aplicação das normas de concorrência ao caso concreto.

5. Por outro lado no ordenamento jurídico português, em especial após a nova Lei de Arbitragem Voluntária, os tribunais arbitrais, embora assentem a sua jurisdição numa convenção de arbitragem que é sempre o produto da autonomia de vontade das partes, *não podem* ser considerados como um mecanismo indirecto de autocomposição dos interesses das partes.

Pelo contrário, os tribunais arbitrais são verdadeiros órgãos jurisdicionais, e como tal a Constituição Portuguesa os reconhece no seu artigo 209.º n.º 2 como uma espécie de tribunais, cujas decisões têm por isso mesmo a mesma imperatividade que as decisões dos tribunais estaduais, formando caso julgado quando transitados.

Sendo os tribunais arbitrais tratados na Constituição como verdadeiros tribunais, e não como mero subproduto da autonomia das partes e da iniciativa privada, compreende-se que na legislação portuguesa se preveja e regule expressamente a arbitragem voluntária, não só como meio de resolução de litígios comerciais entre privados, *mas também quando esteja em causa a Administração Pública*, mesmo que se trate de litígios que devam ser resolvidos mediante a aplicação de normas de direito administrativo.

De facto, a nova Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa consagra no seu artigo 1.º n.º 5 a regra geral de que *não é necessário* lei especial habilitante para que o Estado ou qualquer outra pessoa colectiva pública possa celebrar convenções de arbitragem quando estiver em causa actividade regida pelo direito privado.

E por outro lado, desde 2003 o Código de Processo dos Tribunais Administrativos prevê expressamente que os tribunais arbitrais possam ser chamados a resolver litígios relativos à validade e execução de contratos administrati-

vos, incluindo a apreciação de legalidade e validade dos actos administrativos proferidos ao seu abrigo, e ainda os litígios relativos ao próprio contencioso de legalidade de actos administrativos, embora apenas no caso de actos administrativos que possam ser revogados com fundamento em razões de mera conveniência.

Para além de a arbitragem como meio de resolução do contencioso administrativo estar legalmente admitida com esta latitude, são na prática muito frequentes as arbitragens voluntárias em litígios sobre contratos administrativos, já que em muitos deles figuram efectivamente convenções de arbitragem.

E compreender-se-á melhor a amplitude deste regime, quando se constatar que o uso da figura do contrato administrativo no sistema jurídicoadministrativo português não está confinado a certos tipos de contratos previamente definidos e tipificados na lei.

Pelo contrário, não só o conceito de “contrato administrativo” abrange qualquer contrato desde que dele resulte o estabelecimento de uma relação jurídica regulada pelo direito administrativo, como desde 1990 a regra geral em vigor nesta matéria (artigo 179.º do Código de Procedimento Administrativo e hoje artigo 278.º e 279.º do CCP) é que sempre que a Administração dispuser de competência legal para regular uma situação através da prática de um acto administrativo, se deve considerar que a mesma está *ipso facto* autorizada a regular a mesma situação através de celebração de um contrato administrativo, se assim considerar conveniente para a prossecução do interesse público.

Ora, sendo o contrato administrativo um negócio jurídico regulado ele próprio por normas de direito administrativo, e de que resulta uma relação jurídica que em pontos essenciais estará submetida a normas de direito administrativo, a verdade é que de há muito no ordenamento jurídico português, os tribunais arbitrais tem vindo a ser chamados a interpretar e aplicar normas de direito administrativo.

E também por isso a nova Lei de Arbitragem Voluntária, ao enunciar os tribunais estaduais competentes para apreciar os pedidos de anulação das decisões dos tribunais arbitrais portugueses e os pedidos de reconhecimento da sentença dos tribunais arbitrais estrangeiros, e toda uma série de matérias em que os tribunais estaduais podem ser chamados a intervir em processos arbitrais, distingue entre arbitragens comuns ou comerciais e arbitragens de direito administrativo, conferindo competência no primeiro caso aos Tribunais da Relação e no segundo caso aos Tribunais Centrais Administrativos,

consagrando assim na realidade uma divisão entre arbitragens comuns e arbitragens do contencioso administrativo que se enquadrariam respectivamente no sistema de tribunais comuns ou no sistema de tribunais administrativos.

6. No contexto jurídico que acabámos de enunciar, em que os tribunais arbitrais são muitas vezes investidos na função de interpretar e aplicar normas de direito administrativo, nenhum obstáculo conceptual se levanta a que a arbitragem voluntária possa ter por objecto a decisão sobre interpretação e aplicação de normas de direito da concorrência, apesar de estas serem direito público.

Na lei que em Portugal, antes da nova Lei de Arbitragem Voluntária, regia a arbitragem – a Lei n.º 31/86 de 29 de Agosto –, surgia no entanto uma dúvida de partida, já que apenas se admitiam como *arbitráveis* as questões relativas a direitos disponíveis. Ora poderia pôr-se em dúvida se as partes ao confiarem a árbitros a decisão sobre se um contrato ou dum acordo parasocial violaria ou não as regras de concorrência, estariam ou não a submeter a arbitragem uma questão sobre direitos disponíveis, quando as normas de concorrência aplicáveis são obviamente de direito público e directamente imperativas.

Como se sabe, o conceito de disponibilidade tem vários sentidos e na doutrina prevalecia a tese de que as questões de concorrência entre entidades particulares eram, apesar de tudo, susceptíveis de transacção ou seja eram relativamente disponíveis e podiam assim ser objecto de arbitragem quando estivessem em causa litígios entre as partes relativos aos contratos celebrados.

Sendo a arbitragem, como já atrás observámos, um meio alternativo de jurisdição, e não se podendo reconduzir os processos arbitrais a formas indirectas de autocomposição de interesses pelas partes, compreende-se que não faria muito sentido associar a arbitrabilidade à disponibilidade dos direitos, pois uma decisão arbitral é uma sentença jurisdicional e não um acordo entre as partes mediado por árbitros.

Hoje, com a nova Lei de Arbitragem Voluntária, toda esta querela está ultrapassada, pois o critério primacial da arbitrabilidade deixou de ser a disponibilidade dos direitos para ser, na linha da lei alemã e da lei suíça, o da patrimonialidade dos interesses em jogo, admitindo-se mesmo a arbitrabilidade de interesses não patrimoniais desde que susceptíveis de transacção.

É o que dispõe claramente o artigo 1.º n.º 1 e 2 da nova Lei de Arbitragem Voluntária.

Ora os diferendos entre duas entidades privadas acerca da validade de um contrato face às normas de concorrência, ou acerca da licitude da conduta ou de prática comercial de uma delas face às mesmas normas, são manifestamente diferendos que incidem sobre interesses patrimoniais, pelo que nada impede a sua arbitralidade.

Está pois definitivamente ultrapassado o debate sobre se podem ou não tribunais arbitrais pronunciar-se sobre a interpretação e aplicação do direito de concorrência quando estejam em jogo tais tipos de diferendos ou conflitos.

7. Chegados a este ponto, interrogamo-nos sobre se o processo arbitral em que sejam decididas questões de direito de concorrência apresenta particularidades relativamente ao processo arbitral normal, em que não estejam em jogo normas de direito público. Examinemos face a nova Lei de Arbitragem Voluntária cada um dos pontos onde a doutrina se tem interrogado sobre tais particularidades.

Num ponto porém há acordo: ao adoptar quanto ao processo arbitral os princípios e uma quase total liberdade dos árbitros em fixarem os trâmites e os meios de prova admissíveis na linha da Lei Modelo, libertando o processo arbitral dos espartilhos do Código de Processo Civil, a nova Lei de Arbitragem Voluntária melhorou consideravelmente as condições que permitem aos tribunais arbitrais apurar os conceitos de raiz económica em que se apoia a aplicação do direito da concorrência.

8. No entanto, uma questão que se coloca é a de saber qual a liberdade que têm as partes e os árbitros no que respeita ao *direito aplicável* quando hajam que decidir sobre a validade de contratos ou a licitude de práticas que eventualmente afectam a concorrência.

De acordo com a nova Lei de Arbitragem Voluntária (artigo 39.º) os árbitros julgam segundo o *direito constituído*, a menos que as partes, por acordo, determinem que julguem segundo a *equidade*.

Ora se o contrato, cuja validade se discute, remeter o seu regime substancial para uma lei estrangeira, nomeadamente de um País fora da União Europeia, devem mesmo assim os árbitros aplicar o direito da concorrência português ou comunitário para apreciar a validade desse contrato?

E se os árbitros deverem julgar segundo a equidade, devem ainda assim aplicar o direito de concorrência português ou comunitário e aferir a validade do contrato à luz do mesmo?

Estas são questões que se colocam para a arbitragem em geral. Para a arbitragem internacional acresce uma nova questão, já que de acordo com o artigo 52.º da nova Lei de Arbitragem Voluntária “as partes podem designar as regras de direito a aplicar pelos árbitros, podendo o tribunal arbitral, na falta de designação pelas partes, aplicar o direito do Estado com o qual o objecto do litígio apresenta uma conexão mais estreita”.

Pois bem: numa arbitragem internacional realizada em Portugal devem os árbitros, apesar deste artigo 52.º, observar as normas da concorrência portuguesas e comunitárias, quando o direito aplicável não for o português nem de qualquer outro País da União Europeia?

Ao ponderarmos estas questões, importa não perder de vista que os tribunais arbitrais são verdadeiros tribunais e que a sua jurisdição assenta, não apenas na vontade das partes, mas na Constituição e na lei.

Ora, como órgãos jurisdicionais que são, devem observar e aplicar as normas de direito público português e comunitário, sempre que as mesmas sejam aplicáveis de acordo com os seus próprios termos, independentemente do que as partes hajam estabelecido quanto ao direito aplicável ou ao uso da equidade.

Não se trata, aliás, de qualquer particularidade das normas de direito da concorrência, pois o mesmo deverá ser observado se por exemplo normas de direito do ordenamento do território ou normas do mercado de capitais, ou quaisquer outras normas de direito público económico, deverem ser aplicadas ao se decidir sobre a validade de um certo contrato ou sobre a licitude de uma certa conduta.

Trata-se de normas imperativas de direito público que desde sempre (nomeadamente para as normas de defesa de concorrência do Decreto-Lei n.º 422/85) a doutrina portuguesa reconheceu como “normas de aplicação imediata”, dados os princípios de ordem pública envolvidos.

A nova Lei de Arbitragem Voluntária dá-nos aliás uma indicação clara nesse sentido, ao regular a transacção entre as partes e a sentença arbitral que a homologar.

De facto o artigo 41.º da nova Lei de Arbitragem Voluntária, ao regular o termo do processo por transacção das partes, apenas permite que o tribunal arbitral homologue a transacção, emprestando ao acordo a forma de sentença, se o conteúdo da transacção *não infringir algum princípio de ordem pública*.

Ora, não faria sentido que a lei impusesse ao acordo das partes e à sentença homologatória a observância de princípios de ordem pública, e delas

dispensasse o tribunal arbitral quando o mesmo profere a sua decisão arbitral resolvendo o diferendo.

“*Princípios de ordem pública*” é uma expressão que a nosso ver se identifica com as normas de direito público que a ordem jurídica impõe sejam observados pelos negócios jurídicos privados sob pena de invalidade ou de ilicitude, e que de acordo com os critérios das próprias normas, sejam aplicáveis ao caso.

Estando assim em jogo um contrato cuja validade se discute, importa primeiro determinar se alguma das normas de concorrência, portuguesas ou da União Europeia, lhe é *aplicável*.

Se se tratar de um contrato que pelo seu objecto respeita a um *mercado estrangeiro*, que nada tem que ver com o nosso País ou com o mercado da União Europeia, naturalmente não são aplicáveis as normas de direito de concorrência portuguesas ou comunitárias que poderiam sancionar com a invalidade um tal negócio jurídico.

Se, pelo contrário, o contrato ainda que celebrado no estrangeiro e entre empresas estrangeiras respeitar ao mercado português ou ao mercado comunitário, as respectivas normas de direito de concorrência são aplicáveis e devem ser observadas pelos árbitros, do mesmo modo que deveriam ser observados pelos juízes dos tribunais estaduais caso a questão da validade fosse submetida a um tribunal estadual português. E isto, independentemente de o direito substancial aplicável ao contrato ser um direito material diverso.

Nenhuma particularidade há neste aspecto no direito da concorrência relativamente a outras normas de direito público, designadas em França como “*lois de police*”.

Assim se, por exemplo, um contrato regido por um direito material estrangeiro e mesmo extracomunitário pretender operar o loteamento de terrenos sítos em Portugal em contravenção com o direito público português que rege o ordenamento do território, e que nos termos da lei regula a validade das operações jurídicas de divisão de certo território, é óbvio que qualquer tribunal chamado a decidir a validade desse contrato – seja em tribunal estadual ou arbitral – deve aplicar a norma de direito público do ordenamento do território português que pretende ser aplicada, e declarar a nulidade do contrato.

Sempre que a decisão de uma questão, principal ou prejudicial por um tribunal arbitral envolver a interpretação e aplicação de normas de direito de concorrência português ou comunitário, ou normas de direito público de qualquer outra natureza, os tribunais arbitrais devem conhecer e interpretar e aplicar tais normas, independentemente da escolha das partes.

9. O tribunal arbitral deve assim conhecer da validade do contrato entre as partes face ao direito da concorrência aplicável, qualquer que seja o direito escolhido pelas partes para reger o contrato ou o tribunal e ainda que lhe caiba julgar segundo a equidade.

Esse conhecimento dessa questão deve aliás ser *oficioso*, isto é, independentemente da submissão das partes ao tribunal, da questão da validade do contrato ou da licitude do comportamento, pois a aplicação do direito público não pode ficar condicionada à vontade daqueles que lhe estão sujeitos.

Mesmo portanto que as partes se limitem a discutir no processo se uma delas cumpriu ou não, um contrato que viola as regras da concorrência, o tribunal deve por sua iniciativa analisar se o contrato é válido face a essas regras e recusar-se a condenar a parte incumpridora se concluir pela incompatibilidade entre o contrato e as normas da concorrência.

De facto a sentença do tribunal arbitral não seria verdadeira jurisdição, ou seja, declaração do que é o direito, se uma das Partes fosse condenada a cumprir pontualmente um contrato que violasse o direito público aplicável, ou a pagar indemnizações em consequência desse incumprimento.

A convenção de arbitragem que confere jurisdição ao tribunal arbitral deve por isso ser sempre interpretada à luz do que é o núcleo essencial do conceito de jurisdição e nunca pode adular esse conceito.

Acresce que o processo arbitral, embora assente na convenção de arbitragem, não é tributário do princípio da iniciativa processual das partes ou do princípio dispositivo, ao contrário do que sucede em regra com o processo civil, pelo que nada obsta a que o tribunal arbitral conheça de questões suscitadas pelo direito público aplicável ao caso, ainda que as partes não hajam submetido expressamente essas questões ao tribunal arbitral.

E, se, por hipótese, uma convenção de arbitragem pretendesse vedar expressamente ao tribunal arbitral o conhecimento e a interpretação e aplicação das normas de direito público que nos seus próprios termos seriam aplicáveis ao objecto do litígio, uma tal estipulação seria inválida e, se fosse elemento essencial da convenção, a própria convenção seria nula e o tribunal arbitral não teria pura e simplesmente competência para conhecer desse litígio.

10. A circunstância de os tribunais arbitrais deverem conhecer e aplicar as normas de direito público aplicável ao objecto do litígio, e entre elas, as normas portuguesas e comunitárias de direito da concorrência, *não significa* que deva haver, e que haja, no nosso sistema jurídico, um mecanismo de *reexame*

do mérito das decisões arbitrais, pelo qual os tribunais estaduais disponham sempre da última palavra sobre a forma como tais normas foram interpretadas e aplicadas.

Sendo os tribunais arbitrais verdadeiros órgãos jurisdicionais, e transitando em julgado as suas decisões como as sentenças dos tribunais estaduais de que não caiba recurso, o estabelecimento de um regime geral e sistemático de recurso das decisões arbitrais para os tribunais estaduais *equivaleria a negar*, na prática, a autonomia dos próprios tribunais arbitrais e a desrespeitar a própria Convenção de Nova Iorque de 1958 na medida em que esta consagra o respeito pelas decisões dos tribunais arbitrais como verdadeira alternativa às decisões dos tribunais estaduais.

A nova Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa modificou, neste ponto, radicalmente a situação anterior, substituindo o regime regra da recorribilidade das decisões das arbitragens domésticas, que apenas não era aplicável às arbitragens segundo a equidade nem às arbitragens internacionais, por um regime regra de *irrecorribilidade* das decisões arbitrais para os tribunais estaduais. Apenas se exceptuam as arbitragens em que as partes se reservem expressamente o direito ao recurso ou aqueles que se baseiam em convenções de arbitragens celebrados ao abrigo da lei antiga e em que por isso as decisões eram sempre recorríveis.

Deixou assim de existir reexame sistemático, pelos tribunais estaduais, do mérito das decisões arbitrais, que por isso transitam em julgado em termos idênticos às sentenças de tribunais estaduais de que não caiba recurso.

Isto significa que o modo como o tribunal arbitral interpreta e aplica o direito aplicável na sua sentença, deixa de ser reexaminado pelos tribunais estaduais, do mesmo modo que em sentenças do tribunal estadual em que as partes hajam renunciado ao recurso, ou proferidas no último grau de jurisdição, esse reexame também desaparece.

Ora se essa é a regra quanto ao conteúdo das decisões arbitrais proferidas com base no direito privado aplicável ou na equidade, o mesmo sucederá quanto à parte dessas sentenças em que há lugar à interpretação e aplicação de normas de direito público e portanto à interpretação e aplicação de normas do direito da concorrência.

Não nos parece legítimo pretender manter neste domínio restrito um reexame sistemático de mérito pelos tribunais estaduais, pois nada autoriza a nosso ver uma verdadeira discriminação negativa dos tribunais arbitrais em relação aos tribunais estaduais. Por outro lado, qualquer destes órgãos juris-

dicionais limita-se à aplicação do direito, não existindo qualquer razão para os tribunais estaduais serem erigidos em garantes da observância do direito público, já que não cabe ao Poder Judicial mas sim ao Poder Executivo a missão de garantir a promoção da aplicação oportuna e adequada dos regimes de direito público criados.

11. À luz deste conjunto de princípios, a Associação Portuguesa de Arbitragem ao propor ao Governo o seu Anteprojecto, não só propôs que as decisões arbitrais fossem em regra irrecorríveis, o que foi aceite, *como decidiu não incluir*, entre os fundamentos do pedido de anulação da decisão arbitral, a alegada violação de ordem pública.

Como se sabe, o pedido de anulação ou “*set-aside*” é, de acordo com a Convenção de Nova Iorque, o único mecanismo de impugnação da decisão arbitral considerado compatível com a autonomia da arbitragem como meio alternativo de resolução de diferendos. Trata-se de um processo totalmente distinto do recurso, já que em vez de haver lugar a um reexame do mérito, se submete ao escrutínio de um tribunal estadual a decisão arbitral tendo por fundamento razões que respeitam não à decisão em si mas à validade da própria convenção de arbitragem em que assenta a jurisdição do tribunal e a observância dos requisitos mínimos de um “*fair procedure*”.

No entanto a Convenção de Nova Iorque permite que entre os fundamentos de anulação figure a alegada violação da ordem pública, e a verdade é que a Lei Modelo e a generalidade dos Países cujas leis de arbitragem seguem a Lei Modelo adoptam efectivamente este fundamento.

A Direcção da Associação Portuguesa de Arbitragem procurou evitar este fundamento do processo de anulação, tendo em conta os elevados riscos de, à conta do mesmo, a parte vencida pretender que os tribunais estaduais façam um verdadeiro e sistemático reexame do mérito da decisão arbitral. Acrescia que a própria Lei de 1986 não incluía entre os fundamentos do processo de anulação a violação de ordem pública e no entender da Associação Portuguesa de Arbitragem nenhuma razão (teórica ou prática) havia para sujeitar as decisões definitivas dos tribunais arbitrais a um reexame deste tipo a que os tribunais estaduais não estavam sujeitos.

Foi este o ponto mais polémico do projecto da Associação Portuguesa de Arbitragem mesmo no seio dos seus associados, invocando muitos deles o problema que surgiria nas arbitragens sobretudo sobre direito da concorrência, se a ordem pública não figurasse como fundamento de anulação.

O *Governo não acolheu neste ponto* a proposta da Associação Portuguesa de Arbitragem mas reconhecendo a necessidade de restringir o conceito de ordem pública utilizado como fundamento de anulação, consagrou apenas a violação de *ordem pública internacional*, e não de toda e qualquer ordem pública, com fundamento de anulação.

Por outro lado consagrou-se no artigo 46.º n.º 9 da nova Lei de Arbitragem Voluntária o princípio de que a invocação da violação da ordem pública internacional nunca pode conduzir ou servir de base a um reexame de mérito das decisões arbitrais.

De facto, o artigo 46.º n.º 9 da Lei de Arbitragem Voluntária determina que o tribunal estadual que anule a sentença arbitral não pode conhecer do mérito da questão ou questões por aqueles decididos, o que tem duas consequências:

- depois de anulada a decisão arbitral a tribunal estadual não deve conhecer do mérito das questões decididas;
- ao decidir sobre a anulação da decisão arbitral o tribunal arbitral não deve reexaminar o mérito das questões decididas.

Posto isto, em que termos pode a violação da ordem pública internacional servir para anular uma decisão arbitral definitiva, em que sejam interpretadas e aplicadas normas de direito português ou do direito comunitário da concorrência?

Sendo as normas de direito da concorrência normas de direito público económico, quer português quer comunitário, e conduzindo a sua violação à nulidade dos negócios jurídicos que as infringem, não temos qualquer dúvida em considerar que uma decisão arbitral que declare, ou pressuponha a validade de um negócio jurídico que contraria essas normas, incorre em violação de princípios da ordem pública internacional.

Aliás, sendo as normas do direito português totalmente coincidentes, quanto à proibição estabelecida, com as normas do Tratado, mesmo que esteja em causa apenas o mercado interno português, e portanto a violação do direito nacional português, deveremos reconhecer tal violação como de ordem pública internacional do Estado Português, pois esta é composta pelos princípios de direito interno que sejam partilhados pela comunidade internacional onde o Estado Português se insere, ou que decorram de compromissos jurídicos internacionais assumidos pelo Estado Português.

Tanto será assim violador da ordem pública internacional do Estado Português a decisão arbitral que declarar a validade de um contrato que viole os artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia como a decisão que valida um contrato que viole os artigos correspondentes da Lei de Defesa da Concorrência Portuguesa.

Deve salientar-se que só ocorrerá a referida violação se o tribunal arbitral declarar ou pressupuser a validade de um negócio jurídico que devesse ser reconhecido como nulo, e não a situação inversa, pois a colisão com a ordem pública só ocorrerá em termos frontais se a decisão da arbitragem colidir com a *proibição* dos negócios anticoncorrenciais.

Importa, por outro lado, para que possa haver anulação que a sentença arbitral assente em *matéria de facto* dada como provada sobre o negócio em causa que seja bastante, para que o tribunal estadual “*ad quem*” possa concluir pela invalidade do mesmo, pois o tribunal estadual não pode reapreciar a prova produzida em processo arbitral, já que estaria nesse caso a fazer *reexame do mérito*.

Já não nos parece necessário para se poder invocar a violação de ordem pública que o negócio tenha sido já declarado nulo pela Autoridade da Concorrência, nacional ou comunitário, ou por tribunais estaduais, pois o fundamento da anulação é a colisão da decisão arbitral com normas imperativas que não foram observados e não necessariamente com decisões administrativas ou de tribunais estaduais que hajam interpretado e aplicado essas normas.

12. Ao reconhecermos, que, de acordo com a nova Lei de Arbitragem Voluntária, a violação das normas de concorrência pela decisão arbitral é fundamento para o pedido de anulação da mesma dirigido ao tribunal estadual, estamos de facto a reconhecer a este, o direito a um “*Second Look*” sobre a forma como o tribunal arbitral aplicou o direito de concorrência, nacional ou comunitário.

Esse direito a um “*Second Look*”, é aliás uma faculdade que o tribunal estadual pode exercer *ex officio*, já que, mesmo que não tenha sido invocada pela parte que pede a anulação o tribunal pode dela conhecer. É aliás este o regime geral da Lei Modelo da Uncitral.

No caso de essa faculdade ser efectivamente exercida, e se estiver em jogo a interpretação e aplicação do direito comunitário de concorrência deve naturalmente o tribunal estadual que julga a anulação *fazer reenvio prejudicial* para o Tribunal de Justiça da União Europeia ao abrigo do actual artigo 267.º do

Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (antigo artigo 234.º do Tratado CEE), o que garantirá que a decisão de questão nos tribunais portugueses será coerente e harmoniosa com a jurisprudência que nesse domínio se forma em toda a União Europeia

Esta garantia de harmonia de orientações *não é no entanto absoluta*, pois se *não houver pedido de anulação*, o tribunal estadual não terá forma de conhecer da questão, e por outro lado ao tribunal arbitral não só *não deve* como *não pode* fazer reenvio prejudicial de questão de direito de concorrência para o Tribunal de Justiça da União Europeia.

De facto tem sido jurisprudência constante deste tribunal desde o caso Nordsee que os órgãos jurisdicionais que devem e podem usar o mecanismo comunitário do reenvio prejudicial são unicamente os tribunais estaduais.

Note-se a este propósito que o Supremo Tribunal de Justiça em 19/05/2011 rejeitou um pedido de anulação de uma decisão arbitral que fora formulada com fundamento em que o tribunal arbitral não fizera o reenvio prejudicial antes de decidir uma questão de interpretação de direito comunitário, e nesse caso o Supremo Tribunal de Justiça nem sequer decidiu se tal reenvio era ou não obrigatório, limitando-se a firmar o entendimento que no pedido de anulação não deveria haver o reexame da decisão arbitral pelo tribunal estadual, recusando-se por isso a entrar no mérito da decisão impugnada.

Julgamos que hoje, face à nova Lei de Arbitragem Voluntária, e à consagração expressa da ordem pública internacional como fundamento de anulação oficiosa, os tribunais portugueses não deixarão de fazer reenvio prejudicial sempre que tiverem de se pronunciar acerca de interpretação e aplicação do direito comunitário da concorrência.

13. Chegados a este ponto, devemos advertir que o tema que constitui objecto da nossa intervenção *está longe de ter sido esgotado*, pois há muitos outros aspectos relevantes que não referimos.

Devemos terminar lembrando que no seguimento da descentralização operada em 2003 quanto à aplicação das normas da concorrência, a própria Comissão tem vindo a encarar os mecanismos de arbitragem voluntária de uma forma cada vez mais positiva, enquanto meios alternativos para aplicação do próprio direito da comunitário da concorrência.

Pode dizer-se que desapareceu a desconfiança da Comissão em relação à arbitragem que no início da CEE se manifestara e que era patente na obrigação que muitas vezes a Comissão impunha às empresas, como contrapar-

tida, de uma declaração de conformidade de um acordo ou prática, de ser notificada de qualquer processo de arbitragem que viesse a ser iniciado neste domínio.

Uma das manifestações desta nova perspectiva surge nas imposições ou condições fixadas, como contrapartida para não haver oposição a determinadas operações de concentração.

Em muitos casos a concentração apenas é viabilizada desde que a empresa que resulta da concentração ou que tem posição dominante no mercado assuma determinadas obrigações, nomeadamente de garantir o acesso a certas infraestruturas, seja perante empresas determinadas, seja perante o público em geral.

Ora com crescente frequência a Comissão vem impondo o estabelecimento de convenções de arbitragem associadas a essas obrigações, de tal forma que, no caso de incumprimento pela empresa dominante, possam os terceiros exercer os seus direitos através do mecanismo arbitral de uma forma eficaz e célere.

Estamos pois longe do espírito que esteve na origem da interpretação restritiva e hostil à arbitragem adoptada quanto ao reenvio prejudicial e sobretudo daquele que parecia exigir um sistemático reexame do mérito pelos tribunais estaduais quanto a decisões dos tribunais arbitrais que conhecessem do direito comunitário da concorrência.

Formulamos votos para que uma nova confiança na arbitragem voluntária se desenvolva, e que a mesma passe a ser encarada naturalmente como um meio alternativo de resolução de litígios mesmo tratando-se de normas de direito público económico, como são as normas do direito da concorrência.

Muito obrigado pela vossa atenção.

Lisboa, 19 de Outubro de 2012

ARBITRATION, EUROPEAN COMPETITION LAW AND PUBLIC ORDER*

*Laurence Idot***

ABSTRACT: This paper, building largely on the 2010 OECD Hearings on competition and arbitration, discusses the key concept of public order ('ordre public') and its significance and relevance for the application of EU competition rules by arbitral courts in the wake of various ECJ rulings, namely the "Eco Swiss" ruling of 1999. It also addresses the conditions to submit competition law problems to arbitration in light of relevant EU Member States case law (in Germany, France and other Member States) to conclude that although a considerable theoretical discussion persists in this domain more and more frequently conditions are being met to have EU competition law issues extensively discussed before arbitral courts.

SUMMARY: 1. Public order and the use of arbitration in EU competition law. 1.1. Classical issues. 1.1.1. Public order and exclusive jurisdiction of Competition Authorities. 1.1.2. Public order and the "public policy" provision of national arbitration laws. 1.2. New issues. 2. Public order and the application of EU Competition Law by the arbitral tribunal. 2.1. Substantive issues. 2.2. Procedural issues. 3. Public order and the control of the award. 3.1. Existence of the control. Reality of the control.

1. To introduce the topic, two preliminary remarks on the title are useful. First, the word "arbitration" will be used in the narrow sense, in other words only to designate "voluntary arbitration" according to Portuguese and French

* Oral presentation made on 19 October 2012, in Lisboa, for the colloquium, *Arbitration and Competition law*, organised by the European Institute. All the references may be found in the report made by the author for the OECD in 2010, available in English and in French (see, bibliography).

** Professor, University Panthéon Assas (Paris II). Member of the College, French Competition Authority.

Laws. It means that other types of ADR, such as mediation, conciliation..., which raise other issues, will not be dealt with. As far as “competition law” is concerned, the following developments will focus on EU Competition law, but one does not have to forget that national competition laws raise the same type of issues on most topics. Furthermore, EU competition law not only means antitrust (art. 102 & 102 TFEU), but also covers merger control and State aids control. All these rules are of course mandatory and that’s the reason why there is kind of “public order Damocles’sword” on arbitration.

2. In such a context, is there a place for arbitration? There are two main obstacles. First, the concept of “public order” is very broad and may have different meanings. Second, in all competition laws, a major distinction shall be made between “public enforcement” and “private enforcement”.

In public enforcement, which is in Europe the task of the Commission and the National Competition Authorities (NCA), arbitration should be fully excluded. However, any CA may introduce arbitration to monitor some commitments, mainly of behavioural nature. It’s a rather new trend, which raises some specific issues and has already been studied in other contexts. It is sufficient to say here that, in such a situation, the arbitrator is mainly a public enforcement assistant.

On the contrary, private enforcement of CL is the task of ordinary national courts, and therefore, as there is a kind of competition between national courts and arbitral tribunals, arbitration may have a role to play. In all components of EU competition law, the role of national courts is always the same. They shall apply the law, including competition rules as any rule of law and draw the so-called “civil” consequences of the infringement (nullity, damages...), but with different extent according to the component of EU competition law at stake. It is clear that an arbitral tribunal cannot have more power than a national court, but it shall not have less power.

3. The concept of “public order” will intervene at each of the three traditional stages of arbitration: first, when the parties decide to choose arbitration (1); second, when the arbitral tribunal applies EU competition law (2); third, at the final stage of the control of the award before a national court (3).

1. PUBLIC ORDER AND THE USE OF ARBITRATION IN EU COMPETITION LAW

4. If some issues are now well known (1.1), new problems recently appeared (1.2).

1.1. Classical issues

5. Some issues are already well known. At this preliminary stage, the concept of “public order” may have two different meanings. If we take into account the EU approach, it evokes the exclusive jurisdiction of Competition Authorities (Commission and NCA), but, for arbitration law, it raises the issue of arbitrability of claims.

1.1.1. Public order and exclusive jurisdiction of Competition Authorities

6. Nobody contests the fact the exclusive jurisdiction of CA for public enforcement cannot be set aside by arbitration. The consequences are not exactly the same in *ex ante* controls and in *ex post* controls.

7. In *ex ante* controls, such as merger control and State aids control, CA have exclusive jurisdiction to appreciate the compatibility of the operation. Therefore, in *ex ante* controls, there is very little room for arbitration. However, it is not fully excluded, and two examples can be given.

In both cases (merger control and State aids), if there is a breach of the duty to notify, an arbitral tribunal, like any national court, may draw the civil consequences of the violation. For instance, in State aids, an arbitral tribunal may examine a measure to determine whether, or not, it is a State aid under article 107, paragraph 1, TFEU. There are some cases unhappily confidential.

It is true that, in merger controls, the situation is different since the firms generally fully respect the obligation to notify and, to my knowledge, so far, the civil consequences have never been discussed before any judge. However, there is a specific issue, which is in practice very important: the issue of ancillary restraints. For instance, the qualification of a non-compete clause as an ancillary restraint can be discussed before an arbitration tribunal as before any national court.

8. In antitrust, CA have exclusive jurisdiction to detect, sue and fine infringements to articles 101 and 102 TFEU and national equivalent rules. However, there is more room for arbitration since an arbitral tribunal may draw all civil consequences of an infringement to articles 101, paragraph 1 and 102 TFEU. If there is an arbitration agreement, it will have jurisdiction to examine the validity either of the contract in its entirety, or of some provisions which raise competition issues, like non compete clauses, and to attribute some damages.

Moreover, the powers of arbitral tribunals have been enlarged by the regulation n.º 1/2003 due to the adoption of the so-called “legal exception system” and the suppression of Commission’s exclusive jurisdiction to grant some individual exemptions following a notification of the agreement. It is now a full *ex post* control and arbitral tribunals, like ordinary National courts, may examine whether or not, the conditions of article 101, paragraph 3 TFEU, are fulfilled.

1.1.2. Public order and the “public policy” provision of national arbitration laws

9. If we look now at the national arbitration laws, the concept of “public order” may raise an issue of arbitrability, if it is used as a criteria to determine whether, or not, it is possible to use arbitration. That was the solution adopted in some Member States, such as France or Belgium, which keep this concept of “public policy” in article 2060 civil code.

In France, there were a lot of debates in the eighties to determine whether or not a tribunal arbitral may examine competition issues. It is not necessary to come back on this point since the issue has been solved by a decision of the Paris court of appeals in the famous *Labinal* case in 1993. The French Supreme court did not directly confirm the solution for articles 101 and 102 TFEU, only quite recently for title IV on restrictive practices of French competition law. However, there is no more discussion on this point.

10. As in Portugal, we had a major reform of arbitration law in January 2011. No change was introduced in article 2060 civ. code, but it’s only for constitutional reasons since the reform was made through a decree and not a law.

Portuguese Law is more modern since, according to article 1, paragraph 1, of the new law of November 2011, the parties may submit “any disputes involving economic interests to arbitration”.

However, even if this problem doesn’t exist any more in Europe, some new issues recently occurred.

1.2. New issues

11. New issues are linked to the attempts to develop private enforcement within the European Union, mainly damages action since contractual actions are already frequent. Even if there is nothing new since the White Paper of 2008, there is a new tendency among victims of infringements to articles

101 and 102 TFEU to introduce claim damages before national courts. This development could have an impact in the future on arbitrability issues.

12. It is without any doubt possible to go before an arbitral tribunal to bring an action for compensatory damages, as long as this type of claims is covered by an arbitration agreement, according to the ordinary rules of arbitration.

However, it could be more difficult to bring claims for punitive damages. It is true that the European Commission gave up the idea to introduce such a rule at the European level, but a Member State could admit this type of damages in its national law. It is not sure that it could be subject to arbitration since in some other Member States, punitive or treble damages are deemed to be contrary to their conception of public policy.

It is interesting to observe, that, in the USA, the issue is exactly opposite. The legality of the waiver of treble damages is being discussed.

13. Another new issue is specific to damages actions following a cartel case. In such a situation, there are always a lot of defendants, and very often a lot of claimants. The plurality of parties doesn't fit to a classical arbitration. Here again, the situation in the USA is interesting since a new concept of class arbitration has been developed. In Europe, we have not yet generalised collective redress before national courts. Therefore, it is difficult to imagine class arbitration, but we will have to face this issue maybe in the future.

2. PUBLIC ORDER AND THE APPLICATION OF EU COMPETITION LAW BY THE ARBITRAL TRIBUNAL

14. Once it is admitted that it is possible to use arbitration in spite of competition law issues in the action, the arbitral tribunal will face both substantive (2.1) and procedural issues (2.2.).

2.1. Substantive issues

15. Everybody agrees on the fact that EU competition rules are mandatory. If articles 101 or/and 102 TFEU are clearly applicable because there are both some effects on the territory of the European Union and an effect on trade between Member States, the situation is different according to the type of arbitration.

If it is a domestic arbitration, there is no specific issue. EU rules are integral part of national law of each Member State and the arbitral tribunal

has no choice. It shall apply them. If we accept the idea according to which an arbitrator is in the same situation as a national judge, it can be asserted that there is a duty to apply articles 101 and 102 TFEU following article 3, paragraph 1 of regulation n.º 1/2003.

16. The situation is more complicate if the arbitration is of international nature. First, the arbitral tribunal has to determine the applicable law. It is bound by the choice of the parties, but failing any designation of the law by the parties, the solutions vary according to the national laws on arbitration. For instance, in French law, the arbitral tribunal is free to choose the applicable law, but, in Portuguese law, it shall apply the law of the State to which the subject matter of the dispute has the closest connection. However, it is not sure that the practical results will be so different. Furthermore, there is an agreement on the fact that the arbitral tribunal is not bound by international conventions or European regulations, such as the so-called regulations “Rome I” and “Rome II”, but it may apply them since they express a kind of consensus.

17. At the end of the process, we face two main situations.

If the applicable law is the law of a Member State, the arbitral tribunal will apply EU competition rules as in domestic arbitrations. There is no specific issue. There are a lot of awards in which the arbitrators have applied without any reluctance article 101 TFEU in contractual matters.

However, if the applicable is the law of a non Member State, to determine whether there is, or not, a duty for the arbitrators to apply EU competition rules is more debated. Some practical considerations have to be taken into account. Of course, it will be easier to admit this application if the applicable law on the merits belongs to a European State, such as Switzerland, or if the arbitrators are European lawyers. Anyway, from a theoretical point of view, the result depends on the recognition by the arbitrators of the theory of mandatory rules (“lois de police”). At the European level, we only have the precedent of the *Ingmar* case of the Court of Justice in 2000, but in another context.

So far, it is more a procedural issue than a substantive one.

2.2. Procedural issues

18. A first issue is to determine whether the authorisation given to the arbitrators to decide *ex aequo et bono* has an impact on the application of EU competition rules. It depends on the law, which is applicable to arbitration. For instance, in French arbitration law, any arbitrator has a duty to apply

mandatory rules. The exemption to apply rules of law do not concern mandatory rules. On the contrary, in Swiss law, the exemption is general.

19. A second issue has a more important practical impact, even if, nowadays, it becomes less frequent due to the better knowledge of competition rules. If the two parties are silent on competition issues and applicability of articles 101 or/and 102 TFEU, shall the arbitral tribunal rise *ex officio* the issue of competition law and ask for the parties to exchange on this point?

It is clear that nothing prevents it to do so as long as there is a contradictory discussion on the competition issue and many European arbitrators follow this practice.

However, it is more difficult to determine whether there is a duty to rise *ex officio* the point. There is nothing new strictly speaking in competition law since the famous decision of the Court of Justice in the *Eco Swiss* case of 1999, which has been interpreted in some different ways. My personal view is that there is a duty to do so, which has been reinforced by the *Mostaza Claro* (2006) and *Asturcom* (2009) cases in consumer law cases. This point will be developed in the third part, since there is clear link with the crucial issue of the control of the award.

3. PUBLIC ORDER AND THE CONTROL OF THE AWARD

20. The issue of the control of the award is well known since the *Eco Swiss* case of the European Court of Justice of 1999, but it has been renewed since the French *Thalès* case of 2004, followed by many other national cases. There is a lot of literature on this topic with different views expressed. To be as clear as possible, a distinction can be made between all the issues which are linked to the existence of the control (3.1) and those which concern the reality of the control (3.2.).

3.1. Existence of the control

21. First point, the legal basis of the control based upon public order doesn't raise in itself any issue. In all texts, either international conventions, such as the New-York convention, or national arbitration laws, there are some provisions which enable a control of the award by State courts through recognition and enforcement procedures.

The concept of public order may intervene at two different levels of the control. First, it may be made through the control of the validity of the arbitration agreement. A good example was given in the past in the United

States by the famous Mitsubishi case in 1985, and there are again some discussions on arbitrability issues in the US case law. However, it's specific to the US system, and in Europe, this ground, which always exists (for instance, art. 56.1 b) i of Portuguese law; art. 1492.1.º and 1520.1.º French proc. civ. c.) is presently no more used in Europe for competition law. Second, the concept of public order may be used for the control of the award strictly speaking since, in all texts, the award shall not be contrary to the public order of the requested State (art. 46.3, b. ii), 54 and 56.1. b) ii of Portuguese law; art. 1492.5.º and 1520.5.º French proc.civ. c.).

22. Second point, it is more important to define the relevant criteria, in other words, to define what is “public order” at the stage of the control of the award.

In domestic arbitration, the solution is clear. “Public order” always corresponds to the conception of public order adopted by the controlling court. It's the national public order of the requested State.

However, for international arbitration, some national laws, such as French law, introduce a difference, and, instead referring to “public order”, add “international” public order. In France, this precision was kept in 2011 in spite of the brilliant demonstration of Pierre Mayer who explained that it was not necessary. When a national court controls an award, in the field either of a domestic arbitration or of an international one, it is always the conception of public order of the requested State, which shall prevail. The concept of “international public order” has no sense for State court.

The Portuguese law adopts a slight different point of view when it refers to the “principles of international public policy” both for domestic arbitration and international arbitration. It is more coherent than French law since it assumes that there is no reason to introduce a distinction between the types of arbitration. It 's also more coherent since, in referring in all cases to “international public policy”, it focuses on the fact that the conception of public order is lighter in the field of arbitration than in other matters.

23. The third point is to determine if there is, or not, a special status for a kind of third concept of “European Union public order”. The problems are not the same before a Member State court and a non Member State court.

24. In the first situation, *EcoSwiss* remains the leading case. The Court of Justice had to determine whether, before a Member State court, the EU public order should be stricter than the national conception of public order. Here there are two readings of the decision of the Court of Justice. For

the so-called minimalist approach, the answer is negative. EU competition rules have exactly the same status as national competition rules. It's the consequence of the "principle of equivalence". I do not agree personally with this view. When it applies the so-called procedural autonomy principle and leaves the issue to the national procedural rules, the Court of Justice also introduces another limit, which is the "principle of effectivity". The application of procedural national rules shall not impede an effective application of EU rules, and it is clear that we need a uniform and efficient system in the field of competition.

In practice, we meet again the same two issues as in the second stage before the arbitrators. The first one has a procedural nature and is illustrated by the *Eco Swiss case*. In this case, the competition issue had not been discussed. The true problem was to determine whether or not the arbitral tribunal had a duty to raise it *ex officio*. My reading is that the Court gives a positive answer at the point 40 of the decision. The second issue has a substantive nature and is illustrated by the Dutch case *Marketing Displays* in 2005. In this affair, the applicable law to the licensing contract was a Non Member state law and the award, which had been adopted outside the EU, should be enforced within the EU. For the Dutch court, UE competition rules were applicable as mandatory rules.

25. Before a Non Member State court, the problem is quite different. The requested judge has to determine whether it may ignore EU public order, or not. In 2006, the Swiss Federal Supreme Court adopted a very controversial decision in the *Terra Armata* case. It ruled that the presumed violation of article 101 TFEU was not contrary to the Swiss conception of international public order. There are at least three reasons to criticize this view.

First, in 1992, in a previous case, the same court ruled exactly in the opposite way. Second, the result is quite shocking for a competition lawyer since there is an agreement worldwide on the need to have competition rules to control mainly horizontal agreements and hardcore cartels, such as public bid rigging, which was at stake. Furthermore, Swiss competition law is modelled on EU competition rules. Third, the solution is also strange for a specialist of arbitration and international private law. The applicable law was the Italian law. It's difficult to understand why the court didn't take into consideration EU rules.

26. Although it is there, when we agree on the contents of the concept of "public order", still it is necessary to wonder about the reality of the control.

3.2. Reality of the control

27. It's still more difficult to determine what is a violation of EU public order. The comparative perspective is interesting and we have now a lot of case law in different Member States, such as France (*Thalès, Cytec and Linde cases*), Belgium (*Cytec case*), the Netherlands (*Marketing Displays case*), Germany, Italy (*Terra Armata, case*). Two general observations can be made.

It is clear that the method adopted by the court has an important impact. Even if everybody agrees on the fact that revision on the merits is excluded, there are clearly two groups of countries. In most of them, mainly the Netherlands, Germany, Belgium, Italy, the court exercises a true control on the award. On the other side, in France, the control is excessively limited to the “flagrant, effective, and concrete violation”. In spite of some critics, the solution was still confirmed by the French *Cour de cassation* in June 2011 for EU rules, but outside the field of competition, in the *Société Smeg* case. In practice, with such a requirement, there is no control at all in French law.

Furthermore, these different views on the extent of the control made by the State court may lead to contradictory solutions. It happened in the famous *Cytec* case between Belgium and France at the first stage, but happily, after the review by the Court of Appeals in Belgium, the solutions were equivalent on the two sides of the border.

28. From a competition lawyer's perspective, the situation is not adequate, but the discussion cannot be summarized in an opposition between the so-called minimalist doctrine and maximalist doctrine, as it is often made following the analysis of *Luca Radicati di Brozzolo*. There is no general rule and some distinctions shall be made.

If the control of the award takes place within the EU, the true issue is to determine whether or not the competition issue has been discussed before the arbitral tribunal. If it has been duly discussed as in the *Cytec* case, it is clear that we shall avoid introducing a review on the merits. The award cannot be set aside without an obvious violation of EU competition rules. On the other side, if the competition law issue has not been debated before the arbitral tribunal, like in the *Thalès* and *Linde* cases in France, one shall consider that there is an obvious violation of public policy order. There is a duty for arbitrators to raise *ex officio* the competition issue.

On the other side, if the control of the award takes place outside the EU, the situation is different. The admission of the theory of mandatory rules is the only one, which may help to solve the problem. It may be admitted in the

relations with the countries, which share the same conception of competition rules, mainly EFTA Member States, Switzerland, candidates to the adhesion. It's much more difficult in the relations with the USA, because we have a completely different view, not of competition rules, but of international private law.

29. To finish, I would like to conclude on an optimistic view. It's true that there is a lot of theoretical discussion, but globally the system works. In more and more cases, EU competition issues are extensively discussed before arbitral tribunals and the awards are fairly executed without being necessary for the winner to go before a State court. If this conclusion did not remain true in the future, the firms shall remember that the Competition authorities may always intervene.

REFERENCES

Among the most recent studies on arbitration and EU competition law:

OECD, *Arbitration and Competition*, hearings 2010, with the two studies of L. Radicati di Brozzolo and L. Idot, available in English.

<http://www.oecd.org/daf/competition/abuseofdominanceandmonopolisation/49294392.pdf>

Arbitrage et droit européen de la concurrence, Cepani's colloquium, Dec. 2010, Brussels, Bruylant, coll. Cepani, vol. 13,

Arbitrage et droit de l'Union européenne, Nov. 2011, Paris, Lexisnexis, coll. CREDIMI, 2012, vol. 38.

The author has expressed and developed the ideas of this presentation in the following articles, which are part of the previous references:

A French version of the report made for the OECD, "Arbitrage et droit de la concurrence", is available on www.concurrences.com, *Concurrences* n.º 4-2010, n.º 44195.

On the issue of the control of the award, «Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public», in Cepani's colloquium p. 143-171.

On the control of commitments by arbitrators, «L'arbitrage et le contrôle des engagements», *Concurrences*, n.º 1-2012, n.º 41910.

NEW MODES OF REDRESS FOR CONSUMERS AND COMPETITION LAW

*Christopher Hodges**

ABSTRACT: *This paper begins by examining the development of discussions at EU level on collective redress, so as to show how policy ideas have developed in relation to the two principal areas that are currently under discussion, competition damages and consumer ADR.*

SUMMARY: 1. The Problem. 2. The Different Models of Public and Private Enforcement. 3. Competition Damages – a Confused European Time Warp. 4. New Empirical Evidence of Competition Problems and Patterns of Litigation. 5. Consumer Redress and ADR. 6. The Current Landscape of CDR Bodies. 7. Conclusions.

1. THE PROBLEM

The underlying issue that arises is how to provide remedies that work for individual claims that each typically have small monetary value. Systems of civil procedure in most Member States have all struggled to provide pathways to justice that are capable of providing remedies for small consumer claims. Even small claim procedures or the introduction of mediation into civil procedure have not solved this problem for low value claims in most countries. It is premature to evaluate European initiatives on cross-border

1 MA PhD FSALS; Head of the CMS Research Programme on Civil Justice Systems, Centre for Socio-Legal Studies, University of Oxford; Erasmus Professor of the Fundamentals of Private Law, Erasmus University, Rotterdam; Life Member, Wolfson College, Oxford; Solicitor. This paper is a revision of one published in a compendium by the University of Malta and also in Spanish in S. Camarra Lapuente (ed), *La Revisión de las Normas Europeas y Nacionales de Protección de los Consumidores* (CIVITAS and Thomson Reuters, 2012).

small claims¹ and encouraging mediation,² but they are not likely to have made a significant difference. It is true that the civil procedure system in some Member States involved low court costs (such as France) and low and predictable general costs, especially where claims are covered by insurance (such as those similar to the German system),³ but even these struggle to be sufficiently attractive for many consumer claims.

There is a second underlying issue that arises out of the first. Whilst it may be disproportionate to be concerned about an inability to provide justice for an individual claim of low value, where that claim is one of a large number of similar claims, there is a wider issue. The trader who is able to keep illegal profits from a mass of small individual infringements can amass large illegal gains. The aggregate effect of that trader's behaviour distorts competition in the market. Hence, the concern here is more to do with regulation of the market than with individual corrective justice.

So the problem has two facets, one at micro level and one at macro level. Viewed another way, the first is about corrective justice on an individual scale, where the normal procedures for private enforcement are typically disproportionate and ineffective, and the second is about market regulation. Member States have differing approaches to whether controls on market regulation involve public or private enforcement mechanisms, and no European consensus has focussed on the optimal model.

2. THE DIFFERENT MODELS OF PUBLIC AND PRIVATE ENFORCEMENT

For some years, debate about mass redress for multiple individual small losses focused on the idea that economies of scale could be made in aggregating individual claims within civil procedure. The most familiar technique for this was the class action, which has been widely used in the United States for many decades. The theory was that aggregation of small individual claims would introduce 'judicial economy' that would make a class action economically viable, since a single action should involve lower costs than multiple individual actions. In this analysis, however, three problems were overlooked. Firstly, a class action would still involve inherently large cost, and the comparison

1 Regulation (EC) 861/2007 establishing a European small claims procedure.

2 Directive 2009/52/EC on certain aspects of mediation in civil and commercial matters.

3 See Hodges, Vogenauer & Tulibacka, 2010.

with multiple individual claims *that would not have been brought* would be a false comparison in concluding that an aggregate procedure would prove to be itself economically proportionate. Secondly, the lesson that many court procedures remain lengthy was forgotten. By introducing a larger procedure, which would be inherently more complex, the duration (and cost) would only increase.

The third problem was more fundamental. Class actions play a fundamentally different role in the American legal system from the role that they could play in a European system. In the United States, the basic architecture of the legal system relies heavily on private enforcement for both private rights *and public norms*. The policy is that every individual is able—and is incentivised—to seek out and pursue infringements by others. There is a strong culture of individual freedom and assertion of individual rights, which has produced a system of ‘adversarial legalism’,⁴ in which there is strong distrust of distant concentrations of power, such as large corporations and Federal regulatory agencies. The design of a system of private enforcement logically includes the ability for individuals to investigate whether infringements have occurred, and to institute legal action to rectify damage done. It would also impose dissuasive sanctions on both individual infringers and others, on a theory of individual and general deterrence.

Since individuals might only have incurred small losses, they would not be incentivised to take such public-spirited action. Therefore, incentives are put in place to encourage public enforcement by ‘private attorneys general’. The list of incentives and techniques of imposing public sanctions is well-known, and includes ensuring that the claimant has no cost and no cost risk (intermediaries are paid by results, and there is no ‘loser pays’ rule); a one-way cost-shifting rule for many infringements of market law by corporations;⁵ high damages (triple damages for antitrust breaches); high fees for intermediaries;⁶ wide discovery and depositions; punitive damages; jury trials; aggregation of individual claims (class actions and multi-district litigation procedure); no pre-emption by tort law of regulatory rules; alignment of substantive law (such as no requirement to prove individual reliance on misrepresentations

4 Kagan, 2001.

5 Farhang, 2010.

6 Lee III & Willging, 2010; Eisenberg & Miller, 2010.

by issuers of corporate prospectuses in order to found a (collective) damages claim).

In the context of the United States' legal system, these rules are intended to impose high costs on infringers and for such costs to be paid to successful claimants and their lawyers. The funding of litigation is largely privatised: legal aid or similar support is highly limited. Corporate defendants can be expected to complain that the costs of the system are too high and that the scale of the costs involved produces undesirable practices, such as 'blackmail settlements' where it is cheaper to pay in a negotiated settlement than to fight, irrespective of merits. These phenomena are both inherent and intended in the American system of private enforcement. But in the context of a European legal system, such phenomena appear alien and abusive.⁷

The important point is that European legal systems rely on a different balance between public and private enforcement, and on different theories of enforcement other than just deterrence. Many public authorities (other than in competition enforcement) adopt enforcement policies that rely on risk-based, prioritised responses to infringements in which a series of escalating measures can be deployed.⁸

Debate at European level on collective issues has gone through significant changes in rhetoric and terminology. It began as a debate about 'class actions', changed around 2005 into 'collective actions' and by 2009 had changed into 'collective redress'.⁹ This change is significant. It reflected that the debate was about the *policy outcome* (redress), rather than about the technique (private enforcement through litigation, or any specific civil procedure technique, such as a collective *action*). It was pointed out that other, more European, techniques of public or private enforcement could achieve redress, and that such techniques could, if properly designed, achieve redress more quickly, cheaply and effectively than mass litigation.

7 'U.S. style class action is not envisaged. EU legal systems are very different from the U.S. legal system which is the result of a "toxic cocktail" – a combination of several elements (punitive damages, contingency fees, opt-out, pre-trial discovery procedures). [...] This combination of elements – "toxic cocktail" – should not be introduced in Europe. Different effective safeguards including, loser pays principles, the judge's discretion to exclude unmeritorious claims, and accredited associations which are authorised to take cases on behalf of consumers, are built into existing national collective redress schemes in Europe.' European Commission DG SANCO, MEMO/08/741, p. 4.

8 Ayres & Braithwaite, 1992.

9 See Hodges, 2006; Hodges, 2008; Hodges, 2009; Cafaggi & Micklitz, 2009.

The European Commission has undertaken a 2008 consultation on benchmarks,¹⁰ a Green Paper on consumer collective redress,¹¹ accompanied by a Questions and Answers document¹² and two studies: a Problem Study,¹³ which evaluated the problems faced by consumers in obtaining redress, and the economic consequences; and an Evaluation Study,¹⁴ which evaluated the effectiveness and efficiency of existing collective redress mechanisms in the EU.

The European debate has been stalled since 2008,¹⁵ resting on the assertion that Europe will not adopt an American-style class action procedure, that abuse will not be allowed, and that a European-style collective action will be proposed without the features that give rise to abuse in America. It is argued that techniques such as control of cases by judges would prevent the economic incentives from producing abuse, through control of the merits of cases (certification), settlement, and fees. Business is fully opposed to those arguments. The European Commission has said it will publish a statement of general principles on collective redress having been through a consultation exercise in 2008.

These assertions are completely unconvincing. Firstly, every aggregated procedure inherently involves adopting features that affect the all-important economic incentives for litigants and especially lawyers and investors in litigation (such as the mere fact of aggregation). Secondly, EU legislation cannot prevent developments at national level that affect those economic incentives. Some Member States have contingency fees¹⁶ or are proposing

10 See <http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/collective_redress_en.htm#Benchmarks>.

11 Green Paper on Consumer Collective Redress, COM(2008) 794, 27.11.2008, at <http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/collective_redress_en.htm>.

12 MEMO/08/741, 27.11.08.

13 Study regarding the problems faced by consumers in obtaining redress for infringements of consumer protection legislation, and the economic consequences of such problems, by Civic Consulting and Oxford Economics, 2008, at <http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/finalreportevaluationstudypart1-final2008-11-26.pdf>.

14 Study on the Evaluation of the effectiveness and efficiency of Collective Redress mechanisms in the European Union, by GHK, Civic Consulting and Van Dijk Management Consultants, at <http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/finalreport-problemstudypart1-final.pdf>.

15 This was pending the European Parliament resolution of 2 February 2012 on 'Towards a Coherent European Approach to Collective Redress' (2011/2089(INI)), at <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2012-0021&language=EN>.

16 See Hodges, Vogenauer & Tulibacka, 2010.

to introduce them.¹⁷ Third party investors in litigation, a phenomenon not known until recently, are spreading very quickly.¹⁸ Loser pay rules are being changed.¹⁹ Thirdly, one cannot calibrate the civil procedure system: it is not possible to design a system that will have ‘just enough’ private enforcement without abuse, since there are multiple economic incentives involved, and these change from jurisdiction to jurisdiction and are themselves constantly changing. We would end up with either the continuation of the current situation of little private enforcement of small claims and relying on public enforcement and other methods of dealing with market behaviour, or of a major switch to private mass enforcement of private rights that would have a behavioural role that would duplicate public enforcement. This would lead to forum shopping, and duplication, inconsistency and inefficiency in setting standards of behaviour.

If courts are confronted with mass litigation, they usually need a procedural rule to enable them to process aggregated claims, since civil procedure is designed to process individual claims.²⁰ Empirically, very few European courts have been confronted with mass litigation, and a major reason for this is that aspects of market behaviour by traders are designed to be dealt with through regulation and not through litigation. Seventeen Member States have so far introduced some form of collective action procedure, largely within the past decade, but in almost all of these there have been very few cases.²¹ The few cases that have occurred have usually taken several years, at great cost. The case that gave rise to the German 2005 KapMug procedure took ten years to conclude in 2012 that there had been no initial mis-statement by the company (whereas a class action in USA had been settled for a large sum because that was the cheapest way out). See also several cases in Sweden

17 *Reforming Civil Litigation Funding and Costs in England and Wales – Implementation of Lord Justice Jackson’s Recommendations. The Government Response* (Ministry of Justice, 2011).

18 Hodges, Peysner & Nurse, 2012. Veljanovski, 2011.

19 See the proposed introduction of one-way cost shifting for personal injury cases in England and Wales: *Reforming Civil Litigation Funding and Costs in England and Wales – Implementation of Lord Justice Jackson’s Recommendations. The Government Response* (Ministry of Justice, 2011).

20 Experience in England and Wales has been that a specific collective procedure has not been used, since courts apply general case management principles in all litigation, and litigants are subject to requirements and incentives to seek to settle cases.

21 See national reports of the Stanford-Oxford Global Network on Class Actions at globalclassactions.stanford.edu.

and Italy. Cases can, of course, settle, and the Netherlands in particular has incentivised this. Consistent with a national culture of settlement in the Netherlands, the Dutch 2005 Class Action Law (WCAM), has no 'front end' of certification of a class and only a 'back end' in which a settlement that has been agreed by parties can be taken to court for it to be approved and made binding on those who have not opted out.²²

But the fact that there may be mass litigation in some cases does not answer the question of whether that is the only, or preferred, technique for delivering mass redress. Other techniques exist, involving combination of public regulation, self-regulation, negotiation and alternative dispute resolution (ADR).

Public enforcement authorities that have sufficiently wide powers have been shown to be able to deliver redress (i.e. restitution of losses) as part of their enforcement activities. Importantly, such powers can deliver collective redress very swiftly and cheaply—far more so than through private litigation unless it can be settled quickly. The Danish Consumer Ombudsman (principal enforcer of consumer law in Denmark) has had collective redress powers since 2008 to seek a collective court order against a trader to pay restitution,²³ which he has so far not had to use, since reputable companies negotiate repayment plans with him so as to avoid heavier sanctions and damage to their market reputations. Some companies come to him to confess infringements, whilst others are identified through effective systems of market surveillance, in which access to aggregated complaint data (including that collected through the consumer ADR system) plays an important part. The financial services authority in the UK was given a redesigned collective

22 Weber & van Boom, 2011. This procedure has proved popular, and there have been eight large settlements in seven years, although it may have been too enthusiastically embraced, since the latest case, by investors in the Swiss company Converium, involved only 3% of shareholders based in the Netherlands, and gives rise to issues of enforceability by shareholders in other countries' courts who may allege they were not bound.

23 See Hodges, 2008.

redress power in 2010,²⁴ since when it has concluded a series of agreements with companies that they will institute repayment plans with customers.²⁵

These examples of agreed, speedy and low-cost restitution demonstrate that techniques of public regulation and ADR can be highly effective in addressing both repayment of mass small losses and ongoing regulatory scrutiny of traders' behaviour. The American private enforcement technique can deliver the first goal (at great cost) but is not so flexible at the second. This paper will now examine the two separate areas in which debate on collective redress has so far been focused: competition damages and consumer redress.

3. COMPETITION DAMAGES – A CONFUSED EUROPEAN TIME WARP

Competition law appears to be the only area in which the enforcement policy adopted by European public authorities is based solely on deterrence. As noted above, all other public enforcers (consumer protection, health and safety in the workplace, sectors such as pharmaceuticals, telecommunications and services, and protection of the environment) all adopt other policies, in which deterrence may play a part but other approaches are more dominant. European policy on competition enforcement is heavily influenced by American-inspired law and economics theory on deterrence.²⁶ However, the European policy-makers have failed to understand that the architecture of the United States and European legal systems differs, and that techniques cannot simply be transferred.

In the United States, as explained above, 95 to 98 per cent of antitrust enforcement is through private litigation, rather than by public authorities.²⁷ Private enforcement there will inherently produce *both* restitution (damages) and removal of illicit gains—plus, under the deterrence policy, imposition of punitive sanctions through triple damages. The position can be illustrated in Figure 1.

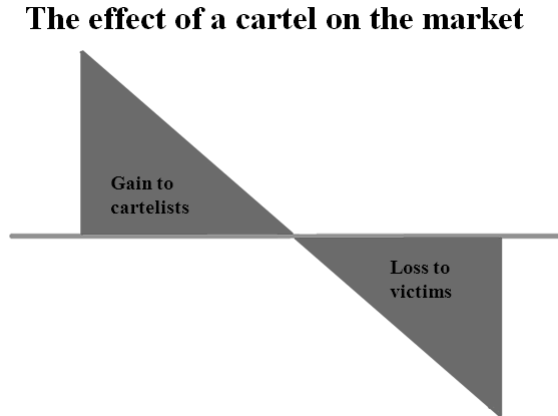
24 See 404 of the Financial Services and Markets Act 2000. The enforcement policy, based on 'restorative justice' principles (rather than a deterrence theory) prioritises disgorgement (restitution), discipline (penalties for offenders) and deterrence, in that order. See <http://www.fsa.gov.uk/pages/Library/Communication/PR/2010/036.shtml>; FSA consultation paper [CP09/19] on enforcement of financial penalties at http://www.fsa.gov.uk/pubs/cp/cp09_19.pdf.

25 Personal communications between the author and the Danish Consumer Ombudsman.

26 See Posner, 1976; Polinsky & Shavell, 2000.

27 Sourcebook of Criminal Justice Statistics Online, available at <http://www.albany.edu/sourcebook/pdf/t5412009.pdf>.

FIGURE 1: The distorting effect of a cartel on a balanced market



In contrast, the European approach to competition infringements has hitherto been focused almost entirely on imposition of fines by public authorities. The adoption of American-style deterrence theory has led to such fines being deliberately high.²⁸ Only recently has the problem been discussed that those harmed by infringements have not received restitution, unless they have been able to bring damages claims under national law.²⁹ However, the policy pursued by the European Commission has been to maintain its regime of public enforcement (and its reliance on a policy that enforcement should be based solely on deterrence theory) and seeking to enable the ability of victims to claim private damages for their losses by separate private procedures (added on).³⁰ Thus, the left side of the graph in Table 1 remains public enforcement with deterrent fines, and on the right

28 In 2009 the European Commission adopted six cartel decisions, imposing a total of EUR 1.62 billion in fines on 43 undertakings: *Report on Competition Policy 2009* COM(2010)282, 3.6.2010.

29 Case C-453/99 *Courage and Crehan* [2001] ECR I-6297. Waelbroeck, Slater & Even-Shoshan, 2004. More recent data, notably from Germany, indicates that the level of claims and/or settlements is considerably higher than was thought: see Peyer, 2010.

30 European Commission (EC), White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules COM(2008) 165, 2.4.2008. Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, SEC(2008) 404 ('Staff Working Paper'). Commission Staff Working Document accompanying the White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules: Impact assessment, SEC(2008) 405 ('Impact Assessment Report').

side is added privatised enforcement. Further, fines imposed have had no relation to the level of distortion in the market (the angle of the line on the graph) since they have been based primarily on a percentage of turnover of the infringer³¹ (on the theory that the impact of deterrence is a function of the size of the business).

Commissioner Kroes' 'add-on' proposal in 2008 met with strong political opposition and failed.³² It appears that Commissioner Almunia is intending to repeat the same approach. He adheres to deterrence theory, that it should be achieved through maintaining a high level of fines that were appropriate when deterrence was achieved only through public enforcement without private enforcement, and that collective actions should be added on—miraculously without producing abuse,³³ but without explaining how.³⁴

There will be various results if current thinking is pursued. Firstly, private enforcement will occur in some cases and not others. Secondly, victims are still faced with having to bring mass claims, especially overcoming the economic barriers that face any mass litigation. In order to address those barriers, the levers would be to introduce collective procedures, and to increase the economic incentives for funders through no cost-shifting rules, incentivising funding by lawyers and third parties (which is happening anyway), and similar techniques. The problems of controlling against 'abuse', discussed above, arise afresh. Thirdly, a confrontational culture will be entrenched in which business objects that it is given no credit for adopting best practice to control internally against infringements³⁵ and consumers with small claims do not receive redress.³⁶ Fourthly, the authorities, whose primary goal should be to see that a balanced competitive market is maintained (that the graph

31 Guidelines on the method of setting fines pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003, 2006/C 210/02, paras 19 and 21.

32 Tait, 2009. See Letter from the Presidents of the Association of German Chambers of Industry and Commerce (DIHK), the Association of German Banks (BdB) and the German Insurance Association (GDV) to President Barroso, 8 May 2009.

33 Statement by Commissioner Almunia at the European Parliament, IMCO Committee, Public Hearing on Collective Redress in Antitrust, held on 22 September 2011.

34 Wils, 2003; Kortmann & Swaak, 2009. The latter is a strong attack on DG COMP's proposals, arguing that they will lead to 'overcompensation' and messing up national rules, especially in relation to "passing on" of loss and limitation periods. They do not see empirical evidence on which to found a proposal.

35 Hofstetter & Ludescher, 2011.

36 See speech by P Houghton of *Which?* at the European Competition Summit, 2011.

returns to a straight line), will have failed to have produced that result and will be unable to determine the extent of deviation from that result: they will not know when restitution was paid and by how much, and they will not know to what extent the illicit gains have been removed, or the real effect that sanctions have had on the infringer or on anyone else in the market.

There is no realisation by policy-makers, firstly, that if restitution were made it would inherently rectify the unbalanced market, secondly, that restitution can (and should) be achieved *before* imposition of sanctions, and that the public authorities could achieve those goals if they had appropriate powers (as noted above). The log-jam in the problem is the Commission's enforcement policy.³⁷ No real progress can be achieved in relation to competition damages and enforcement without a fundamental review. Fortunately, the position on consumer redress has made substantial progress and is set to deliver real benefits for consumers, traders and the health of the market: we now turn to that but first note some important empirical research data.

4. NEW EMPIRICAL EVIDENCE OF COMPETITION PROBLEMS AND PATTERNS OF LITIGATION

A research study on private enforcement of competition law in the EU from 1999 has revealed highly relevant data and findings about the types of problems that are arising and being litigated.³⁸ The findings included:

- far more private enforcement cases have been brought than were thought to have existed in all large Member States;
- private enforcement of competition law is mostly used by businesses in commercial contract (B2B) disputes, often as one of a number of arguments that are primarily about contract law rather than competition law, and sometimes raising competition arguments as defences; accordingly, the question arises whether competition law could be better integrated within other commercial or consumer trading law and systems, so as to be more effective;

³⁷ Hodges, 2011.

³⁸ AHRC Research Project on EU Competition Law: Comparative Private Enforcement and Collective Redress in the EU 1999-, led by Professor B Rodger of Strathclyde University, see www.clcpecreu.co.uk; results were reported at a conference held in London on 15 September 2012.

- speed of response to competition infringements is of paramount importance, so injunction remedies are far more important than delayed damages actions;
- there have been almost no small value mass consumer claims based on competition law in any Member State. The reasons are multiple, including the inherent complexity of competition law and of establishing issues such as dominance or that a cartel exists, problems of proving quantum of damage, high cost of both litigation and distribution of funds, grossly disproportionate and unattractive cost-benefit ratios for funders of litigation. It was questioned whether litigation could ever be an effective answer to such problems in the European context.

5. CONSUMER REDRESS AND ADR

We turn now from competition law issues to the different world of enforcement of general consumer protection law. Dispute resolution has traditionally been analysed on the basis that the courts are the ultimate paradigm, and that ‘alternative’ techniques can occur within the shadow of the courts, such as private arbitration and mediation or conciliation. Yet, as noted above, courts are often too slow and costly to handle small claims that are typical of consumers’ disputes with businesses. Courts are also not user-friendly for today’s citizens. Consumers do not want to waste time in lodging formal documents in court, to have to cope with unfamiliar court processes, to attend hearings, to pay lawyers, to risk having to pay opponents’ costs, to await results, to have to seek enforcement, and to see companies repeating the same mistakes. Even including mediation processes into court procedures does not solve all these problems. Consumers cannot be compelled, before or at the time of purchase, to agree to dispute resolution through arbitration.³⁹ So how can small individual disputes be resolved whilst general market behaviour be controlled? The answer does not lie in courts or ‘private enforcement’ but in the separate world of Consumer ADR (CDR), which has developed into its own unique world, with its own architecture.

³⁹ See European Convention on Human Rights, art 6; and Case C-168/05 *Mostazo Claro* [2006] ECR I-10421 and Case C-40/08 *Asturcom Telecomunicaciones SL v Cristina Rodríguez Nogueira* [2009] ECR I-9579.

In the past decade, ADR has been included within court procedures.⁴⁰ But a separate structure of CDR has been constructed, unnoticed by many people. The components of this structure have developed in different ways, at different speeds in different Member States, so there is little overall cohesion. But the main elements are identifiable, and general principles can be applied.⁴¹ A European Code of Conduct for Mediators was published in 2004, which requires mediators to have competence, independence and impartiality. It states that a mediator must keep confidential all information arising out of or in connection with a mediation, including the fact that the mediation is taking place or has taken place, unless compelled by law or public policy to disclose it. Any information disclosed in confidence by one of the parties must not be disclosed without permission to the other parties, unless compelled by law.⁴²

A cross-border network has existed since 2001 to transmit complaints between official bodies in Member States, which are then directed at the local trader or a relevant CDR body. There is a standard consumer claim form.⁴³ It began as the Extra-Judicial Network (EEJ-Net)⁴⁴ and was subsequently renamed the European Consumer Centres Network (ECC-Net).⁴⁵ Over time, many of the ECC offices have found themselves performing conciliation services, and 'leaning' on traders to settle disputes, using their official status and close links with regulatory authorities. The ECCs have handled around 50,000 or more complaints annually, involving products and services, often relating to contract terms. The main sector concerned by far

40 In addition to the mediation Directive noted above, see also Commission Recommendation 98/257/EC on the Principles Applicable to the Bodies Responsible for Out-of-Court Settlement of Consumer Disputes, at <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:115:0031:0034:EN:PDF>>.

41 Commission Recommendation 2001/310/EC on the Principles for Out-of-Court Bodies Involved in the Consensual Resolution of Consumer Disputes, at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:109:0056:0061:EN:PDF>.

42 European Code of Conduct for Mediators, at <http://europa.eu.int/comm.justice_home/ejn/adr_ec_code_conduct_en.pdf>.

43 http://www.eejnet.org/filing_complaint.

44 Council Resolution of 25 May 2000 on a Community-wide network of national bodies for the extra-judicial settlement of consumer disputes, OJ C 155/1, 6.6.2000.

45 http://europa.eu/legislation_summaries/other/l32043_en.htm.

has been air transport, and a large number of complaints also concerned on-line transactions (55%).⁴⁶

Sectoral cross-border CDR networks are emerging. FIN-NET (Financial Services Complaints Network)⁴⁷ was established in 2001 to link 50 CADR schemes for disputes in financial services. In 2009, FIN-NET reported 1,523 cross-border cases, of which 884 were in the banking sector, 244 in the insurance sector, 410 in the investment services sector, and 4 that could not be attributed to one sector. In 2011, a network of energy sector ombudsmen was formed.

A number of sectoral EU Directives either encourage or require traders to belong to an ADR scheme. This is encouraged for e-commerce,⁴⁸ postal services,⁴⁹ financial instruments,⁵⁰ and services,⁵¹ and included in the draft Common European Sales Law.⁵² It is required for telecoms,⁵³ energy,⁵⁴ consumer credit⁵⁵ and payment services.⁵⁶

A 2005 study by Leuven found that since many ADR schemes and methods are used, and every Member State has put in place an unique mix, it was not clear how a single 'ideal' ADR system could be proposed, but full national coverage would be desirable.⁵⁷ A 2009 study suggested that there were 750 consumer-to-business ADR systems across the EU.⁵⁸ In 2011 a Commission consultation on ADR stated that ADR had not achieved its full

46 See http://ec.europa.eu/consumers/ecc/key_facts_figures_en.htm.

47 See http://ec.europa.eu/internal_market/finances-retail/finnet/index_en.htm (accessed July 2008).

48 Directive 2000/31/EC of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market.

49 Directive No 2008/6/EC.

50 Directive No 2004/39/EC.

51 Directive 2006/123/EC, art 27.

52 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, COM(2011) 635, 11.10.2011, Annex, art 13.1(g).

53 Directives No 2009/136/EC and No 2009/140/EC; OJ L337, 18.12.2009 p.11 & 37.

54 Directives No 2009/72/EC and No 2009/73/EC; OJ L 211, 14.8.2009 p. 55 & 94.

55 Directive No 2008/48/EC.

56 Directive No 2007/64 /EC.

57 Stuyck and others, 2007.

58 Civic Consulting, *Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the European Union*, 16 October 2009 http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/adr_study.pdf.

potential, and that in 2009 only 6.6% of the cross border complaints received by the ECC-Net had been transferred to an ADR scheme.⁵⁹

In November 2011, the European Commission published proposals⁶⁰ for a Directive on Consumer ADR⁶¹ and a Regulation to establish a web-based ODR (online dispute resolution) platform⁶² to which consumers across the EU could direct a complaint, which would refer the complaint to the correct national body. These proposals seek that application to national as well as cross-border disputes, and full national coverage of all types of disputes. However, not all Member States currently have full coverage, there is some reluctance by governments to find funds to provide full coverage, or to impose the cost of a privatised scheme on business. In some Member States, sectors argue that they currently handle disputes satisfactorily through in-house customer relations functions, and do not need to pay for anything else.

6. THE CURRENT LANDSCAPE OF CDR BODIES

There are differences in the national architectures of CDR systems, in the number of sectors that are covered by individual schemes, and in whether coverage is comprehensive.⁶³

In Nordic states, the priority rests with information and advice to consumers, from local government Advice Bureaux, with specialist State-sponsored bureaux for important sectors such as financial services, insurance and telecoms. These bureaux are linked with the Consumer Agency, which provides national coordination and extensive web-based advice. If post-purchase issues arise, the bureaux can assist in advising on how to seek solutions, but disputes can be taken either to a sectoral CDR Board or to the national CDR Board (the ARN). The procedure in these Boards is based

59 Consultation paper on the use of Alternative Dispute Resolution as a means to resolve disputes related to commercial transactions and practices in the European Union (European Commission, January 2011), available at http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/dgs_consultations/ca/docs/adr_consultation_paper_18012011_en.pdf.

60 See Communication by the European Commission on "Alternative Dispute Resolution for consumer disputes in the Single Market", COM(2011) 791/2.

61 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Directive on consumer ADR), COM (2011) 793/2.

62 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on online dispute resolution for consumer disputes (Regulation on consumer ODR), COM(2011) 793/3.

63 Models in ten Member States have been examined in Hodges, Benöhr & Creutzfeldt-Banda, 2012.

on an arbitration model, where there is a neutral chair sitting with two other members, one from a list of consumer representatives and another from a business list.

The arbitration model is also found in Spain, with a network of consumer arbitration Boards funded by regional authorities, and free to consumers and traders. Some sectoral ombudsmen have recently emerged.

Portugal also has a mediation-arbitration model, with judges or others sitting as single arbitrators, with a small number of sectoral schemes (financial services, insurance, motor vehicles). Adherence is high for some schemes, but the model is based on metropolitan centres, and there are problems of national coverage and funding.

In most Central and Eastern European (CEE) states, consumers may complain about traders to a CADR function that is located within the national consumer authority (a legacy of Soviet architecture). Examples are the Trade Inspection in Poland and the State Consumer Enforcement Authority in Lithuania.

In the Netherlands, sectoral Boards (*geschillencommissie*) have been created over 40 years on a single model, administered by a single foundation, whose costs are paid by the state (20 per cent) and by trade associations (80 per cent). Every Board therefore operates on the same, transparent model, involving panels of three-person arbitration. For financial services, there is a three tier structure, with complaints going first to an ombudsman, then a *geschillencommissie*, then an appeal board. There is very wide coverage, but no residual body, for example for disputes with traders who are not members of trade associations and have not voluntarily joined the *geschillencommissie* system.

In the United Kingdom, there are some statutory ombudsmen (financial services, pensions, lawyers), some private sector ombudsmen (telecommunications, energy, housing) and some private sectoral dispute resolution schemes, usually operating to resolve disputes under codes of business practice (travel, motor vehicles). There is wide coverage, but no residual facility.

In Germany, some complaints may be made to regulators (telecoms and energy to the Bundesnetzagentur or financial service to the Bundesbank, but these have low usage), there are various bank and insurance ombudsmen, and ombudsmen are being established in a growing number of other sectors (transport).

France has complaint mechanisms for financial services, energy and telecoms, and a number of in-house *médiateurs*.

Belgium has some sectoral ombudsmen and has created in 2011 a state-sponsored web platform that can direct consumers to the correct sectoral CDR scheme. The government is now working with business sectors to create a sufficient number of sectoral schemes. It might construct a single integrated system.

7. COMPARATIVE OBSERVATIONS ON CDR BODIES

Various observations can be drawn about the structure and performance of current CDR schemes.⁶⁴

Firstly, those states that provide effective and easily accessible information and advice to consumers (and traders) seem to have lower levels of problems. In every country, the first priority in responding to problems is to direct consumers to contact traders. Traders should be given an adequate time to solve the problem, but not an indefinite time. After that stage, consumers should have the opportunity to contact a CDR scheme. In the Nordic and CEE states, there is a single, national CDR scheme that can accept any type of dispute, and so provides a residual function with full coverage. In the Netherlands and United Kingdom, the model is that many sectors have CDR schemes, but without a residual function. It may be that large traders have strong customer relations functions, which both seek to attract all customer feedback and to resolve any problems quickly. In contrast, smaller traders who have less resource and reputation may benefit from having a CDR scheme to assist in capturing issues that they should focus on.

The techniques that are used by CDR schemes are familiar: a stage of mediation/conciliation and/or a stage of reaching a decision to resolve a dispute (adjudication, whether binding or not). Indeed, the best CDR systems operate by sequencing those techniques, and resolve the majority of issues at the earlier stages. At the final stage, the number of disputes that need a decision to be taken by an independent third party is often far lower than the number of initial contacts, and the number of contacts that became formal cases.

The models within which CDR providers operate have developed over time. The model thirty years ago, involving a panel of three ‘arbitrators’, was

⁶⁴ See Hodges, Benöhr & Creutzfeldt-Banda, 2012.

influenced by models of courts plus a desire to have balances representation, as in arbitration. More recently created ombudsmen systems have case handlers at initial stages, and escalate unresolved cases to single more senior staff and ultimately to a single ombudsman (large organisations may contain multiple staff qualifying as an ombudsman). The three-person panel may have the advantage of symbolic representation, individual expertise of panel members, and a guard against bias. But the one-person model is quicker and usually cheaper. Different models may be appropriate in different situations.

Ombudsmen or CDR functions have frequently been created as integral parts of new regulatory regimes for sectors, such as in financial services, telecoms, and energy. The CDR function may be intended to be a means of processing an increase in simple disputes that arise as a result of new regulatory obligations. But an equally important function may be to capture the nature and incidence of the main types of issues that arise in the sector. This aggregated data can be fed back to traders, regulators, consumers, trade associations, the market, and the media. Hence, CADR bodies and regulators increasingly move away from traditional confidentiality of the details of disputes, and publish data. This transparency provides the ability for aggregated small complaints to have behavioural effect, as referred to at the start of this paper. The system therefore operates as ‘CDR as regulation’ as well as solving small individual disputes. It can be supplemented by giving regulators strong powers to influence or order mass redress, subject to court supervision.

The other reason for making data transparent is to enhance the democratic accountability and level of trust in the third party CDR scheme and its decision-makers. Any non-court assistance in dispute resolution involves private citizens who are not state-appointed judges. There needs to be confidence that mediators or others who make decisions about legal rights can be trusted. Their jurisdiction should be proportionate to their independence and expertise. Hence CDR schemes must operate to adequate levels of quality and performance. The 2001 Recommendation sets out the basic criteria, but needs to be reviewed and modernised. CDR schemes should also publish data on their performance against key indications, such as duration, cost, throughput, and outcomes.

Many CDR schemes make decisions on the basis of law, but many apply higher standards contained in business codes of practice. Some CDR schemes make decisions on the basis of the law, but some on the basis also of fairness

or equity. Business can sometimes object that there is confusion over whether more than one set of standards are being applied, although this effect can also occur with courts.

CDR schemes are good at applying clear law to simple facts. They are not always so appropriate for clarifying what the law is. That is a core function of courts. There therefore has to be a new relationship between courts and CDR. The function of one could be described as declaration, the other as application. Some CDR schemes have begun to refer points of law to courts, or to regulators. Courts should refer simple cases back to CDR schemes, for proportionate resolution, just as many CDR schemes refer cases between themselves to that which has the relevant sectoral expertise.

There is no suggestion that access to courts should be denied. The ECJ case has shown that even mandatory out-of-court procedures for the settlement of disputes between consumers and providers can be legal provided the *right* to bring an action before the courts for the settlement of disputes is maintained.⁶⁵ This is largely a question of sequencing, rather than access. English courts require litigants to take appropriate steps to settle cases, both before and during the court process, and may impose costs sanctions for unacceptable behaviour.⁶⁶

Some CDR schemes (especially those based on post-sale agreement to arbitration) impose a cost on consumers, but the clear majority are free to consumers. It is striking that business sectors can completely change their attitude to CADR, and where they operate in stable and competitive markets they can insist on the value of CADR, whether to reduce the cost of claims being diverted unnecessarily to courts by lawyers, or because of the value of the 'regulatory feedback' effect noted above.

Some CDR schemes are binding on the consumer, where they have to agree to this process after a dispute has arisen, but most schemes are not binding on consumers until they agree to the outcome of the mediation or suggested decision. The decisions of some CDR schemes are imposed as binding on traders by law (UK statutory financial services scheme) or by prior voluntary agreement that members will adhere to decisions (the Netherlands, some in

⁶⁵ Case C-317/08, C-317/08, C-319/08 and C-320/08, *Rosalba Alassini v Telecom Italia SpA*, *Filomena California v Wind SpA*, *Lucia Giorgia Iacono v Telecom Italia SpA* and *Multiservice Srl v Telecom Italia SpA*, March 18, 2010.

⁶⁶ English Civil Procedure Rules, r 44.5(3).

UK and Germany). Where ‘decisions’ are not binding (Nordics), other ‘name and shame’ techniques can be used, and compliance with recommendations is usually fairly high.

8. CONCLUSIONS

We are seeing new solutions emerging for old problems, since the old problems have not been solved by previous solutions. Some people may find the new solutions too revolutionary, but the new approaches have already spread widely, and are continuing to spread. The 21st century is taking a holistic approach to issues such as regulation and redress, and public and private enforcement, which were previously thought to exist in separate compartments that had little relation to each other. Now, the barriers between the compartments are breaking down, and we see public regulators delivering private redress, and new forms of dispute resolution delivering regulation. The real questions that need to be asked are: what solutions work? How much do different solutions cost? How long do they take? Which options deliver best outcomes?

In answering these questions, we are seeing some ‘thinking outside the box’, which is imaginative and offers considerable promise. Collective actions might be largely consigned to history, but collective redress has a healthy future if regulatory and CDR mechanisms are embraced. The intelligent design of regulatory and CDR systems can offer solutions to the conundrums posed at the start of this paper on how to deliver access to justice for small claims, and how to affect the behaviour of traders. These are European solutions that differ from the American model of private enforcement. They are more attuned to European principles of solidarity, culture and proportionality.

The future may see considerable consolidation in CDR schemes. They can operate well as methods of dispute resolution for small claims. They appear to have captured many small consumer claims that would otherwise not be brought in courts, because they are user-friendly, quick and cheap. Many have overcome the proportionality barrier that affects courts. CDR schemes also have considerable potential to operate as part of efficient and effective regulatory systems, feeding back aggregated data on markets and traders, and supporting the achievement of high standards. They are likely to be particularly useful in supporting compliance with regulation by SMEs. However, almost every Member State will need to review its existing structure of CDR bodies and how they operate, if this technique is to realise its full potential in delivering effective outcomes.

REFERENCES

- AYRES & BRAITHWAITE, J.
1992 *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, New York: Oxford University Press.
- CAFAGGI, F. & MICKLITZ, H.-W. (eds.)
2009 *New Frontiers of Consumer Protection. The Interplay between Private and Public Enforcement*, Mortsel: Intersentia.
- CAMARRA LAPUENTE, S. (ed)
2012 *La Revisión de las Normas Europeas y Nacionales de Protección de los Consumidores*, CIVITAS/Thomson Reuters.
- EISENBERG, T. & MILLER, G. P.
2010 “Attorney Fees and Expenses in Class Action Settlements: 1993-2008”, *Journal of Empirical Legal Studies*, 7: 248-281.
- FARHANG, S.
2010 *The Litigation State. Public Regulation and Private Lawsuits in the U.S.*, Princeton University Press.
- HODGES, C.
2006 “Europeanisation of civil justice: trends and issues”, 1 *Civil Justice Quarterly*, 96-123.
2008 *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems: A New Framework for Collective Redress in Europe*, Oxford: Hart Publishing.
2009 “From Class Actions to Collective Redress”, *Civil Justice Quarterly* 28: 1, 41-66.
2011 “European Competition Enforcement Policy: Integrating Restitution and Behaviour Control. An Integrated Enforcement Policy, Involving Public and Private Enforcement with ADR”, (2011) 34(3) *World Competition*, pp. 383.
- HODGES, C., BENÖHR, I. & CREUTZFELDT-BANDA, N.
2012 *Consumer ADR in Europe*, Oxford: Hart Publishing.
- HODGES, C., PEYSNER, J. & NURSE, A. A.
2012 *Litigation Funding: Status and Issues*, Oxford: Centre for Socio-Legal Studies, Oxford and Lincoln University.
- HODGES, C., VOGENAUER, S. & TULIBACKA, M.
2010 *The Costs and Funding of Civil Litigation*, Oxford: Hart Publishing.

HOFSTETTER, K. & LUDESCHER, M.

2011 “Fines against Parent Companies in EU Antitrust Law: Setting Incentives for ‘Best Practice Compliance’”, (2011) *World Competition*, 55-76.

KAGAN, R. A.

2001 *Adversarial Legalism*, Boston: Harvard University Press.

KORTMANN, J. & SWAAK, C.

2009 “The EC White Paper on Antitrust Damage Actions: Why the Member States are (Right to be) Less Than Enthusiastic”, *European Competition Law Review* pp. 140.

LEE III, EMERY G. & WILLGING, T. E.

2010 *Litigation Costs in Civil Cases: Multivariate Analysis*, Washington, D.C.: Federal Judicial Center.

PEYER, S.

2010 *Myths and Untold Stories – Private Antitrust Enforcement in Germany*, University of East Anglia, Centre for Public Policy, Working Paper 10-12, July 2010, available at <http://ssrn.com/abstract=1672695>.

POLINSKY, A. M. & SHAVELL, S.

2000 *The Economic Theory of Public Enforcement of Law*, Stanford Law School, John M Olin Programme in Law and Economics, Working Paper No 159.

POSNER, R. A.

1976 *Antitrust Law. An Economic Perspective*, Chicago: The University of Chicago Press.

STUYCK, J. AND OTHERS

2007 *Commission Study on alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceedings* (Catholic University of Leuven, January 17, 2007, issued April 2007), available at: http://ec.europa.eu/consumers/redress/reports_studies/index_en.htm.

TAIT, N.

2009 “Future of European antitrust proposals in doubt”, *Financial Times*, 3 October 2009.

VELJANOVSKI, C.

2011 “Third Party Litigation Funding in Europe”, *Journal of Law, Economics & Public Policy* forthcoming, available at <http://ssrn.com/abstract=1971502>.

2011 *Third Party Litigation Funding. Facts and estimates for the UK*, London: Case Associates.

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

2004 *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, London: Ashurst.

WEBER, F. & VAN BOOM, W. H.

2011 “Dutch Treat: The Dutch Collective Settlement of Mass Damage Act (WCAM 2005)”, *Contratto e Impresa/Europa*, No 1, 69-79.

WILS, W. P. J.

2003 “Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?” (2003) 26(3) *World Competition*, 473-488.

ARBITRATION AND EU COMPETITION LAW

*Dr Assimakis P. Komninos**

ABSTRACT: *This article examines the relationship between commercial arbitration and EU competition law. Arbitration is a generally accepted method for the resolution of international business disputes and, for antitrust enforcement purposes, it represents another forum for the application of the competition rules. There is nowadays no doubt that EU competition law disputes can be submitted to arbitration (they are arbitrable), notwithstanding their public policy (ordre public) nature. After the 2004 modernisation reforms, exactly like courts, arbitrators have full competence to apply the whole of Article 101 TFEU, including its third paragraph. Arbitration is not an organ of the Member States and therefore Articles 4(3) TEU and 16 Regulation 1/2003 are not directly binding on it. However, arbitral awards can be reviewed by EU-based State courts on public policy (ordre public) grounds, and this constitutes the ultimate and most efficient safeguard for the respectful application of the EU competition rules by arbitrators. To the extent an arbitral award may be reviewed and set aside on such grounds, the arbitrators should exercise caution when applying EU competition law and should even proceed to apply it of their own motion (ex officio).*

SUMMARY: Introduction. I. Modernised EU Competition Law and Arbitration. 1. From Distrust to Embrace. 2. How Competition Law Issues Arise in Arbitration. 3. Arbitrability of EU Competition Law. 4. Competences of Arbitrators in the Decentralised System of Enforcement. II. The Application of EU Competition Law by International Arbitration Tribunals. 1. EU Competition Law as Applicable Law in Trans-border Disputes in General. 2. The Specific Case of Arbitration. III. The Institutional Position of Arbitration in Its Relationship with the European Commission. 1. Arbitration Is not Covered by the Cooperation Duties of Regulation 1/2003. 3. A Notice on Cooperation with Arbitrators? IV. Conflicts of Resolution Between Arbitration and Competition Authorities. 1. Arbitration and Article 16 of Regulation 1/2003. 2. General Exclusion of Arbitration

* White & Case LLP, Brussels; University College London, London. A similar version of this article was published as a contribution to J. Basedow, S. Francq & L. Idot (Eds.), *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination* (Oxford/Portland, 2011), pp. 191-222. It is reproduced here by kind permission of Hart Publishing.

from the Courts Cooperation Notice. 3. A Notice on Cooperation with Arbitrators? IV. Conflicts of Resolution Between Arbitration and Competition Authorities. 1. Arbitration and Article 16 of Regulation 1/2003. 2. Arbitration and National Laws Conferring a Binding Effect on NCAs' decisions. 3. Direct Intervention by the Commission as an Exceptional Corrective Mechanism. V. The Ultimate Safeguard: The Public Policy Control of Arbitral Awards. 1. *Eco Swiss*. 2. The Extent of the Public Policy Control. 3. A Proposed Balanced Approach for Review of Arbitral Awards. Conclusions.

INTRODUCTION

Any discussion of application of EU competition rules by courts, especially in the transnational context, cannot ignore arbitration. Arbitration is long-recognised by states as a dispute resolution mechanism alternative to litigation. It is the creation of the private autonomy of the parties, who withdraw the regulation of their disputes from state justice through a contract, the arbitration agreement. The arbitrators are called upon to resolve a certain dispute that has been submitted to them by the parties and do so by applying the law that is applicable to the merits of the dispute.¹ To designate that law, they must, like state courts, have access to private international law methods.

The agreement to arbitrate is an enforceable contract that binds the parties and excludes the courts' jurisdiction to deal with the dispute. The arbitrators' final decision, the arbitral award, produces the same fundamental effects like judgments: it enjoys *res judicata* and, subject to certain formalities, is enforceable. In most developed legal systems, courts may not review arbitral awards in their substance (*révision au fond*), except for very narrow grounds, and may set them aside or refuse their recognition or enforcement, if certain conditions are met, which are rather exceptional, especially in the case of foreign arbitral awards.

In the following chapters, we examine, first, the historical dimension of the position of arbitration in the context of competition law enforcement, second, the powers of arbitrators to apply EU competition law, third, the private international law questions pertaining to the main theme, fourth, the links between arbitration and competition authorities (notably the European

¹ This may be the law of a state, but also legal principles not connected to any particular state, of a transnational nature. Such can be the *lex mercatoria* or the international law merchant, or the *UNIDROIT Principles of Contract Law*. Arbitrators may also be bound to decide by reference to no law whatsoever, usually *ex aequo et bono* or as *amiables compositeurs*. For more details Berger 1999; Rubino-Sammartano 1992; Gaillard and Savage (Eds.) 1999: 801 *et seq.*; Marrella 2003: 1158 *et seq.*

Commission), and finally, the question of the review of arbitral awards on public policy grounds.

I. MODERNISED EU COMPETITION LAW AND ARBITRATION

1. From Distrust to Embrace

In the early stages of EU competition law enforcement, arbitration was seen quite suspiciously by the antitrust enforcement milieu. This suspicion, not to say hostility, was due to the fear that arbitration could be used by companies as a dangerous platform to break the antitrust rules, without risking detection by the Commission, national competition authorities or state courts.² The specific characteristics of confidentiality, neutrality and finality of arbitration were seen as particularly alarming.³ Such a possibility was correlated with anecdotal evidence that international arbitrators sitting in non-EU jurisdictions, which were important arbitration centres, were not paying due deference to the EU competition rules.⁴

The arbitration milieu, on its part, initially saw EU competition law and the wide powers of enforcement of the European Commission with some suspicion, if not fear. The public policy nature of the competition rules and the fact that, until comparatively recently, these rules were not considered arbitrable, created a rather defensive attitude of arbitrators who were usually preferring to avoid dealing with such problematic questions, rather than risk their awards' non-enforcement or annulment on public policy or non-arbitrability grounds.⁵ At the same time, arbitration specialists rejected what they saw as the Commission's interventionist and disrespectful approach vis-à-vis arbitration.⁶

2 See Werner 1995: 23, referring to a real case: Two EU companies had concluded an agreement infringing Art. 101 TFEU. The agreement was subject to Swiss law and arbitration took place in Switzerland. Only one copy of the agreement existed, and this was hidden in a Swiss bank. When the dispute started, the arbitrators were asked to examine the contract, but not to mention it in their decision.

3 See Werner: 23-24.

4 See Werner: 23; Baudenbacher 2003: 341-343.

5 See Shelkopyas 2003: 160, fn. 49.

6 Initially, the Commission had imposed duties on private parties, through some old individual and block exemptions, to notify to it arbitration proceedings and arbitral awards. The Commission had also intervened once in the past to enjoin parties from enforcing an arbitral award that was considered objectionable. See further Komninos 2001.

This state of affairs has changed profoundly in the last fifteen years.⁷ The Commission stopped obliging the parties to an exempted agreement to notify future arbitral awards, and current block exemption regulations do not contain provisions on the withdrawal of the block exemption's protection in the event of an offending arbitral award.

Indeed, of late, one may even speak of an embrace of arbitration by the Commission as an alternative dispute resolution mechanism that can be complementary and ancillary to competition law enforcement. Thus, there has been a whole series of merger decisions,⁸ clearing concentrations subject to certain conditions or obligations, one of which is recourse to arbitration for certain disputes. In those cases, arbitration is used as a procedural remedy that ensures that parties comply by their – usually – behavioural commitments. The same has also happened in the antitrust area with some pre-2004 exemption decisions pursuant to Article 101(3) TFEU⁹ and some post-2004 commitment decisions pursuant to Article 9 of Regulation 1/2003.¹⁰ This “delegation” of competition law enforcement to private justice constitutes a clear indicator of complementarity between arbitration and competition law.¹¹

The same change of climate can be sensed in the arbitration side. Arbitrators currently feel much more at ease with competition rules and apply or refer to them as a matter of course, indeed, exceptionally they even raise them *ex officio*.¹² Arbitrators and arbitration specialists have also seen positively the recent embrace of arbitration by the Commission and the proposed use of

7 See Komninos 2001: 216 *et seq.*

8 See further Idot 2000; Blessing; Blanke 2006; Heukamp 2006; Blanke 2007; Blanke and Sabahi 2008.

9 See e.g. Commission Decision 89/467/EEC of 12 July 1989 (*UIP*), OJ [1989] L 226/25; Commission Decision 96/546/EC of 17 July 1996 (*Atlas*), OJ [1996] L 239/23; Commission Decision 99/781/EC of 15 September 1999 (*British Interactive Broadcasting/Open*), OJ [1999] L 312/1; Commission Decision 93/403/EEC of 11 June 1993 (*EBU/Eurovision System*), OJ [1993] L 179/23, renewed in Commission Decision 2000/400/EC of 10 May 2000 (*Eurovision*), OJ [2000] L 151/18. See Komninos 2001: 217; Blanke 2008a: 236 *et seq.*

10 See e.g. Commission Decision 2005/396/EC of 19 January 2005 (*Joint selling of the media rights to the German Bundesliga*), OJ [2005] L 134/46; Commission Decisions of 14 September 2007 (*Opel, Toyota Motor Europe, Fiat and DaimlerChrysler – Access to technical information*).

11 The term “delegation” is not used in the strictly legal sense, but rather in a political science one. Indeed, legally speaking, the public enforcement powers of the Commission cannot be delegated to private parties (trustees, arbitrators or other experts); compare case T-201/04, *Microsoft Corp v. Commission*, [2007] ECR II-3601, para. 1264 *et seq.*

12 See generally Radicati di Brozolo 2005: 445 *et seq.*; Blanke and Nazzini 2008-2009: 79 *et seq.*; Van Houtte 2008: 65.

arbitration in Commission decisions.¹³ This has meant increased opportunities for arbitration in an area where its flexibility, informality and swiftness can be critical.

2. How Competition Law Issues Arise in Arbitration

Arbitrators usually come across competition law issues in an incidental way. In most cases there will be a contractual dispute and the competition law question will be raised as a defence by the defendant. The contract – typically a distribution, licensing or cooperation agreement – will contain an arbitration clause and the plaintiff will advance claims based on breach of contract, while the defendant will raise the anti-competitive nature and nullity of the contract (shield litigation).

However, EU competition law can also be pleaded as a sword before arbitrators. This could happen in case of a co-contractor's damages claim because of harm incurred through his counter-party's violation of the competition rules or in a similar case involving a member of an illegal cartel and his direct purchasers. In most of these rather rare cases, typically, there will be a pre-existing arbitration clause (*clause compromissoire*). On the other hand, it is rare to see a non-contractual liability case be decided by arbitrators, if there is not yet any arbitration clause, since it would be almost impossible for the litigants to conclude an arbitration agreement after the dispute has arisen (*compromis*).

In sum, the way a competition law-related dispute arises before the arbitrators bears no difference at all from the way it comes before the courts.

3. Arbitrability of EU Competition Law

An old question of theoretical and practical significance has been the “arbitrability” of competition law-related disputes, i.e. whether the parties to an arbitration clause can submit to arbitration such disputes and whether the arbitrators themselves have the power to decide them. It is basically the contractual nature of private arbitration that gives rise to this question. Arbitration is the creation of private autonomy and, for this reason, it has long been debated whether disputes concerning laws protecting the public interest can be settled and submitted to arbitration.

¹³ See e.g. Blessing 2006: 194-197 and generally Blanke and Nazzini 2008-2009.

Then, competition law by definition places limits upon private autonomy.¹⁴ First, if we take Article 101 TFEU as our paradigm, the nullity of anti-competitive agreements is absolute and must be raised by courts *ex officio*, notwithstanding the will of the litigants. Second, during the civil proceedings, a competition authority may wish to intervene as *amicus curiae* and make submissions if the protection of the public interest so requires. Third, parties cannot settle their disputes through an in-court or out-of-court settlement that runs counter to competition law. Last, private parties cannot dispose of the antitrust rules or exclude their applicability. This has important consequences for the treatment of the competition rules in the course of a dispute both domestically and internationally.

Domestically, the Treaty competition rules constitute mandatory public law provisions,¹⁵ primarily aiming at safeguarding the public interest and thus restricting freedom of contract (*ius cogens, dispositions impératives, zwingende Bestimmungen*). The General Court has stressed that “*the public policy nature of competition law is specifically designed to render its provisions mandatory and to prohibit traders from circumventing them in their agreements*”.¹⁶ As a result, private parties cannot conclude a contract and explicitly or implicitly decide that their contract will not be subject to EU competition law. The application of the prohibition provisions of Articles 101 and 102 TFEU is obligatory, automatic, and independent of the parties’ will (*ius cogens*).¹⁷

Internationally, they cannot be set aside by the parties’ choice of a foreign law¹⁸ since they are mandatory in the private international law sense (*lois*

14 A recognition of a high degree of private autonomy is a *sine qua non* condition for the establishment of effective competition in the market. However, it is also possible that private autonomy might be exercised in an anti-competitive way. Indeed, competition law does nothing more than to impose limits on private autonomy in order to protect the public interest.

15 See e.g. Schröter, in: Schröter, Jakob & Mederer (Eds.) 2003: 98.

16 Case T-128/98, *Aéroports de Paris v. Commission*, [2000] ECR II-3929, para. 241. See also case T-34/92, *Fiatagri and New Holland Ford v. Commission*, [1994] ECR II-905, para. 39, Case C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV*, [1999] ECR I-3055, para. 39; 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. 31.

17 Compare also Commission Decision 2002/759/EC of 5 December 2001 (*Luxembourg Brewers*), OJ [2002] L 253/21, para. 62, which refers to Art. 101 (1) TFEU as a “rule of public policy”.

18 In this case, foreign law means the law of a country that is not an EU Member State, since EU competition law is an integral part of all EU Member States’ laws, therefore the choice of any national law within the EU would not lead to an application of “foreign” law with respect to the Treaty competition rules.

d'application immédiate). They are applicable notwithstanding the *lex causae* and irrespective of whether the parties have chosen a certain applicable law.

All these elements of competition law had led in the past to the exclusion of the arbitrability of antitrust-related disputes, because of their public policy (*ordre public*) nature. This attitude, however, was reversed in the 1980s and early 1990s and it can now be said with certainty that arbitrability of competition law disputes is generally accepted in all jurisdictions with developed antitrust regimes.¹⁹ Indeed, it is not an overstatement to say that, while arbitrability remains in principle a question governed by state (municipal) law, the increased internationalisation of arbitration law and practice and the emergence of transnational principles have led to a general transnational principle of arbitrability (*favor arbitrandi*).²⁰ Arbitrability of competition law-related disputes can now be considered such a transnational principle.

The 1999 *Eco Swiss*²¹ ruling of the Court of Justice by implication also supports this proposition.²² The Court, by deciding on the duties of national courts to safeguard the effectiveness of EU competition law and to refuse to recognise or to set aside arbitral awards that offend against the public policy (*ordre public*) of the forum, implicitly ruled on the arbitrability of those rules.

4. Competences of Arbitrators in the Decentralised System of Enforcement

Until 1 May 2004, arbitrators had been applying Articles 101 and 102 TFEU on numerous occasions, although, like national judges, they did

19 In the United States, see *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 US 614 (1985); *Kotam Elecs., Inc. v. JBL Consumer Prods., Inc.*, 93 F.3d 724 (11th Cir. 1996); *Seacoast Motors of Salisbury, Inc. v. Daimler-Chrysler Motors Corp.*, 271 F.3d 6 (1st Cir. 2001); *Baxter International, Inc. v. Abbott Laboratories*, 315 F.3d 829 (7th Cir. 2003), XXVIII YCA 1154 (2003); *JLM Industries, Inc. et al. v. Stolt-Nielsen SA et al.*, 2004 US App. LEXIS 22253 (2d Cir. 2004), XXX YCA 963 (2005). In France, see CA Paris, 19.5.1993, *Labinal SA v. Mors and Westland Aerospace Ltd.*, (1993) Rev.Arb. 645, with a comment by Idot 1993a: 11; CA Paris, 14.10.1993, *Sté Aplix v. Sté Velcro*, (1994) Rev.Arb. 164, with a comment by Idot 1994. See also more recently CA Paris, 20.3.2008, *Jacquetin v. Intercaves* – RG n° 06/06860. In Italy, see Corte di Cassazione, 21.8.1996, n° 7733, *Telecolor SpA v. Technicolor SpA*, 47 Giust.Civ. I-1373 (1997), with a comment by Falvella 1997; Corte d'Appello Bologna, 11.10.1990, *COVEME SpA v. CFI – Compagnie Française des Isolants SA*, 3 Riv. Arbitrato 77 (1993), with comments by Rosi 1993; Caporale 1993. In England & Wales, see *ET Plus SA et al. v. Welter et al.* (Comm.), [2006] Lloyd's Rep. 251; [2005] EWHC 2115.

20 Compare Lehmann 2003; Lehmann 2004.

21 *Supra* note 16.

22 See, in this sense, Radicati di Brozolo 1999: 670 *et seq.*; Landolt 2006: 101; Poudret and Besson 2007: 298.

not have jurisdiction to apply Article 101(3) TFEU,²³ which, pursuant to Article 9(1) of Regulation 17 of 1962,²⁴ was reserved to the sole power of the Commission to apply. There is no doubt that with the abolition of this enforcement monopoly of the Commission, like state judges, arbitrators are now able to apply the third paragraph of Article 101 TFEU.²⁵ In so doing, arbitrators would not be granting “exemptions” under Article 101(3) TFEU, since the giving of an “exemption” is no longer possible under the system of legal exception, but rather they would be applying Article 101 TFEU as a whole, exactly like courts.²⁶

The fact that Regulation 1/2003 does not mention arbitration, should not come as a surprise, as state laws do not normally contain individual rules on the arbitrability of every single dispute but rather rely on general criteria. Under the old system, arbitrators applied the first two paragraphs of Article 101 TFEU, without having been authorised to do so under any provision of EU competition law. Their jurisdiction to do so is well established and it has been confirmed by national courts and by implication by the Court of Justice alike.²⁷ If there was an intension for some reason to bar arbitrators from applying Article 101(3) TFEU, an express provision would undoubtedly have been included to this end. By not having done so and by emphasising the fact that Article 101 TFEU will be applied as a whole, Regulation 1/2003 has fully accepted the arbitrators’ competence to apply Article 101(3) TFEU.²⁸

Any other solution would create serious problems of a procedural nature. Even if they could somehow separate paragraph (3) from Article 101 TFEU,

23 In other words, Art. 101(3) TFEU was not arbitrable under the Reg. 17 enforcement system.

24 Reg. No. 17 of 6 February 1962 – First Regulation Implementing Articles 85 and 86 of the Treaty, JO [1962] L 13/204.

25 See Komninos 2001: 219 *et seq.*; Idot 2003: 316-317; Dolmans and Grierson 2003: 49; Nourissat 2003: 768-769; Liebscher 2003a: 90-91; Radicati di Brozolo 2004: 33; Nazzini 2004a: 155-156; Bastianon 2004: 359-361; Abdelgawad 2004: 255-264; Bowsher 2005: 428-429; Van Houtte 2005: 95-96; Thalhammer 2005: 64-65; Eilmansberger 2006: 8; Landolt 2006: 101-104; Hilbig 2006: 99-107; Idot 2007: 2683; Howard, Rose and Roth 2008: 1478; Boutard-Labarde, Canivet, Claudel, Michel-Amsellem and Vialens 2008: 774; Dempegiotis 2008: 140; Blanke and Nazzini 2008-2009: 52-55.

26 Thus, it is better to avoid speaking of arbitrators “granting individual exemptions”, as some authors do (see e.g. Poudret and Besson 2007: 299), and instead speak of the arbitrators’ jurisdiction to “apply” Art. 101(3) TFEU.

27 See e.g. case C-393/92, *Gemeente Almelo et al. v. Energiebedrijf Ijsselmij NV*, [1994] ECR I-1477; *Eco Swiss*, *supra* note 16.

28 See in this sense Edward 2001: 569; Komninos 2001: 221.

which is no longer possible since Article 101 TFEU must now be applied as an integrated norm, the question would arise as to whom they would have to send the issue to be decided. Certainly not to the Commission, since the latter would no longer have jurisdiction to give an individual exemption, neither to the European Court of Justice, since the latter – ever since the ruling in *Nordsee*,²⁹ confirmed in *Eco Swiss*³⁰ and *Denuit*,³¹ – cannot accept preliminary references from arbitrators.³² Thus, they would have no other option but to send this specific issue to national courts. However, it is no longer possible or meaningful for a court to issue a separate decision of exemption or a declaration of applicability of Article 101(3) TFEU, other than to apply Article 101 TFEU as a whole. If, however, the arbitrators were to refer the whole question of the applicability of Article 101 TFEU to courts, this would lead to retrogression and would strip arbitrators of their well-established competence to apply Article 101(1),(2) TFEU.

Leaving aside any legal arguments,³³ a policy argument against the application of Article 101(3) TFEU by arbitral tribunals relies on the supposed inability of arbitrators to get involved in such questions, so utterly connected with economic public policy and so prone to complex economic deliberations. However, if courts have now been accepted as full enforcers of Articles 101 and 102 TFEU, it would be contradictory to treat arbitrators in a different way. Indeed, what can be held against courts, basically that they usually lack the expertise that would allow them to address the complex

29 Case 102/81, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG and Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG*, [1982] ECR 1095.

30 *Eco Swiss*, *supra* note 16, paras. 32, 33.

31 Case C-125/04, *Guy Denuit and Betty Cordenier v. Transorient – Mosaique Voyages and Culture SA*, [2005] ECR I-923.

32 On the non-availability of the preliminary reference mechanism to arbitrators and on possible indirect ways for arbitrators to seize the ECJ, see also Komninos 2003: 367 *et seq.*

33 Recently, a commentator has stressed that the arbitrators' jurisdiction to apply Art. 101(3) TFEU is derived from the direct effect of that provision, which is the result of Art. 1 Reg. 1/2003, therefore the above legal argumentation is unnecessary; see Nazzini 2008: 93. However, the reality is more complicated. It is not true that Reg. 1/2003 conferred direct effect on Art. 101(3) TFEU; Article 1 Reg. 1/2003 only changed the enforcement system and abolished the administrative authorisation system and the Commission's exclusive competence to apply Art. 101(3) TFEU. There is, in other words, a necessary distinction between direct effect as such, which Art. 101(3) TFEU was always capable of having, and competence, which under the previous system of enforcement was exclusively enjoyed by the Commission (as to this distinction, compare Idot 2007: 2683). Therefore, it is the competence question that is critical here and it is because of this that it is necessary to analyse and interpret the relevant provisions of Reg. 1/2003.

economic issues involved, may be one of the strengths of arbitration. Parties may – and usually do – select as arbitrators persons with a high level of expertise, thus minimising any risks owed to the judge’s possibly limited knowledge of a highly technical field.³⁴

At the same time, the increased flexibility of the arbitral procedure, in comparison to that of state justice, suits well antitrust, whose substance might sometimes be at pains with the straitjacket of a national code of civil procedure. This is particularly true of national rules of evidence, which can be a considerable hurdle for an antitrust case in national courts, as opposed to arbitral tribunals, which may avail themselves of much more extensive powers of discovery.³⁵

Indeed, there is anecdotal evidence that arbitrators, even before the introduction of the legal exception system, have on some occasions felt quite at ease to hear arguments and base their awards on considerations pertaining to Article 101(3) TFEU, thus applying this provision “by the back door”.³⁶ In sum, arbitrators, exactly as state courts, enjoy now the power to apply Articles 101 and 102 TFEU in full.

II. THE APPLICATION OF EU COMPETITION LAW BY INTERNATIONAL ARBITRATION TRIBUNALS

1. EU Competition Law as Applicable Law in Trans-border Disputes in General

Before addressing the specific question of the arbitrators’ power or duty to apply EU competition law in an international arbitration, we make below some summary observations on the relationship between EU competition law and private international.

³⁴ See also Liebscher 2006: 165-167.

³⁵ See Temple Lang 1995: 421 *et seq.* A certain weakness of arbitration exists as to third-party evidence. The latter can be usually obtained through the intervention of state courts.

³⁶ See Fox 1999: 228; Bowsler 2005: 427. It is not clear whether in these cases the arbitral award was explicitly based on a *positive* application of Art. 101(3) TFEU. Were this the case, such awards would have been vulnerable to annulment or non-recognition/non-enforcement for having dealt with inarbitrable matters. See, however, Dolmans and Grierson (2003: 42), according to whom, no problem would have arisen if Art. 101(3) TFEU had been applied correctly or even if an exemption had been denied incorrectly, since the Commission’s monopoly to apply Art. 101(3) TFEU under the old system was not itself a rule of public policy. The authors may be right as to public policy but the problem of inarbitrability would have remained.

There are two specific mechanisms in private international law which lead to the application of substantive EU competition law to certain conduct. Under the first mechanism, Articles 101 and 102 TFEU are considered to contain an *indirect unilateral conflicts rule* which defines the cases that fall within their scope.³⁷ The rule is *unilateral*, because EU law itself demands its application if there is a sufficiently close connection with the territory of the EU.³⁸ This is a characteristic not only of EU competition law, but also of a wide range of EU Directives.³⁹ It is also *indirect* because the relevant provisions do not spell this out expressly; rather, the conclusion is reached by interpreting those specific norms.⁴⁰ The criterion for the application of the EU competition rules is whether certain agreement, practice or behaviour prevents, restricts or distorts competition within the internal market in a causal, foreseeable and substantial way.⁴¹ Such an effect constitutes a sufficiently “close link” with the EU Member States to justify the application of the EU competition rules.

Such rules may exceptionally be universal or bilateral as well as unilateral. In the former case, the national conflicts rule refers to the applicability not only of domestic competition law, but also of the competition laws of third countries. For example, Article 137 of the Swiss Act on Private International Law lays down that when anti-competitive conduct affects or refers to a

37 See *inter alia* Schaub 2005: 329-330.

38 On these unilateral rules (*einseitige Kollisionsregel*) in the context of EU law, see *inter alia* Magnus and Mankowski 2004: 133.

39 See e.g. Council Directive 86/653/EEC of 18 December 1986 on the Co-ordination of the Laws of the Member States Relating to Self-employed Commercial Agents, OJ [1986] L 382/17.

40 See in that respect Magnus and Mankowski (2004: 139-142), who emphasise the difference between the indirect unilateral conflict of laws rules of pre-1993 Directives and the direct unilateral conflict of laws rules of post-1993 Directives. The judgment of the ECJ in case C-381/98, *Ingmar GB Ltd. v. Eaton Leonard Technologies Inc.*, [2000] ECR I-9305, should be seen in the former framework. See further von Bar and Mankowski 2003: 271.

41 In case T-102/96, *Gencor Ltd v. Commission*, [1999] ECR II-753, the General Court gave a clear definition of the concept of “effect on competition within the Union” and identified three cumulative criteria to carry out the assessment. It stated that: “Application of a [merger] regulation is justified under the public international law when it is foreseeable that a proposed concentration will have an immediate and substantial effect in the [Union ...]. It is therefore necessary to verify whether the three criteria of immediate, substantial and foreseeable effect are satisfied in this case” (paras 90 and 92). See also joined cases 89/85, 104/85, 114/85, 116/85-117/85 and 125/85 to 129/85, *A. Ahlström Osakeyhtiö et al. v. Commission (Woodpulp I)*, [1988] ECR 5193.

specific foreign market, the competition rules of that jurisdiction should be applicable to that conduct with regard to related tortious claims.⁴²

There is, however, a *second mechanism* whereby the Treaty competition rules will be applicable: in the international context, antitrust norms pertain to the public policy of the forum and are considered to fall under the category of mandatory norms (*lois de police, lois d'application immédiate, Eingriffsnormen*),⁴³ in the sense that they are applicable notwithstanding the *lex causae* and irrespective of whether the parties have chosen a certain applicable law.⁴⁴ Mandatory rules usually aim to protect the general political, social, economic, or cultural interests of a specific country.⁴⁵ Rules protecting free competition are generally accepted to constitute such mandatory norms, irrespective of their EU or national provenance.⁴⁶

42 See further Renold 1991: 193 *et seq.*; Esseiva 1996: 696 *et seq.* For a critique of the universal bilateral method, see Idot 1995: 325-327; Schwartz and Basedow 1995: 118 *et seq.*; Hellner 2002: 293. See also Art. 6(3) of the European Parliament and Council Regulation 864/2007 of 11 July 2007 on the Law Applicable to Non-contractual Obligations (Rome II), OJ [1997] L 199/40. Whether this provision is a universal conflicts rule that extends also to substantive competition law (aside from tort law) is open to debate. See Francq and Wurmnest 2011.

43 See e.g. Schröter 2003: 99; von Bar and Mankowski 2003: 256; Fallon and Francq 2011: 37. See also para. 50 of AG Darmon's Opinion in *Woodpulp I*, *supra* note 41.

44 See Art. 9 of the European Parliament and Council Regulation 593/2008 of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), [2008] OJ L 177/6, and Art. 16 of the Rome II Regulation, both referring to "*overriding mandatory provisions*". See further Francq and Wurmnest 2011: 43. Note that the public policy exception in the context of conflict of laws, to be found in Arts. 21 and 26 of the Rome I and Rome II Regulations, respectively, is a methodologically different instrument of negative rather than positive function, than mandatory norms are, though the two concepts broadly refer to the same interests that are deemed fundamental. In other words, the public policy exception merely safeguards that a certain provision of the specified law does not lead to consequences contrary to the public policy (*ordre public*) of the forum. It does not, however, lead to the positive application of the forum's mandatory norms. This result is attained only through the compulsory application of these rules through their being considered as internationally mandatory norms (*lois d'application immédiate*).

45 See von Bar and Mankowski 2003: 262 *et seq.* Compare joined cases C-369/96 and C-376/96, *Criminal Proceedings against Jean-Claude Arblade et al.*, [1999] ECR I-8453, para. 30, where the ECJ refers to the notion of internationally mandatory norms in the following terms: "*Concerning the classification of the provisions at issue as public-order legislation under Belgian law, that term must be understood as applying to national provisions compliance with which has been deemed to be so crucial for the protection of the political, social or economic order in the Member State concerned as to require compliance therewith by all persons present on the national territory of that Member State and all legal relationships within that State*".

46 See von Bar and Mankowski 2003: 256; Idot 2004a: 278. See also the Giuliano/Lagarde Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, OJ [1980] C 282/1, p. 28.

2. The Specific Case of Arbitration

The application of EU competition law by arbitrators raises a number of very specific questions because of the distinct features of arbitration.

Arbitration is a dispute resolution mechanism and arbitrators themselves are private judges whose task is to resolve a dispute that the parties have placed before them. They are not state organs and are not entrusted with the safeguarding of any public interest or public policy as such. Indeed, unlike state courts, international commercial arbitration has no forum and no *lex fori*, since its seat cannot be properly considered a forum.⁴⁷ This means that arbitrators are not bound by any particular conflict of laws or private international law rules⁴⁸ and, at the same time, are not bound by any mandatory norms (*lois d'application immediate*) of any forum. For them, all such norms are essentially tantamount to mandatory norms of a third country.

At the same time, arbitrators do not function in a vacuum. They cannot act as vehicles of illegality, since, in the eyes of EU competition law, they are “undertakings” themselves. This means that if they were to act as facilitators of cartels and if the arbitration process were a sham, essentially being an internal mechanism to a cartel, they would themselves be liable to fines for breach of Article 101 TFEU.⁴⁹ More importantly, their arbitral award would not be enforceable in the European Union, since it would be contrary to public policy in the EU Member States, and the national courts in the EU, further to the *Eco Swiss* ruling of the European Court of Justice, would be under a duty to set aside such awards or to refuse to recognise or enforce them.

Thus, for the time being, it suffices to make the following distinctions, when speaking about the application of EU competition by an international arbitral tribunal:

- (a) In a situation where the arbitrators consider that the law applicable (*lex causae*) to the specific legal relationship in question and thus to the merits of the dispute is the national law of an EU Member State, there is no issue as to the applicability of EU competition law by the

⁴⁷ See *inter alia* Idot 2003: 313.

⁴⁸ See Renold 1991: 102; Nygh 1999: 42-44 and 226 *et seq.*; Karrer 2000: 501; Vismara: 173 *et seq.*

⁴⁹ See further below note 105 and the accompanying text.

arbitrators,⁵⁰ since these provisions are an integral part of the Member States' laws. Naturally, the fact that the EU competition rules are applicable does not mean that Articles 101 and 102 TFEU will *actually* apply and regulate certain conduct. This will depend on whether the conduct in question lies within their material scope. For example, when the restriction of competition does not affect the internal market or it does not have an effect on inter-State trade, there is no violation of Articles 101 and 102 TFEU, although the latter may be applicable in the private international law sense.⁵¹

- (b) The issue arises only when the *lex causae* is the law of a third country, for example Swiss law, or when the arbitrators are deciding on the basis of *lex mercatoria* or of the UNIDROIT or PECL Principles or without any reference to legal principles, as *amiables compositeurs* or *ex aequo et bono*. In such a case, the arbitral tribunal is not under a legal duty to apply EU competition law. However, this does not mean that the arbitrators cannot apply EU competition law, if they so wish. They may do so, on a number of premises:
- a. First, the arbitrators, in defining the applicable law to the merits of the dispute, may rely on a system of conflict of laws that exceptionally possesses a universal bilateral conflicts rule applicable to competition law, such as Article 137 of the Swiss Act on Private International Law, which has introduced a general and universal connecting link for competition law-related torts.
 - b. Second, the arbitrators may rely on a system of conflict of laws that allows for foreign mandatory norms to be taken into account under certain conditions. Thus, for example, Article 19 of the Swiss Act on Private International Law allows Swiss courts to “take into account” foreign mandatory norms if the interests of one party advocate this, and if there is a close connection between the facts of the case and the specific legal system to which the mandatory norms belong. Similarly, Article 9(3) of the Rome I Regulation provides that

50 See above. For an example from the arbitral practice, see the judgment of 28.4.1992 of the Swiss Federal Tribunal in *G SA v. V SpA*, 118 II ATF 193; [1996] ECC 1, where it was stressed that an arbitral tribunal based in Geneva applying Belgian law had to apply Art. 101 TFEU.

51 See e.g. ICC 12127/2003, XXXIII YCA 82 (2008), where the tribunal held that a licence agreement related to two US patents, which was exclusively performed in the territory of the US and Canada, could not in any manner restrict competition in Europe.

effect may be given to mandatory norms of third countries where the obligations arising out of the contract have to be or have been performed, in so far as those provisions render the performance of the contract unlawful.

- c. Finally and more importantly, the arbitrators may decide to apply EU competition law, without necessarily relying on a specific conflicts rule, because they consider this appropriate, taking into account the enforceability of their award. In other words, when the arbitrators see that ignoring EU competition law would prejudice the award's chances of recognition and enforcement in the EU Member States, they take a practical approach and decide to apply the Treaty competition provisions, sometimes even *ex officio*, notwithstanding the parties' selection of law or seat of arbitration.

We will return to this question below, when we analyse the control of arbitral awards by courts on public policy grounds.

III. THE INSTITUTIONAL POSITION OF ARBITRATION IN ITS RELATIONSHIP WITH THE EUROPEAN COMMISSION

1. Arbitration Is not Covered by the Cooperation Duties of Regulation 1/2003

The basic premises of the system of EU competition law enforcement are to be found in Council Regulation 1/2003.⁵² That Regulation lays down not only the mechanisms for public enforcement by the Commission but also deals with the decentralised application of the Treaty competition rules by national (competition) authorities and courts. With regard to national courts, the Regulation does not stop at confirming their full competence to apply EU competition law, but also creates an institutional framework, which provides for specific powers and duties, aiming at ensuring consistency in the decentralised enforcement of EU competition law. Such powers and duties

⁵² 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 [2003] L 1/1.

also echo – and are in a sense *leges speciales* of – Article 4(3) TEU, which remains the *lex generalis*.⁵³

Arbitration, on the other hand, is not subject to Article 4(3) TEU.⁵⁴ Indeed, the duty of cooperation in Article 4(3) TEU is limited only to EU institutions and to official authorities and organs of the Member States. Arbitrators do not fall under this provision, since, although enjoying jurisdictional and quasi-judicial powers, they still remain a creation of private autonomy. This means that most of the cooperation and co-ordination mechanisms between national courts and the Commission provided for in Regulation 1/2003 are not transposable to arbitration.⁵⁵

Thus, neither Article 4(3) TEU nor Article 15(1) of Regulation 1/2003 can provide for a legal basis for formalised cooperation between the Commission and arbitrators in the sense of the former being bound to offer assistance on a specific competition-related issue to the latter.

Similarly, Article 15(2) of Regulation 1/2003, which provides that Member States are under a duty to forward to the Commission copies of “*written judgments*” of “*national courts*”, does not certainly apply directly to arbitral awards and tribunals. It might have been tempting to argue that the imposition of this administrative duty to Member States, rather than to courts, might mean that the former have to forward to the Commission also copies of arbitral awards applying Articles 101 and 102 TFEU. Such an argument, however, fails in view of the letter of the text, but also in view of its rationale, which is to make the Commission aware of possible cases of national litigation, where the former can intervene at a later stage as *amicus curiae*. Besides, states do not – indeed should not – have mechanisms in place to notify arbitral awards. In addition, this would certainly run counter

53 See 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, Explanatory Memorandum, which notes that Art. 15 codifies “*the existing obligation of the Commission, based on Article [4(3)] of the [EU] Treaty, to cooperate with national courts*”. See also Case C-429/07, *Inspecteur van de Belastingdienst v. X BV*, [2009] ECR I-4833, para. 21.

54 That arbitration is not formally speaking subject to Art. 4(3) TEU is a generally accepted proposition. See e.g. Van Gerven 1995: 73; Komninos 2001: 228; Idot 2003: 318; Shelkopyas 2003: 423.

55 See in this sense Liebscher 2003a: 92; Radicati di Brozolo 2004: 33-34; Idot 2004b: 145; Hilbig 2006: 166; Thalhammer 2005: 69; Boutard-Labarde, Canivet, Claudel, Michel-Amsellem and Vialens 2008: 771; *contra* Abdelgawad 2004: 266.

the most fundamental principles of arbitration: privity, independence and confidentiality.⁵⁶

Naturally, arbitration may be indirectly affected by Article 15(2) of Regulation 1/2003, in case a Member State court has reviewed an arbitral award, or has given judgment concerning its recognition or enforcement, or has even intervened in support of the arbitration proceedings, for example by ordering a provisional measure.⁵⁷ All these court judgments will have to be forwarded to the Commission by the Member State in question, if EU competition law has been applied by the court *itself*, which is more likely to have happened when the court reviews the arbitral award.⁵⁸

As for the power of the Commission (or of national competition authorities) to submit written or oral observations *ex officio* to national courts pursuant to Article 15(3) of Regulation 1/2003, again such an *amicus curiae* mechanism is neither applicable nor transposable to arbitration.⁵⁹ Any attempt to extend such measures to arbitration proceedings should be avoided not only as being unnecessary and disproportionately restrictive, but also because it would be detrimental to the nature of arbitration and to the principles of privity, independence and confidentiality.⁶⁰ If competition authorities were to demand to become privy to arbitration involving competition issues, many parties might opt to transfer their arbitrations to venues outside the EU, especially if one of the parties is not an EU national.⁶¹

The question remains whether the intervention of a competition authority would be possible, if the arbitration agreement itself provided for such a possibility or if the arbitrators were to give permission to this and both parties

⁵⁶ Compare van Houtte 2005: 106.

⁵⁷ This is so, if the wider meaning of “judgment” is followed, which also covers courts’ decisions that are final in nature, yet they may be interim or partial. See, in this regard, Komninos 2008: 104.

⁵⁸ Indeed, in the recent *MDI* case, which represents the first case where a national court in the European Union refused to enforce a foreign arbitral award on public policy grounds, because of an EU competition law violation, the judgment of the Court of Appeal of The Hague was transmitted to the Commission under Article 15(2). See Court of Appeal of The Hague, 24.3.2005, *Marketing Displays International Inc. v. VR Van Raalte Reclame BV*, Cases 04/694 and 04/695, 8(2) SIAR 207 (2006).

⁵⁹ See *Idot* 2004b: 145; *Idot* 2007: 2683; Boutard-Labarde, Canivet, Claudel, Michel-Amsellem and Vialens 2008: 773.

⁶⁰ On the principle of confidentiality and its limits from a comparative law perspective, see Misra and Jordans 2006. The principle of confidentiality may recede and, thus, allow for *amicus curiae* briefs by third parties only in cases of public-private, i.e. investment, arbitration. See further Mistelis 2005: 221 *et seq.*

⁶¹ See Lew 1981-82: 119.

gave their consent.⁶² In such an exceptional case, the flexibility of arbitration would advocate in favour of a positive answer. However, there are good policy reasons that plead against placing too much emphasis on the consent of the parties. In practice, it will be quite difficult for a party to the arbitration proceedings to resist the Commission's or another competition authority's intervention without raising its suspicions and thus without attracting its "attention". A party may in some cases *volens nolens* acquiesce in such an intervention. To condition such a mechanism solely on the parties' consent would not be appropriate.

Therefore, arbitrators should seek or allow such intervention only in those cases where either the arbitration agreement explicitly refers to this possibility or the two parties genuinely agree and urge the arbitrators to ask the Commission to intervene in order to shed light on to some important competition law question.⁶³

If the above rather exceptional conditions are met, in most cases, it will be preferable to allow the European Commission to interfere only through the submission of arguments in writing, without however giving it the power to participate in the arbitration hearings or to have access to the file of the case and to documents produced during the proceedings. This solution has been followed in the context of NAFTA arbitration, which is certainly very different from a purely private commercial arbitration, but could be considered by analogy.

2. General Exclusion of Arbitration from the Courts Cooperation Notice

The absence of any reference to arbitration in Regulation 1/2003 may not be surprising. However, one would have welcomed at least a reference to arbitration in the accompanying soft law measures of modernisation, in particular in the Notice on cooperation between the Commission and

62 In such a case, there would be no violation of the fundamental principle of confidentiality. See Müller 2005: 223.

63 See Nisser and Blanke 2006: 179, 181; *contra* Abdelgawad (2004: 269), who thinks that the arbitral tribunal should be entitled to decide itself to permit the Commission's intervention without the parties' consent, because of the public policy nature of EU competition law, which trumps private autonomy. However, this extreme position runs counter to the most fundamental notions of arbitration.

national courts.⁶⁴ Regrettably,⁶⁵ not only is the Notice silent, but actually excludes by implication arbitration tribunals, by adopting, in our view entirely unreasonably and unnecessarily, a definition of “court” that follows the “court or tribunal” criterion of Article 267 TFEU, as interpreted by the Court of Justice.⁶⁶ As a result of a consistent line of case law, arbitrators do not fall under this criterion and cannot therefore make preliminary references to Luxembourg.⁶⁷

It is not clear whether the language used in paragraph 1 of the cooperation Notice intended implicitly to exclude arbitration, though there is some evidence that this may well have been the intention.⁶⁸ In any event, it is reasonable to believe that the Commission intended to exclude arbitration only from the specific procedural framework of the new cooperation Notice, which contains self-imposed deadlines for the Commission’s assistance. The Commission probably wanted to entertain requests from arbitrators on an *ad hoc* and fully discretionary basis, rather than being bound to engage in a dialogue with arbitrators as it is bound to do so with courts.⁶⁹ In any event, the soft law nature of the cooperation Notice means that its mechanisms can be used by analogy also by arbitrators.⁷⁰

Thus, on an informal basis, arbitrators should be able to seek cooperation, whenever a legal or factual problem arises in regard to a question of enforcement of EU competition law. Indeed, in the past, the Commission has been quite open in providing assistance to arbitrators applying EU

64 Commission 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.

65 See Idot 2004c: 81.

66 Cooperation Notice, *supra* note 64, para. 1.

67 *Nordsee*, *supra* note 29, para. 13; *Eco Swiss*, *supra* note 16, para. 34; *Denuit*, *supra* note 31, para. 13. For indirect possibilities to seize the ECJ through the intervention of national courts, see Komninos 2003: 363 *et seq.*

68 See Paulis (2003: 459), who explains that, indeed, the Commission was probably “frightened” to grant full access to arbitrators for the same reasons as maybe the ECJ was. The exclusion of arbitration from the mechanisms of the cooperation Notice has been criticised by many stakeholders in their comments on the Commission’s modernisation package. See e.g. the comments by professor Laurence Idot, the Joint Working Party of the Bars and Law Societies of the UK on Competition Law, and the law firm Clifford Chance (comments available at http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/legislation/procedural_rules/comments).

69 See Paulis 2003: 459-460.

70 See Komninos 2001: 228; Wils 2004: 698; Heitzmann and Grierson 2007: 200, fn. 37.

competition law. It has on occasions treated arbitral tribunals in the same way as national courts under the old Notice on cooperation.⁷¹ In one reported case, it received and responded to an application for legal information by a body defined as “Tribunal Arbitral de Barcelona”, an *ad hoc* arbitration tribunal.⁷² The information sought referred to an alleged dominant position of a public undertaking that controlled the bidding and executing of certain infrastructure projects in a Spanish region. It is interesting that the arbitration tribunal wanted to know whether the undertaking in question occupied a dominant position “*in the sense of the Court of Justice’s case law*”.⁷³ The case, thus, demonstrates how the Commission can remedy in some instances the inability of arbitrators to seize the Court of Justice with a preliminary reference.

Due to the arbitrators’ increasing application of Article 101(3) TFEU, which admittedly entails more elaborate competition-related economic and legal questions, and to the competition authorities’ more favourable approach towards arbitration, the Commission is expected to cooperate more often with arbitral tribunals in appropriate cases. As for the kind of assistance that arbitrators could request, this would not be substantially different from that, which the courts may request.⁷⁴ It covers:

- factual information, for example questions on the identity of the undertakings concerned; or
- information on whether a certain case is pending before the Commission; or
- whether the latter has reached a decision or a reasoned opinion in this matter.

It may also refer to:

- a legal issue of EU competition law, as well as to
- economic data, such as statistics, market characteristics, and economic analyses.⁷⁵

71 See Temple Lang 1995: 418; De Gryse 1994: 114; Simont 1998: 550; Eilmansberger 2006: 12.

72 See Joris 1998: 48.

73 *Ibid.*

74 See e.g. para. 21 *et seq.* of the cooperation Notice, *supra* note 64.

75 See also Peyrot 2007: 109.

Whether the request of such information or assistance by the Commission is desirable, is, of course, only for the arbitrators to decide. It is a question of the law governing the arbitration procedure (*lex arbitri*) and of the arbitration clause itself, whether an arbitrator may use such a facility *sua sponte*. This is a sensitive issue, because the privity of the arbitral process recedes and arbitrators will have to show extreme diligence. Indeed, according to one view, arbitral tribunals should abstain from seizing the Commission, since the parties have submitted their dispute only to them and the applicability of Article 101 TFEU is still a question of law, which only they should deal with.⁷⁶

Most likely, they could take such an initiative, if one of the parties has filed a complaint with the Commission, thus having brought the matter already to its attention, provided both parties consent; or if the terms of reference of the arbitration allow it.⁷⁷ In any case, specific consultations with and hearing of all parties seem to be necessary.⁷⁸ Indirectly, an arbitrator could enjoin the parties to supply him with certain legal or economic information or data, while stressing to them that this information could be easily requested from the Commission, if they consented to that.⁷⁹

3. A Notice on Cooperation with Arbitrators?

Though not necessary, it might still be desirable for the Commission to publish a Notice or perhaps make a public announcement on cooperation with arbitration tribunals.⁸⁰ Such a Notice could provide for a more structured dialogue between the Commission and arbitrators, while increasing the transparency of the whole system of cooperation. It would also raise the competition law awareness of arbitrators and of the parties to an arbitration, without encroaching on the flexibility and privity of the arbitral process.

⁷⁶ See Goffin 1990: 333.

⁷⁷ See Simont (1998: 550 *et seq.*), according to whom the arbitrators, who are contractually bound with the parties, could be personally liable, if they exposed them to proceedings (before the Commission) that could lead to fines. Compare also Lesguillons 2003: 20; Van Houtte (2005: 106), who stresses the arbitrators' duty of confidentiality vis-à-vis the parties.

⁷⁸ See Blessing 2000: 235; Blanke and Nazzini 2008-2009.

⁷⁹ See Simont 1998: 550.

⁸⁰ See Komninos 2001: 229.

In any case, the Commission would not be legally bound to provide assistance to arbitral tribunals, although it is evident that it is to its interest to do so.⁸¹ This is a direct consequence of the non-applicability of Article 4(3) TEU to arbitrators. Since the latter are not under any EU law duty, as against the EU institutions, similarly the Commission should not be so bound. A Notice would essentially be a list of best practices and procedures available to arbitrators for seizing the Commission. It should be based more on discretion than on obligation and the Commission should be ready to give rather than take, precisely because offering assistance to arbitrators applying the competition rules, would enhance the overall effectiveness of such rules.

IV. CONFLICTS OF RESOLUTION BETWEEN ARBITRATION AND COMPETITION AUTHORITIES

1. Arbitration and Article 16 of Regulation 1/2003

Since arbitration tribunals, just as national courts, enjoy parallel competences in the application of the Treaty competition rules with the Commission (and other national competition authorities), conflicts of resolution are not excluded. However, the existence of such conflicts between arbitration and the Commission do not give rise to the same concerns and issues as those arising with national courts.

Article 16 of Regulation 1/2003, a verbatim transposition of the *Masterfoods* ruling of the ECJ,⁸² provides that when national courts apply Articles 101 and 102 TFEU and the Commission has already taken a decision on the same conduct in question, they cannot take decisions running counter to the decision adopted by the Commission. They must also avoid giving decisions which would conflict with a decision contemplated by the Commission in proceedings it has initiated and may therefore have to suspend proceedings awaiting the Commission's decision.

On the other hand, arbitration tribunals, as already explained, are not organs of the EU Member States and are not bound by Article 4(3) TEU. They are a creation of private autonomy and their aim is not to safeguard any particular public interest of national or supranational nature but rather

81 See Lenaerts and Pittie 1997: 218.

82 Case C-344/98, *Masterfoods Ltd. v. HB Ice Cream Ltd.*, [2000] ECR I-11369.

to resolve a private dispute.⁸³ These considerations have to be seriously kept in mind while speaking about conflicts and their resolution in the present context.

Thus, by no means should the initiation of proceedings by the Commission entail the suspension of the arbitral proceedings.⁸⁴ The primary duty of the arbitrators vis-à-vis the parties is to resolve their dispute and render swiftly an award.⁸⁵ A stay of proceedings is something that arbitrators should have recourse to only rarely, when there is a very serious and novel competition law issue in the hands of the Commission or of a national competition authority, the resolution of which is forthcoming and is expected to have an impact on the arbitration proceedings. In all such cases, the arbitrators should first hear the parties and aim at ensuring their consent.⁸⁶

Then, when the Commission proceeds and finds that a particular arrangement is contrary to the Treaty competition provisions, arbitrators cannot be formally bound by Article 16 of Regulation 1/2003 to avoid a conflicting decision with the Commission.⁸⁷ This rule is again a *lex specialis* of the more general provision of Article 4(3) TEU and arbitrators are immune from any duties emanating from that provision. However, notwithstanding the absence of a legal duty to that extent, the arbitral tribunal will have to be cautious, particularly when the case entails some kind of serious anti-competitive behaviour and thus there is a real risk that the award be reviewed by a State court on public policy (*ordre public*) grounds.⁸⁸ It is certainly

83 See also Shelkopyas 2003: 71-73; Derains 2003a; Van Houtte 2005: 98; *contra* Abdelgawad 2004: 272-273.

84 Opinion by Marc Blessing, expressed during the discussions at the IAI conference on “Les réformes du droit communautaire de la concurrence et l’arbitrage international : un nouveau rôle pour les arbitres ?” on 4 October 2002 in Paris.

85 See, in a similar sense, Lew, Mistelis and Kröll 2003: 487; Nazzini 2004a: 158.

86 Arbitrators have been hesitant in the past to stay proceedings. See e.g. ICC 7146/1992, cited by Truong 2002: 109-112.

87 See also Dolmans and Grierson 2003: 51; Nazzini (2004a: 161), leaving open the possibility that arbitration tribunals may have to consider an infringement decision by a public authority as “conclusive” on the basis of the doctrine of “abuse of process”; Thalhammer 2005: 69; Hilbig 2006: 169; Idot (2007: 2686), speaking of a “moral” though not a legal authority; Boutard-Labarde, Canivet, Claudel, Michel-Amsellem and Vialens 2008: 770.

88 See further below Chapter V.3.

best-advised to give proper attention to the Commission's decision and in appropriate circumstances to consider it as persuasive.⁸⁹

Thus, if the Commission has taken a decision finding an infringement of Article 101 TFEU in the case of hard core anti-competitive behaviour (e.g. a cartel), in reality the Commission decision imposes *de facto* a duty of vigilance upon the arbitral tribunal. The latter remains theoretically empowered to depart from the findings of the Commission and find that there has been no cartel infringement based on the same facts. The arbitral award would still enjoy *res judicata* as between the parties,⁹⁰ but, at the same time, it would be highly vulnerable to an annulment action, which the losing party would not certainly miss to exploit. Such an award would essentially amount to a truncated award.

Of course, even in the case of a Commission or an antitrust authority decision finding a cartel infringement, the above does not mean that the arbitrators should be totally bound by all findings in the Commission's decision. Indeed, there is no reason to deny them the possibility to depart from certain findings, if they evaluate the evidence differently or if they have additional evidence in their hands. Thus, even in such extreme cases, an arbitrator could find a different duration of the cartel or a different degree of participation in the cartel by a specific company. Such an award will not in reality contradict the Commission in its most fundamental findings. It is difficult to see how an award would be contrary to public policy, especially if adequately reasoned, if it found that there has been in principle a cartel infringement, but arrived at some findings that may contradict some secondary findings of the Commission decision. At most, the award will have committed an error, but review of arbitral awards' errors would amount to *révision au fond* and should therefore be excluded.⁹¹

89 Indeed, in practice, arbitrators normally pay deference to Commission decisions. See e.g. ICC 8626/1996, 126 JDI (*Clunet*) 1073 (1999); Van Houtte 2005: 101-102; Van Houtte 2008: 73; Boutard-Labarde, Canivet, Claudel, Michel-Amsellem and Vialens 2008: 770, fn. 27, with references to an *ad hoc* arbitral award rendered in Geneva on 30 June 1994 (also cited by Abdelgawad 2001: 307; Abdelgawad 2004: 272, fn. 43). See also Derains 2003a: 47. Reference is made also to ICC 7146/1992, *supra* note 87, pp. 109-112: "le Tribunal Arbitral tiendra naturellement compte de la manière dont les règles communautaires sont interprétées et appliquées par les institutions communautaires, notamment par la Commission et la Cour de Justice..." (emphasis added).

90 See Dalhuisen 1995: 161.

91 See in the same direction, Radicati di Brozolo 2004: 29. See, more generally on the question of review of arbitral awards on public policy grounds, Radicati di Brozolo 2005: 345 *et seq.*, 409-437.

If the case involves some behaviour that does not amount to a hard core violation of competition law, the arbitrators may have more liberty to depart from the Commission's findings,⁹² since an arbitral award that contradicts such a Commission decision would run less of a risk at the enforcement stage.

In general, public policy comes into play only with regard to a serious violation of substantive competition law and not with regard to the existence of a conflicting award, which is more a "procedural" question.⁹³ Indeed, the Court of Justice's *Eco Swiss* ruling, which declared the public policy nature of the Treaty competition rules, was based on the concern to ensure that no anti-competitive effects occur on the market. It was not the Court's concern whether a decision by the Commission binds an arbitration tribunal. The fact that an arbitration tribunal has the power, if it wishes, to depart from the findings of a Commission decision does not mean that the tribunal will surely violate the competition rules or that its award will surely violate public policy.

There has been a view that an arbitration tribunal should never depart from a decision of the Commission because a national court in a setting aside or in a recognition/enforcement action would be bound by Article 16 of Regulation 1/2003 to set aside or refuse to recognise/enforce that award.⁹⁴ If this view implies that Article 16 can be an autonomous legal basis for review of arbitral awards independently of the review on public policy grounds, then it goes too far. There are compelling reasons to resist such over-expansive reading of Article 16(1) of Regulation 1/2003. First, that would lead to an unacceptable sacrifice of the principles of legal certainty and finality of arbitral awards.⁹⁵ Second, it would not be in accordance with the principle of free movement of arbitral awards in the Union⁹⁶ and with more general long-standing principles of international law that allow only exceptionally for the non-enforcement or non-recognition of a foreign arbitral award.

92 Compare Van Houtte 2005: 107.

93 See Komninos 2008: 134-135; *contra* Nazzini 2004b: 353.

94 See Nazzini 2004a: 162; Nazzini 2004b: 352-353. Compare also Blanke 2008b: 33.

95 It is noteworthy that the ECJ in *Eco Swiss* (*supra* note 16) placed particular emphasis on those principles (see para. 35 on finality and para. 46 on legal certainty).

96 See below Chapter V.3.

Certainly, such an approach would be in direct conflict with the 1958 New York Convention⁹⁷ and other international conventions.

2. Arbitration and National Laws Conferring a Binding Effect on NCAs' decisions

A word should be said about those national laws that have specific provisions on the effect on civil proceedings of infringement decisions taken by antitrust authorities. A comparative analysis of national laws confirms that, in most legal systems, private enforcement remains independent of public enforcement.⁹⁸ Although a pre-existing decision by an administrative authority may be used by the courts and the litigants to establish and prove certain facts, in particular in case of follow-on civil actions, such a decision does not normally acquire the status of binding authority, though it can certainly be persuasive authority. The principle of independence is also not affected by the possible deference paid on occasion by civil courts to competition authorities' decisions. Such an attitude simply reflects the principle of economy in legal proceedings, which may make it inappropriate to repeat parts of the procedure before a civil generalist court, if a specialist authority or court has already dealt with the same facts.

There are, however, some exceptions: some recently-amended national competition laws aim at facilitating follow-on civil actions for damages by conferring a binding effect on final infringement decisions of public antitrust authorities. Thus, section 58A of the UK Competition Act 1998, as subsequently amended, confers a binding effect on decisions of the Office of Fair Trading (OFT) and the Competition Appeal Tribunal (CAT) on appeal from the OFT. This provision clearly specifies that it "*applies to proceedings before the court in which damages or any other sum of money is claimed in respect of an infringement*".⁹⁹ Section 47A extends the binding effect of infringement findings to decisions of the European Commission but is applicable to follow-

97 United Nations New York Convention of 1958 on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards; entry into force on 7 June 1959; published in: 330 UNTS 38 (1959), no. 4739.

98 See Komninos 2008: 15 *et seq.*

99 This is clearer if one reads para. 87 of the Explanatory Notes to the Enterprise Act 2002, available at www.legislation.hmso.gov.uk/acts/en2002/2002en40.htm: "Section 20: Findings of infringements. Subsection (1) inserts a new section 58A in CA 1998. The new section provides that certain decisions of the OFT or the CAT regarding an infringement of competition law are to bind the courts for the purpose of a subsequent claim for damages".

on claims for damages only brought before the CAT. Similarly, section 33(4) of the German Competition Act goes even further in conferring binding effect on all Commission, *Bundeskartellamt* and even other Member States' national competition authorities' decisions.¹⁰⁰

Whether such provisions are applicable to arbitration is open to discussion. International arbitration tribunals will be bound by such provisions only if the latter make part of the applicable law, the *lex causae*. To the extent the applicable law contains such specific provisions on the binding effect of administrative decisions, the arbitrators should consider themselves bound.¹⁰¹ However, even in that case, it will be a matter of true construction of the specific statute. Thus, if it appears that the national provision in question is intended to apply to follow-on civil proceedings brought only before specific specialist courts, this being the case of section 47A of the UK Competition Act 1998, as subsequently amended, then arbitration proceedings will fall outside the scope of the provision. If, on the other hand, the national provision appears general enough to cover any civil proceeding brought before the ordinary courts, this will be a good indication that its scope includes arbitration.¹⁰² In any event, the question of binding effect is not of great practical significance because the above national provisions refer only to follow-on civil claims for damages, which are very rarely submitted to arbitration.¹⁰³

3. Direct Intervention by the Commission as an Exceptional Corrective Mechanism

There are exceptional cases where a public antitrust authority can directly intervene in an arbitration and where the arbitrators themselves are directly subject to the authority's powers. A relevant precedent is the *Organic Peroxides* case,¹⁰⁴ where the European Commission did not shy away from fining a cartel facilitator which had acted as a secretary to the parties and facilitated the

100 Similar provisions exist in Czech and Hungarian law.

101 Compare Kurkela, Levin, Liebscher and Sommer 2007: 194; Nazzini 2008: 109.

102 This is the case of s. 33(4) of the German Competition Act and probably of s. 58A of the UK Competition Act 1998, as subsequently amended.

103 Needless to repeat that an arbitration tribunal's failure to be bound by an infringement decision of a public authority, will only amount to a misapplication of the specific applicable law, and, as such, will not suffice to qualify as a violation of public policy (see *mutatis mutandis* above).

104 Commission Decision 2005/349/EC of 10 December 2003 (*Organic peroxides*), OJ [2005] L 110/44, para. 84. See, on appeal, case T-99/04, *AC-Treuhand AG v. Commission*, [2008] ECR II-1501. Recently,

implementation of the agreement. In the extreme case where an arbitration tribunal is internal to the cartel and has the function to ensure compliance and to discipline cartel members that “cheat” on the cartel’s decisions, there is no valid reason why these “arbitrators” should not be subject to the full powers of the Commission, as well as to penalties. Arbitrators, like other professionals such as lawyers,¹⁰⁵ are “undertakings” and would act here as an ancillary vehicle that supports, reinforces and facilitates the anti-competitive conduct.

The Commission also has many indirect ways to interfere with arbitration proceedings or awards which it considers to be detrimental to EU competition law. It has resorted to such indirect routes on one occasion in the past, in the *Preflex/Lipski* case.¹⁰⁶ The facts were that an arbitral award had required that the defendant continue to pay license fees pursuant to a patent licensing agreement after the expiry of the patents. The Commission held that this agreement as interpreted by the arbitral award, which in fact had even been subsequently approved by a national court,¹⁰⁷ was incompatible with the Treaty competition rules. It did not, of course, set aside the arbitral award or – obviously – the national court’s judgment, since this is not possible under EU law. It did, however, communicate its objections to the parties and in essence rejected the construction given by the arbitral tribunal to the problematic contractual clause.¹⁰⁸ As a result, the parties complied with the Commission’s views and reached a settlement, thus putting an end to the dispute.

Such a Commission practice can have far-reaching consequences in like situations. Essentially, it could mean that each party to an agreement can, at least indirectly, bring an arbitral award before the Commission, by filing a complaint with it, hoping that the Commission will in effect enjoin the

the Commission imposed once more a fine against AC-Treuhand in another cartel facilitation case (see Commission Press Release IP/09/1695 of 11 November 2009).

105 Case C-35/99, *Criminal Proceedings against Manuele Arduino*, [2002] ECR I-1529, paras. 37-38 (by implication); case C-309/99, *J.C.J. Wouters et al. v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, [2002] ECR I-1577, paras. 48-49.

106 See Commission Xth Report on Competition Policy – 1980 (Brussels/Luxembourg, 1981), para. 126, pp. 87-88.

107 Civ. Bruxelles, 15.10.1975, *Preflex SA v. Lipski*, 91 JdT 493 (1976). The Brussels court of first instance rejected an action to have the award set aside, because, after dealing with the EU competition issue, it concluded that no infringement had taken place.

108 See further on that case De Mello 1982: 373-374; Idot 1993b: 280-281; Bos 1995: 425.

parties from enforcing the agreement, if the latter, as construed by the award, is found to be incompatible with EU antitrust rules. The result is that the *res judicata* effect of the arbitral award in question will only be nominal.

Such an – indeed remote – possibility can be a powerful deterrent and corrective mechanism in appropriate cases, where the enforcement of the arbitral award by the parties can be expected to have serious anti-competitive effects on the market. However, a Commission intervention to enjoin the parties from enforcing a final arbitral award, especially after a national court has sanctioned an arbitral award, should be a rare course, to be taken only if there is at stake a strong EU public interest necessitating intervention, and not just the individual interest of the losing party of the arbitration.¹⁰⁹ The Commission should not, therefore, allow itself to be considered as an “appeal tribunal” in such arbitrations but should leave this to the initiative of the losing party and to the courts to remedy pursuant to the applicable civil procedures.

V. THE ULTIMATE SAFEGUARD: THE PUBLIC POLICY CONTROL OF ARBITRAL AWARDS

1. *Eco Swiss*

Quite apart from any other preventive or corrective mechanism for the effective application of the Treaty competition provisions by arbitrators, review by state courts constitutes the ultimate and most efficient safeguard. The *ordre public* nature of the EU competition provisions and the duty of EU Member State courts to review and set aside arbitral awards that violate those fundamental provisions were forcefully pronounced in *Eco Swiss*.¹¹⁰

The Court of Justice recognised the legitimate interest of Member States that the judicial review of arbitral awards be limited. However, in view of the fundamental importance of Article 101 TFEU and having regard to the necessity of a uniform and effective application of EU competition law, something which under Article 4(3) TEU only national courts can safeguard, it went on to stress that such national courts were under a duty to set aside

¹⁰⁹ See Temple Lang 1995: 426.

¹¹⁰ Cited *supra* note 16. For commentaries of that case see *inter alia* Idot 1999; Radicati di Brozolo 1999: 665 *et seq.*; Komninos 2000; Weyer 2000; Poillot-Peruzzetto 2000; Liebscher 2000.

awards that violate the competition rules.¹¹¹ Of particular importance was under the Court's reasoning the inability of arbitrators to address Article 267 TFEU preliminary references on matters of EU law to the Court of Justice as a result of *Nordsee*.¹¹² It was up to national courts to send such references to Luxembourg, while exercising their review powers over arbitral awards. Obstructive national procedural rules, such as the rule that a party may not raise for the first time issues at a setting aside proceeding, should not, therefore, be followed.

For the Court of Justice, the EU competition rules express an EU public policy, which is integrated in each national notion of *ordre public*. To reach that conclusion the Court relied on the old Article 3(1)(g) EC and stressed the competition provisions' primacy in the Treaty, since "*Article [101] constitutes a fundamental provision which is essential for the accomplishment of the tasks entrusted to the [Union] and, in particular, for the functioning of the internal market*".¹¹³

The requirement that arbitral awards be submitted to a "communitarised" notion of public policy deserves approval. Any different solution would give rise to an unprecedented forum shopping inside the Union, where parties would opt for the jurisdiction that would be less interposing on arbitral proceedings and awards.

2. The Extent of the Public Policy Control

While *Eco Swiss* clearly stated that the Treaty competition rules pertain to public policy, thus disagreeing with the referring national court, the *Hoge Raad*, which had essentially held that, in its view, competition rules should not be considered a public policy matter in the context of review of arbitral awards, it left open the question as to the scope of the public policy exception. In other words, the Court held that national courts had an EU law duty to refuse to recognise or enforce awards that offend against the EU competition rules and, thus, public policy, but did not give a measure as to what exactly constitutes a violation of public policy. It is not clear whether for the Court of

111 *Eco Swiss*, *supra* note 16, paras. 35-37.

112 *Eco Swiss*, *supra* note 16, para. 40.

113 *Eco Swiss*, *supra* note 16, para. 36. Reference was also made to the automatic nullity of all anti-competitive agreements in Article 101(2) TFEU.

Justice *any* violation or misapplication or ignorance of EU competition law would amount to a public policy violation.

In any event, apart from what the Court of Justice thought about this matter, which is at the end of the day only an *ad hoc* issue that national courts are better equipped to deal with, a reply as to what constitutes a public policy violation must take into account various exigencies. Effectiveness of EU law is one, efficiency of competition law enforcement and deterrence is another, but there are also other conflicting interests and principles. Thus, the principle of finality of arbitral awards, the importance of arbitration for commerce within the EU and other factors must all be taken into account. There is, in fact, a split in post-*Eco Swiss* theory and national jurisprudence between a minimalist and a maximalist approach.¹¹⁴

According to the *minimalist approach*, while the EU competition rules pertain to public policy, in practice it will be in extreme cases that an arbitral award will have to be annulled or refused recognition or enforcement. This would be when the arbitrators have put in effect hard core horizontal restrictions of competition that are repugnantly anti-competitive or when the arbitrators have completely ignored EU competition law although it was argued sufficiently clearly by the parties, thus rendering an award that refers to a practice manifestly anti-competitive. In all other cases there should be no public policy violation, especially if the arbitrators took into account the competition law question, yet decided it erroneously. Reviewing arbitral awards for errors, according to this line of argument, would amount to *révision au fond*.

A review of the jurisprudence shows that the minimalist approach finds favour with the national courts in the EU. In the celebrated *Thalès* case, the Paris Court of Appeal, a court particularly experienced both in competition law and arbitration,¹¹⁵ accepted that, while EU competition law is a matter of public policy, the violation of public policy in an international arbitration case must be “*flagrant, effective and concrete*”, in order to lead to the setting aside of an arbitral award.¹¹⁶ In this case, an arbitral award awarded damages

114 The minimalist and maximalist approaches are excellently presented by Radicati di Brozolo 2004: 23 *et seq.*

115 The Paris Court of Appeal is the competent court to hear appeals against the *Autorité de la concurrence* and at the same time it hears numerous setting aside actions against arbitral awards rendered in Paris, seat of the ICC and international arbitration site.

116 CA Paris, 18.11.2004, *Thalès v. Euromissile*, (2005) Rev.Arb. 750.

to Euromissile on the basis of a licensing agreement, which stipulated that Euromissile would hold for twenty years the exclusive right to produce and sell a missile in Europe. A dispute arose when Thalès decided to proceed itself to the production of the missile, through a subsidiary. Euromissile brought the dispute before an ICC arbitration tribunal, which rendered a partial award in 2000 and a final one in 2002. The arbitrators awarded € 108 million to Euromissile and Thalès applied to the Paris Court of Appeal to set the award aside, because the licensing agreement was allegedly incompatible with the EU competition rules and thus null and void. In particular, Thalès's competition argument was based on the allegedly excessive duration of the exclusivity arrangement and on the market-sharing elements therein.

The competition law question had not been raised by any of the parties (or the arbitrators themselves) during the arbitration proceedings, and it was only at the review stage that Thalès relied upon it to make the public policy argument. The parties had expert legal advice throughout the arbitration proceedings and the arbitrators were experienced, yet the competition issue never arose. The Court of Appeal noted this rather inconsistent behaviour of the plaintiff (*venire contra factum proprium*) and was not impressed by the EU competition law point. Although it did accept that the competition law arguments were not totally frivolous, it held that they required a detailed examination of the substance, for which the court and the setting aside procedure were ill-suited, otherwise this would mean reviewing the merits of the case (*révision au fond*), which French law, like most modern arbitration laws, does not allow for. It is evident from the judgment that the court considered the competition law argument not “eye-catching” enough to substantiate a violation of public policy. The infringement of the competition rules had to be “manifest” for the setting aside action to be successful.

This approach was followed by the Paris Court of Appeal also in *Cytec*.¹¹⁷ In that case, the arbitral tribunal had rendered two awards. In the first final award, the tribunal found that the main contract was in breach of Article 101(1) TFEU and declared it null and void. However, in the second award, the tribunal awarded damages based on the situation in which the parties would have found themselves had the illegal agreement not been signed. The French court declared the second award, which was rendered in Belgium, as enforceable and refused to re-examine the merits of the dispute. The appellate

117 CA Paris, 23.3.2006, *SNF SAS v. Cytec Industrie BV*, XXXII YCA 282 (2007).

judgment was then confirmed by the French Supreme Court, which repeated the *Thalès* standard of review.¹¹⁸

The same approach was also recently followed by the Higher Regional Court of Thüringen in Germany.¹¹⁹ The case concerned a joint venture R&D-project regarding the development of a new technology. When a dispute arose and resulted in an arbitral award, one of the parties argued that the tribunal had erroneously considered the relevant contracts to be in compliance with Article 101 TFEU. A licensing contract between the parties contained a territorial restriction as well as a field-of-use restriction. The respective party was not allowed to use the licensed technology in Asia. In addition, the use of the licensed technology was restricted with respect to products distributed even within the EU. On those grounds the party argued that these clauses amounted to a restriction of competition and the award should not be enforceable in Germany.

The German court, however, rejected this argument. The court did acknowledge that EU competition law should be deemed to form part of public policy in Germany and referred to *Eco Swiss* but did not find the arbitral award to be inconsistent with Article 101 TFEU. However, the court argued that the territorial restriction only affected the trade outside the EU and therefore did not fall within the scope of Article 101 TFEU. With respect to the field-of-use restriction, the Court held that for the product affected by the field-of-use restriction, no market in the EU existed to date. Secondly, the Court was of the view that the field-of-use restriction only prevented the affected party from selling products in the EU as far as they were produced on the basis of the licensed technology. The party therefore was considered to be free to distribute in the EU products based on technologies. The court also pointed out that restrictions of this kind could be exempt under Article 101(3) TFEU. In any event, the court held that the public policy control exercised by German courts over arbitral awards could not go as far as revisiting the merits of the case (*révision au fond*).

In Greece, another recent judgment followed an approach, which essentially amounts to a more reserved approach as far as review of awards

118 Cass.Civ., 4.6.2008, *SNF SAS v. Cytec Industries BV*, 135 JDI (*Clunet*) 1107 (2008) with a comment by Mourre, 135 JDI (*Clunet*) 1109 (2008). See also CA Paris, 15.3.2007, *Tamkar v. RC Group*, 127 GP n.º 194-198 42 (2007).

119 OLG Thüringer, 8.8.2007, 4 Sch 3/06 – *Schott*, 58 WuW 353 (2008).

is concerned.¹²⁰ The Greek Supreme Court (*Areios Pagos*) followed faithfully the ECJ jurisprudence and held that the basic provisions of EU and Greek competition law pertain to Greek public policy and any arbitral award that would run counter to the latter cannot be enforced in Greece. However, the Supreme Court confirmed the appellate court's judgment, which had declared a foreign arbitral award enforceable, notwithstanding the arguments raised by the losing party that the award violated Article 101 TFEU.¹²¹ The Greek court held that the arbitral tribunal did apply the EU competition provisions but merely rejected the arguments based on these provisions in their merits. Since the arbitrator applied these provisions, there should be no case of public policy violation.

In Italy, too, while courts accept that Articles 101 and 102 TFEU pertain to public policy, in two recent judgments, they granted enforcement to awards which had decided a competition law dispute and which were alleged to have reached an incorrect decision on this issue, purportedly in breach of public policy. In both cases the courts were satisfied that the arbitrators had sufficiently taken into account the principles of competition law in their reasoning, without needing to proceed to an in-depth review.¹²² Finally, in Sweden, an appellate court refused to set aside an award for violation of the EU state aid rules, holding that an infringement of competition law can be considered a violation of public policy “*only in obvious cases*”.¹²³

The *maximalist approach*, on the other hand, relies on the rather general language of *Eco Swiss* and places more emphasis on the EU principle of effectiveness. According to this line of argument, most violations of EU competition law, whose goal is always the protection of the public interest, should qualify as a public policy violation. Only very slight errors should be

120 Court of Appeal of Thessaloniki, Judgment n° 1207/2007, confirmed on appeal by Areios Pagos, Judgment n° 1665/2009.

121 The argument advanced by the losing party in the arbitration was that the main contract led to price discrimination.

122 Florence Court of Appeal, 21.3.2006, *Soc. Nuovo Pignone v. Schlumberger SA*, with a comment by Treccani 2008; Milan Court of Appeal, 5.7.2006, *Terra Armata Srl v. Tensacciai SpA*, 25 Bull.ASA 618 (2007). In the latter case, the losing party tried also to have the award set aside in Switzerland but failed. The Swiss Supreme Court refused to consider that EU competition law forms part of its notion of public policy, which it views very narrowly. See Tribunal Fédéral, 8.3.2006, *Tensacciai v. Terra Armata*, (2006) Rev. Arb. 763. See further Volders and Rétornaz 2006. Similarly, a complaint filed with the Italian Competition Authority was not successful.

123 Svea Court of Appeal, 4.5.2005, *Republic of Latvia v. Latvijas Gaze*, Case No. T 6730-03.

excusable and the arbitrators should be cautious when EU law is at stake, perhaps more so than in other comparable situations of national mandatory rules.

The maximalist approach has not been very successful with national courts in the EU. There are at least two national judgments representing this current, one of which has been recently reversed. *MDI* represents the first judgment rendered by an EU Member State court, in the Netherlands, whereby an arbitral award was not recognised and enforced on public policy grounds because of the award's violation of EU competition law. The case concerned an exclusive licensing agreement providing for a grant-back clause with respect to improvements made on technologies licensed. The contract also contained an American Arbitration Association clause and a choice of the law of the State of Michigan and of the United States.

Further to a dispute as to the licensee's obligations to pay royalties to the licensor, arbitration proceedings were initiated in the US. The winning party (the licensor) petitioned a Dutch lower court to enforce the relevant US arbitral awards pursuant to Article 1075 of the Dutch Code of Civil Procedure and to the New York Convention but the Dutch court refused to order the enforcement of the awards *inter alia* on public policy grounds, because in its view the exclusive agreement upheld by the awards was contrary to Article 101(1) TFEU due to its market-sharing elements.¹²⁴ The main contract was further found ineligible to fall under the then applicable block exemption Regulation 240/1996 on technology transfers,¹²⁵ because of the grant-back clause which the Regulation did not allow. There was also no possibility of individual exemption because the agreement was never notified to the Commission.

On appeal, the Court of Appeal of The Hague referred to *Eco Swiss* and considered that the main contract was *prima facie* anti-competitive, because it awarded an exclusive licence to manufacture and sell products in the countries of the Benelux. It also noted that the awards found the licensee in breach of contract because the latter was offering products protected by the licensor's patents outside its exclusivity territory. The Court then referred to

124 Pres. Rechtbank The Hague, *Marketing Displays International Inc. v. VR Van Raalte Reclame BV*, 27.5.2004, KG/RK 2002-979 and 2002-1617, 8(2) SIAR 201 (2006).

125 Commission Regulation 240/96 of 31 January 1996 on the Application of Article 85(3) of the Treaty to Certain Categories of Technology Transfer Agreements, OJ [1996] L 31/2.

the block exemption Regulations applicable at the relevant time and noted that they all disapproved of grant-back clauses. These were, in the Court's words, "*intolerable restrictions*". In these circumstances, the Dutch court considered that the enforcement of the three US arbitral awards should be denied pursuant to Article V(2)(b) of the New York Convention.¹²⁶

A similar approach was taken in Belgium in *Cytec*, where a first instance court set aside an award rendered in Brussels for violation of EU competition law. In that case, the arbitral tribunal had rendered two awards. In the first final award, the tribunal found that the main contract was in breach of Article 101(1) TFEU and declared it null and void. However, in the second award, the tribunal awarded damages based on the situation in which the parties would have found themselves had the illegal agreement not been signed. The Belgian first instance court, although only dealing with the second award which had established liability in damages, clearly disagreed with the approach taken by the Paris Court of Appeal in *Thalès* and held that the violation of EU competition law does not have to be flagrant for there to be a public policy violation.¹²⁷

On appeal,¹²⁸ however, the Brussels Court of Appeal stressed that it did not have the power to revisit the merits of the dispute and substitute the arbitral tribunal's opinion with its own or examine legal errors possibly made by the arbitral tribunal. The court did not dispute that Articles 101 and 102 TFEU pertained to public policy but, at the same time, acknowledged that the arbitral tribunal had, in its first award, declared the illegality of the agreement while merely settling the question of damages in the second award. Because of the prohibition of *révision au fond*, Belgian courts could not revisit other aspects of the case, including the award of damages. It is interesting to note here that, notwithstanding the Belgian annulment judgment at first instance, the same award was, as explained above, declared enforceable in France.¹²⁹

126 Cited *supra* note 97.

127 Trib. prem. inst. Bruxelles, 8.3.2007, *SNF SAS v. Cytec Industrie BV*, 127 GP n.º 112-114 53 (2007).

128 Cour d'appel de Bruxelles, 22.6.2009, *SNF SAS v. Cytec Industrie BV*, (2009) Rev.Arb. 574, with a comment by Mourre 2009.

129 A complaint to the European Commission was similarly unsuccessful.

3. A Proposed Balanced Approach for Review of Arbitral Awards

In our view, the minimalist approach or a variant thereof would be preferable for a number of reasons.

It is noteworthy that the Court of Justice proceeded to the pronouncement as to the public policy nature of the Treaty competition rules by choosing to refer to the 1958 United Nations New York Convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards, which in Article V(2)(b) includes a public policy for non-recognition and non-enforcement of foreign awards.¹³⁰ The Court did not have to this, since it was not requested about this question by the referring court and indeed the New York Convention was not applicable to the case at issue, because the award had been rendered domestically and was subject to a setting aside and not to an *exequatur* procedure in a foreign country.

This means that the Court did not intend to add a self-standing ground for review of arbitral awards in the international context (possibly based on Article 4(3) TEU) but rather preferred to integrate the notion of EU public policy in the respective national notions. The Court thought that this was a sufficient safeguard for the effectiveness of EU law.¹³¹ This approach is also in line with another ruling of the Court of Justice that rejected an over-expansive reading of Article 4(3) TEU and, citing *Eco Swiss*, held that “[Union] law does not require a national court to disapply domestic rules of procedure conferring finality on a decision, even if to do so would enable it to remedy an infringement of [Union] law by the decision at issue”.¹³²

At the same time, the Court must certainly have been conscious of the very restrictive reading of public policy (*ordre public international*), when reviewing international arbitral awards. If the Court did not accept such national judicial attitudes of self-restraint, it could have easily made this evident.

It is noteworthy that the fact that municipal courts have invariably adopted a liberal approach towards arbitrability of competition law disputes, does not and should not make the review of arbitral awards easier, on public policy grounds.¹³³ That would in effect undermine arbitrability through the back

¹³⁰ *Eco Swiss*, *supra* note 16, paras. 38-39.

¹³¹ See also generally Van der Haegen 2009: 474-475.

¹³² Case C-234/04, *Rosmarie Kapferer v. Schlank & Schick GmbH*, [2006] ECR I-2585, para. 21.

¹³³ For this view, see *inter alia* Hanotiau and Caprasse 2008.

door. Indeed, while the US Supreme Court, in the landmark *Mitsubishi* case, did say that “*in the event the choice-of-forum and choice-of-law clauses operate ... in tandem as a prospective waiver of a party’s right to pursue statutory remedies for antitrust violations, [it] would have little hesitation in condemning the agreement as against public policy*”,¹³⁴ the US courts, have not relied on this *dictum* to show hostility to arbitration.¹³⁵ Indeed, the US Supreme Court in *Mitsubishi* itself made it clear that its admission of the arbitrability of the antitrust disputes was due to the strong federal policy favouring international arbitration and was not conditioned by any change of the standard of review of awards on public policy grounds.¹³⁶

Besides, the Court of Justice has on many occasions interpreted the concept of public policy in the context of the old 1968 Brussels Convention on jurisdiction and enforcement of judgments.¹³⁷ It has always followed a very restrictive interpretation because it has considered free movement of judgments as an important principle for European integration. The Court of Justice has held, in particular that the purpose of the old Article 293(d) EC, on the basis of which the Member States concluded the Brussels Convention, is

“to facilitate the working of the [internal] market through the adoption of rules of jurisdiction for disputes relating thereto and through the elimination, as far as is possible, of difficulties concerning the recognition and enforcement of judgments in the territory of the Contracting States ... In fact it is not disputed that the Brussels Convention helps to ensure the smooth working of the internal market”.¹³⁸

134 *Mitsubishi*, *supra* note 19, at 637, fn. 19.

135 See e.g. *Richards v. Lloyd’s of London*, 135 F.3d 1289 (9th Cir.) (en banc), cert. denied, 119 S.Ct. 365, 142 L.Ed.2d 301 (1998): “we do not believe *dictum* in a footnote regarding antitrust law outweighs the extended discussion and holding in *Scherk* on the validity of clauses specifying the forum and applicable law” (at 1295). See also *Simula v. Autoliv*, 175 F.3d 716 (9th Cir. 1999).

136 See, in particular, Mourre 2011.

137 1968 Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, Consolidated Version, OJ [1998] C 27/1.

138 Case C-281/02, *Andrew Owusu v. N. B. Jackson, trading as “Villa Holidays Bal-Inn Villas” et al.*, [2005] ECR I-1383, para. 33.

With regard to the specific question of the public policy exception,¹³⁹ the Court of Justice has consistently stressed in a series of cases that the public policy exception is meant to operate only in “*exceptional cases*”.¹⁴⁰ In a judgment rendered after *Eco Swiss*, the Court of Justice had to examine whether a French judgment that had allegedly violated the free movement provisions of the Treaty and Article 102 TFEU could be resisted in Italy and thus be refused recognition on public policy grounds.¹⁴¹ That the free movement provisions of the Treaty and Article 102 TFEU pertain to the public policy notion of Article 27(1) of the Brussels Convention was explicitly stressed by Advocate General Alber in his Opinion¹⁴² and implicitly accepted by the Court.¹⁴³ The Court, however, made it clear that a public policy violation was to operate in very exceptional circumstances and that an alleged violation of fundamental provisions of EU law did not suffice as such.¹⁴⁴

The “communitarisation” of the Brussels Convention through the adoption of Regulation 44/2001 has further reduced the scope of the public policy exception by adding an important qualification to the text of the current Article 34(1) of that Regulation: the recognition of the foreign judgment must be “manifestly” contrary to the public policy of the forum. This is indicative of the exceptional character of this provision, which has apparently led to the non-recognition/non-enforcement of judgments only in a handful of occasions in the past.¹⁴⁵

On the basis of the above an important argument can be made that surely the function of the public policy exception in the context of arbitration

139 Art. 27(1) Brussels Convention; Art. 34(1) Council Regulation 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, OJ [2001] L 12/1.

140 Case 145/86, *Horst Ludwig Martin Hoffmann v. Adelheid Krieg*, [1988] ECR 645, para. 21; case C-78/95, *Bernardus Hendrikman and Maria Feyen v. Magenta Druck & Verlag GmbH*, [1996] ECR I-4943, para. 23; case C-7/98, *Dieter Krombach v. André Bamberski*, [2000] ECR I-1935, para. 21; case C-394/07, *Marco Gambazzi v. DaimlerChrysler Canada Inc. and CIBC Mellon Trust Company*, [2009] ECR I-2563, para. 27.

141 Case C-38/98, *SA Régie Nationale des Usines Renault v. Maxicar SpA and Orazio Formento*, [2000] ECR I-2973.

142 See paras. 66-67 and 86 of AG Alber’s Opinion.

143 *Renault*, *supra* note 141, paras. 31-32.

144 *Ibid*, paras. 26 to 32.

145 For a German example, see BGH, 16.9.93, 46 NJW 3269 (1993); for a French one, see Cass.civ., 16.3.1999, *Pordea v. Sté Times Newspapers Ltd.*, 126 JDI (*Clunet*) 773 (1999); for an English one, see *W. Maronier v. B. Larmer* (CA), [2002] ILPr. 39.

must not be different from its function in the context of the enforcement of judgments. Indeed, the necessity of recognition and enforcement of arbitral awards was mentioned side-by-side in the old Article 293 EC with the necessity of recognition and enforcement of judgments. Exactly like free movement of judgments, free movement of arbitral awards within the EU furthers European integration and is extremely beneficial to the four freedoms. It should therefore be accorded the same degree of deference.

On the basis of the above, a public policy violation and a corresponding duty of national courts to set aside or refuse to enforce an arbitral award should exist only when the competition law issue has been totally neglected by the arbitrators with the manifest aim to evade the competition rules or in case of a *prima facie* illegality or conflict with such rules.

Thus, complete disregard of EU competition law and failure to address the competition law point on the part of the arbitrators, especially when the competition law infringement is rather obvious and serious, may offend against public policy.¹⁴⁶ It may also constitute a presumption of the parties' (and the arbitrators') intention to evade the law. However, in such cases, one must be careful not to reward conduct by parties who choose not to raise the competition law issue during the arbitration proceedings and prefer to wait and see whether they lose or win, in order to challenge the award.

Then, not every incompatibility between the arbitral award and the competition rules should qualify as a public policy violation. The competition law violation must be very serious, in order for an arbitral award to be refused recognition or enforcement on public policy grounds.¹⁴⁷ A restriction of competition in a horizontal agreement is likely to be more detrimental for competition than a restriction in a vertical agreement.¹⁴⁸ A cartel would certainly qualify as a repugnant infringement of the competition rules.¹⁴⁹ Another similar distinction can be made between *per se* rules of prohibition and rule of reason competition law violations. It should be only *per se*

146 See Radicati di Brozolo 1999: 690.

147 See *idem*, pp. 688-691.

148 See Liebscher 2003b: 44.

149 See further *idem*, pp. 44-47.

violations that should attract attention by state courts when reviewing an arbitral award.¹⁵⁰

The simply erroneous application of EU competition law by arbitrators would not qualify as a violation of *ordre public*,¹⁵¹ otherwise the most fundamental principle of the finality of arbitral awards (prohibition of the review on the merits – *révision au fond*) would be put at stake.¹⁵² Errors of law or fact are not considered a setting-aside ground, at least in the international arbitration context,¹⁵³ and are not a privilege of the arbitrators. State courts also make errors and there is no reason to treat arbitral tribunals different than state courts. Only in very exceptional cases of gross errors made by the arbitrators, should such review of the merits of the award result in non-recognition.¹⁵⁴

In sum, it seems that in all cases where the arbitrators *did genuinely apply* the EU competition rules, having fully considered the arguments of the parties and having provided a substantial reasoning in their award, review of the award should not be possible, even if the award erred in that application.¹⁵⁵ Finally, it must always be realised that in the context of enforcement of foreign arbitral awards, where the scope of the public policy exception is quite narrow, it is only the *effects* of the recognition of an award in the territory of the forum of enforcement that matter and not the offending award's mere *existence*. Only if those effects are intolerable and would run counter to the most fundamental principles of law and morality in that jurisdiction, should there be a public policy violation.¹⁵⁶

150 See *idem*, p. 47.

151 See Derains 2003b: 338.

152 See Hanotiau 1997: 57-58; Idot 2004d: 182.

153 See Gaitis 2004: 65-66.

154 See Komninos 2003: 371; Radicati di Brozolo 2004: 28-32, in particular, p. 29.

155 See Radicati di Brozolo 2004: 28-29; Idot (2004d: 182), who goes as far as accepting that even an arbitral award that is manifestly contrary to EU competition law would probably not constitute a violation of public policy, as long as the EU competition issue has been raised and debated during the arbitration.

156 See Liebscher 2000: 83-84.

CONCLUSIONS

The possibility of an arbitral award's being set aside or being refused recognition and enforcement in case of violation of *ordre public* is an appropriate *ultimum refugium* for ensuring a balanced relationship between arbitration and competition law enforcement. The mere deterrent effect of this possibility is such that it ensures in the best way that due respect will be paid to those norms. It also fits well with the nature of arbitration and it does not endanger its flexibility and informality. Arbitrators are still (post-*Eco Swiss*) the “masters of the arbitral proceedings”. The difference is that they have the responsibility or the burden to exercise this discretion in an appropriate way, so as to render an enforceable award.

Indeed, a fundamental concern of the arbitrators is to render an award that will be enforceable.¹⁵⁷ In international commercial arbitration regard should also be given to Article 41 of the 2012 ICC Arbitration and ADR Rules,¹⁵⁸ according to which “*the Arbitral Tribunal ... shall make every effort to make sure that the Award is enforceable at law*”.¹⁵⁹ The efficiency of arbitration as an institution would be compromised, if arbitrators were to render awards that would be liable to non-enforcement or annulment, because of their incompatibility with mandatory legal provisions, whose infringement surely constitutes a public policy violation. As a former Secretary-General of the ICC Court of Arbitration stresses, referring to that problem in international commercial arbitration,

“an international arbitrator is bound as regards the ‘Societas Mercatorum’ to ensure that arbitration does not become an instrument for fraud upon the legitimate interests of the State. If he neglects that duty, international arbitration will disappear, at the expense of the development of international trade”.¹⁶⁰

157 See *Idot* 1996: 570.

158 See <http://www.iccwbo.org/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id=2147489109>.

159 See the opinion of a former Secretary-General of the ICC International Court of Arbitration: Schwartz (1994: 23), according to whom this Article entails that arbitrators may, if necessary, invoke of their own motion mandatory rules of law that may have an impact on the validity of the transaction that is the subject of arbitration.

160 See Derains 1993: 267. See also the Report Adopted by the Working Party on Arbitration and Competition and Approved by the Executive Board of the ICC on 4.4.1984, in (1984) *Rev.Suisse Dr.Int. Conc.*, n° 21, 37, which stresses that “*the arbitrators must avoid any decision incompatible with public policy if they wish to ensure the effectiveness of the arbitration. If they consider that they have jurisdiction,*

Therefore, it is recognised that “*in reality, the attitude and action of an arbitrator faced with an [EU] antitrust issue should be influenced by pragmatism rather than principle*”.¹⁶¹ Particularly in cases where an infringement of EU competition law appears gross and certain and where an EU Member State is a likely forum for the enforcement of the award, the arbitrators are expected to apply the competition provisions of the Treaty, even if the parties have not raised such issues, and, as judges of the contract, they can draw the relevant consequences as a result of this illegality and nullity of the anti-competitive arrangement.¹⁶² The same holds true even if the parties have opted for a non-EU Member State law as *lex causae* and regardless of the arbitral tribunal’s EU or extra-EU seat.¹⁶³

they should apply the rules of public policy. And it must be stressed that even when they are ‘amiable compositeurs’ they have to respect the rules of public policy” (p. 38).

161 See Lew 1986: 80.

162 See Grossen 1984: 42.

163 See e.g. the ICC arbitral award in case n° 8626/1996, *supra* note 89, which was decided pre-*Eco Swiss*. An arbitral tribunal sitting in Switzerland, notwithstanding the parties’ selection of New York law, proceeded to apply Art. 101 TFEU and the then block exemption Regulation on know-how licensing agreements (Reg. 556/89) and considered illegal a non-competition clause in the main contract. The tribunal recognised that this might not have been the case under New York law, but nevertheless opted to apply the EU competition provisions to that specific issue in view of the effect that the anti-competitive clause had on EU Member States. The tribunal made particular reference to the then Art. 26 of the *ICC Rules of Conciliation and Arbitration of 1988*, (now Art. 41 of the *2012 ICC Arbitration and ADR Rules*).

REFERENCES

ABDELGAWAD, W.

2001 *Arbitrage et droit de la concurrence, Contribution à l'étude des rapports entre ordre spontané et ordre organisé*, Paris.

2004 "L'arbitrage international et le nouveau règlement d'application des articles 81 et 82 CE", *Rev.Arb.* 253.

BASTIANON, S.

2004 "Il decentramento del diritto comunitario della concorrenza e l'arbitrabilità delle controversie antitrust", 9 *Danno e Responsabilità* 353.

BAUDENBACHER, C.

2003 "Enforcement of EC and EEA Competition Rules by Arbitration Tribunals Inside and Outside the EU", in Ehlermann & Atanasiu (Eds.), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Oxford/Portland.

BERGER, K.P.

1999 *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, The Hague/London/Boston.

BLANKE, G.

2006 *The Use and Utility of International Arbitration in EC Commission Merger Remedies, A Novel Supranational Paradigm in the Making?*, Groningen.

2007 "The Use of Arbitration in EC Merger Control: Latest Developments", 28 *ECLR* 673.

2008a "The Use of International Arbitration under Article 81(3) of the EC Treaty and under Article 9 of Regulation 1/2003", 6 *SchiedsVZ* 234.

2008b "The Case for Supranational Arbitration – Ideas and Prospects", 19 *EBLR* 17.

BLANKE, G. & NAZZINI, R.

2008-2009 "Arbitration and ADR of Global Competition Disputes: Taking Stock", 1 *GCLR* 46, 78, 133 and 2 *GCLR* 1.

BLANKE G. & SABAHI B.

2008 "The New World of Unilateral Offers to Arbitrate: Investment Arbitration and EC Merger Control", 74 *Arb.* 211.

BLESSING, M.

2000 "Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspectives", in Berti, Honsell *et al.* (Eds.), *International Arbitration in Switzerland, An Introduction to and a Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute*, Basle/The Hague/London/Boston.

2003 *Arbitrating Antitrust and Merger Control Issues*, Basle/Geneva/Munich.

Bos, M.

1995 “Panel Discussion: International Arbitration”, in Hawk (Ed.), *International Antitrust Law and Policy 1994, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, New York/The Hague.

BOUTARD-LABARDE, M.-C., CANIVET, G., CLAUDEL, E., MICHEL-AMSELLEM V. & VIALENS, J.

2008 *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, Paris.

BOWSHER, M.

2005 “Arbitration and Competition”, in Ward & Smith (Eds.), *Competition Litigation in the UK*, London.

CAPORALE, F.

1993 Comment of Corte d'Appello Bologna, 11.10.1990, COVEME SpA v. CFI – Compagnie Française des Isolants SA, 7 *Dir.Comm.Int.* 725.

DALHUISEN, J.

1995 “The Arbitrability of Competition Issues”, 11 *Arb.Int'l* 151.

DE GRUYSE, L.

1994 “Quelques propos sur l'arbitrage en matière des brevets d'invention”, in *Jura vigilantibus, Antoine Braun, les droits intellectuels, le barreau*, Brussels.

DE MELO, X.

1982 “Arbitrage et droit communautaire”, *Rev.Arb.* 349.

DEMPEGIOTIS, S.

2008 “EC Competition Law and International Commercial Arbitration: A New Era in the Interplay of These Legal Orders and a New Challenge for the European Commission”, 1 *GAR* 135.

DERAINS, Y.

1993 “Report”, in *Competition and Arbitration Law, Institute of International Business Law and Practice, ICC*, Paris.

2003a “L'arbitre, la Commission et la Cour : questions de procédure”, 123 *GP* n.º 148-149 45

2003b “Specific Issues Arising in the Enforcement of EC Antitrust Rules by Arbitration Courts”, in Ehlermann & Atanasiu (Eds.), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Oxford/Portland.

DOLMANS, M. & GRIERSON, J.

2003 “Arbitration and the Modernization of EC Antitrust Law: New Opportunities and New Responsibilities”, 14(2) *ICC Bull.* 37.

EDWARD, D.

2001 “The Modernisation of EC Antitrust Policy: Issues for Courts and Judges”, in Ehlermann & Atanasiu (Eds.), *European Competition Law Annual 2000: The Modernisation of EC Antitrust Policy*, Oxford/Portland.

EILMANSBERGER, T.

2006 “Die Bedeutung der Art. 81 und 82 EG für Schiedsverfahren”, 4 *SchiedsVZ* 5.

ESSEIVA, D.

1996 “L’application du droit européen des cartels par le juge civil sur la base de l’article 137 LDIP”, *Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle* 694.

FALVELLA, N.

1997 Comment of Corte di Cassazione, 21.8.1996, n° 7733, Telecolor SpA v. Technocolor SpA, 47 *Giust. Civ.* I-1375.

FALLON, M. & FRANCO, S.

2011 “Private Enforcement of Antitrust Provisions and the Rome I Regulation”, in: Basedow, Francq & Idot (Eds.), *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford/Portland.

FRANCO, S. & WURMNEST, W.

2011 “International Claims Based on Violations of Competition Law under the Rome II-Regulation”, in: Basedow, Francq & Idot (Eds.), *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford/Portland.

FOX, E.

1999 “Panel Discussion: EC Competition System: Proposals for Reform”, in Hawk (Ed.), *International Antitrust Law and Policy 1998, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, New York.

GAILLARD, E. & SAVAGE, J. (Eds.)

1999 *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague/Boston/London.

GAITIS, J.

2004 “International and Domestic Arbitration Procedure: The Need for a Rule Providing a Limited Opportunity for Arbitral Reconsideration of Reasoned Awards”, 15 *Am.Rev.Int’l Arb.* 9.

GIPPINI-FOURNIER, E.

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.

GOFFIN, L.

1990 “L'arbitrage et le droit européen”, 67 *RDIDC* 315.

GROSSEN, J.-M.

1984 “Arbitrage et droit de la concurrence”, in Reymond & Bucher (Eds.), *Recueil de travaux suisses sur l'arbitrage international*, Zurich.

HANOTIAU, B.

1997 “L'arbitrage et le droit européen de la concurrence”, in Briner, Derains et al. (Eds.), *L'arbitrage et le droit européen, Actes du colloque international du CEPANI du 25 avril 1997*, Bruxelles.

HANOTIAU, B. & CAPRASSE, O.

2008 “Arbitrability, Due Process, and Public Policy under Article V of the New York Convention: Belgian and French Perspectives”, 25 *JInt'Lab.* 721.

HEITZMANN, M. & GRIERSON, J.

2007 “The French Approach to Arbitrating EC Competition Law in the Light of the Paris Court of Appeal's Decision in SNF vs Cytec Industries”, in Zuberbühler & Oetiker (Eds.), *Practical Aspects of Arbitrating EC Competition Law*, Zurich/Basle/Geneva.

HELLNER, M.

2002 “Private International Enforcement of Competition Law: The Application of Foreign Competition Law”, 4 *YPIL* 257.

HEUKAMP, F.

2006 *Schiedszusagen in der Europäischen Fusionskontrolle*, Cologne/Berlin/Munich.

HILBIG, K.

2006 *Das gemeinschaftsrechtliche Kartellverbot im internationalen Handelsschiedsverfahren, Anwendung und Gerichtliche Kontrolle*, Munich.

HOWARD, A., ROSE, V. & ROTH, P.

2008 “The Enforcement of the Competition Rules in the Member States”, in Roth & Rose (Eds.), *Bellamy & Child European Community Law of Competition*, Oxford, 2008.

IDOT, L.

1993 Comment of CA Paris, 19.5.1993, Labinal SA v. Mors and Westland Aerospace Ltd., 7 *Europe* 10.

1993b “Judicial Control and Enforcement of the Arbitral Award: Rapport introductif”, in *Competition and Arbitration Law, Institute of International Business Law and Practice*, ICC Paris.

- 1994 Comment of CA Paris, 14.10.1993, *Sté Aplix v. Sté Velcro*, 4 *Europe* 12.
- 1995 “Les conflits de lois en droit de la concurrence”, 122 *JDI (Clunet)* 321.
- 1996 “Arbitrage et droit communautaire”, *RDAl/IBLJ* 561.
- 1999 Comment of Case C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV*, [1999] ECR I-3055, *Rev.Arb.* 639.
- 2000 “Une innovation surprenante : L’introduction de l’arbitrage dans le contrôle communautaire des concentrations”, *Rev.Arb.* 591.
- 2003 “Arbitration and the Reform of Regulation 17/62”, in Ehlermann & Atanasiu (Eds.), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*.
- 2004a “Le droit de la concurrence”, in Fuchs, Muir Watt & Pataut (Eds.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris.
- 2004b “Les entreprises face à la suppression de l’autorisation préalable”, in Mourre (Ed.), *Le nouveau droit communautaire de la concurrence, Les droits de la défense face aux pouvoirs de la Commission européenne*, Paris.
- 2004c *Droit communautaire de la concurrence, Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Paris/Brussels.
- 2004d “France”, in Cahill (Ed.), *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the European Union, FIDE 2004 National Reports*, Cambridge
- 2007 “La place de l’arbitrage dans la résolution des litiges en droit de la concurrence”, *D.* 2681.

JORIS, V.

- 1998 “Communication relative à la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l’application des articles 85 et 86 : Cas d’application jusqu’à présent”, 4 *EC Competition Policy Newsletter* 47.

KARRER, P.

- 2000 “Article 187”, in Berti, Honsell et al. (Eds.), *International Arbitration in Switzerland, An Introduction to and a Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute*, Basle/The Hague/London/Boston.

KOMNINOS, A.P.

- 2000 Comment of Case C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV*, [1999] ECR I-3055, 37 *CMLRev.* 459.
- 2001 “Arbitration and the Modernisation of European Competition Law Enforcement”, 24 *World Competition* 211.
- 2003 “Assistance to Arbitral Tribunals in the Application of EC Competition Law”, in Ehlermann & Atanasiu (Eds.), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Oxford/Portland.

- 2007 “Effect of Commission Decisions on Private Antitrust Litigation: Setting the Story Straight”, 44 *CMLRev.* 1387.
- 2008 *EC Private Antitrust Enforcement, Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Oxford/Portland.
- KURKELA, M., LEVIN, R., LIEBSCHER C. & SOMMER, P.
- 2007 “Certain Procedural Issues in Arbitrating Competition Cases”, 24 *Jint’L Arb.* 189.
- LANDOLT, P.
- 2006 *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*, The Hague.
- LEHMANN, M.
- 2003 Die Schiedsfähigkeit wirtschaftsrechtlicher Streitigkeiten als transnationales Rechtsprinzip, Baden-Baden.
- 2004 “A Plea for a Transnational Approach to Arbitrability in Arbitral Practice”, 42 *Columbia JTransnat’lL* 753.
- LENAERTS K. & PITTIE, M.
- 1997 “Conclusions générales”, in Briner, Derains et al. (Eds.), *L’arbitrage et le droit européen, Actes du colloque international du CEPANI du 25 avril 1997*, Brussels.
- LESGUILLONS, H.
- 2003 “La solitude pondérée de l’arbitre face au droit de la concurrence”, 123 GP n.º 148-149 17.
- LEW, J.D.M.
- 1981-1982 “EEC Law Restriction on Arbitration”, 47 *Arb.* 117.
- 1986 “Determination of Arbitrators’ Jurisdiction and the Public Policy Limitations on that Jurisdiction”, in Lew (Ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, London.
- LEW, J.D.M., MISTELIS, L.A. & KRÖLL, S.M.
- 2003 *Comparative International Commercial Arbitration*, The Hague/London/New York.
- LIEBSCHER, C.
- 2000 “European Public Policy: A Black Box?”, 17(3) *JInt’l Arb* 73.
- 2003a “Arbitration and EC Competition Law – The New Competition Regulation: Back to Square One?”, 6 *Int.ALR* 84 (2003).
- 2003b *The Healthy Award, Challenge in International Commercial Arbitration*, The Hague/London/New York.

- 2006 “L’arbitrage est-il une alternative viable?”, in Idot & Prieto (Eds.), *Les entreprises face au nouveau droit des pratiques anticoncurrentielles : Le Règlement 1/2003 modifie-t-il les stratégies contentieuses ?*, Brussels.
- MAGNUS, U. & MANKOWSKI, P.
- 2004 “The Green Paper on a Future Rome I Regulation – On the Road to a Renewed European Private International Law of Contracts”, 103 *ZVgl. RWiss.* 131.
- MARRELLA, F.
- 2003 “Choice of Law in Third-Millennium Arbitrations: The Relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, 36 *Vand. JTransnat’L* 1137.
- MISRA, J. & JORDANS, R.
- 2006 “Confidentiality in International Arbitration: An Introspection of the Public Interest Exception”, 23 *JInt’lArb.* 39.
- MISTELIS, L.A.
- 2005 “Confidentiality and Third Party Participation: UPS v. Canada and Methanex Corporation v. United States”, 21 *Arb.Int* 211.
- MOURRE, A.
- 2009 Comment of Cour d’appel de Bruxelles, 22.6.2009, SNF SAS v. Cytec Industrie BV, *Rev.Arb.* 594.
- 2011 “Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives”, in Blanke & Landolt (Eds.), *EU and US Antitrust Arbitration, A Handbook for Practitioners*, Volume 1, Alphen aan den Rijn.
- Müller, C.
- 2005 “La confidentialité en arbitrage commercial international : Un trompe-l’œil ?”, 23 *Bull. ASA* 216.
- NAZZINI, R.
- 2004a “International Arbitration and Public Enforcement of Competition Law”, 25 *ECLR* 153.
- 2004b *Concurrent Proceedings in Competition Law, Procedure, Evidence and Remedies*, Oxford.
- 2008 “A Principled Approach to Arbitration of Competition Law Disputes: Competition Authorities as amici curiae and the Status of their Decisions in Arbitral Proceedings”, 19 *EBLR* 89.
- NISSER, K. & BLANKE, G.
- 2006 “Reflections on the Role of the European Commission as amicus curiae in International Arbitration Proceedings”, 27 *ECLR* 174.

NYGH, P.

1999 *Autonomy in International Contracts*, Oxford.

NOURISSAT, C.

2003 “L'arbitrage commercial international face à l'ordre juridique communautaire: Une ère nouvelle?”, *RDAI/IBLJ* 761.

PAULIS, E.

2003 “Panel Discussion: Administrative Antitrust Authorities: Adjudicative and Investigatory Functions”, in Hawk (Ed.), *International Antitrust Law and Policy 2002, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, New York.

PEYROT, P.

2007 “Expert Determination of Competition Issues”, in Zuberbühler & Oetiker (Eds.), *Practical Aspects of Arbitrating EC Competition Law*, Zurich/Basel/Geneva.

POILLOT-PERUZZETTO, S.

2000 “L'ordre public international en droit communautaire : À propos de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés du 1er juin 1999 (affaire Eco Swiss China Time Ltd.)”, *127 JDI (Clunet)* 299.

POUDRET, J.-F. & BESSON, S.

2007 *Comparative Law of International Arbitration*, London.

RADICATI DI BROZOLO, L.

1999 “Arbitrato, diritto della concorrenza, diritto comunitario e regole di procedura nazionali”, *9 Riv.Arbitrato* 665.

2004 “Antitrust: A Paradigm of the Relations between Mandatory Rules and Arbitration: A Fresh Look at the ‘Second Look’”, *7 Int.ALR* 23.

2005 “Arbitrage commercial international et lois de police : Considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international”, *315 Rec.Cours* 265 (2005).

RENOLD, M.-A.

1991 *Les conflits de lois en droit antitrust, Contribution à l'étude de l'application internationale du droit économique*, Zurich.

ROSSI

1993 Comment to Corte d'Appello Bologna, 11.10.1990, COVEME SpA v. CFI – Compagnie Française des Isolants SA, *3 Riv.Arbitrato* 79 (1993).

RUBINO-SAMMARTANO, M.

1992 “*Amiable compositeur* (Joint Mandate to Settle) and *ex bono et aequo* (Discretionary Authority to Mitigate Strict Law: Apparent Synonyms Revisited)”, 9(1) *JInt’L Arb.* 5.

SCHAUB, R.

2005 “Grundlagen und Entwicklungstendenzen des europäischen Kollisionsrechts”, 60 *JZ* 328.

SCHRÖTER, H., JAKOB, T. & MEDERER, W. (Eds.)

2003 *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*, Baden-Baden.

SCHWARTZ, E.

1994 “The Domain of Arbitration and Issues of Arbitrability: The View from the ICC”, 9 *ICSID Rev.* 17.

SCHWARTZ, I. & BASEDOW, J.

1995 “Restrictions on Competition”, in Lipstein (Ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. III, Private International Law, Ch. 35*, Tübingen/Dordrecht/Boston/Lancaster.

SHELKOPLYAS, N.

2003 *The Application of EC Law in Arbitration Proceedings*, Groningen.

SIMONT, L.

1998 “Arbitrage et droit de la concurrence – Quelques réflexions d’un arbitre”, (1998) *RDAI/IBLJ* 547.

TEMPLE LANG, J.

1995 “Panel Discussion: International Arbitration”, in Hawk (Ed.), *International Antitrust Law and Policy 1994, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, New York/The Hague.

THALHAMMER, D.

2005 “Die Rolle der Schiedsgerichte bei der Durchsetzung von EG-Kartellrecht unter dem Regime der VO 1/2003: Zugleich ein Beitrag zu 1 Ob 270/03t und § 124 KartG”, 19 *WBl.* 62.

TRECCANI, M.

2008 Comment of Florence Court of Appeal, 21.3.2006, Soc. Nuovo Pignone v. Schlumberger SA, 54 *Riv.Dir.Civ.* 71.

TRUONG, C.C.Q.

2002 *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, Paris.

- VAN DER HAEGEN, O.
 2009 “European Public Policy in Commercial Arbitration: Bridge over Troubled Water?”, 16 *MJ* 449.
- VAN GERVEN, W.
 1995 “L’arbitrage dans le droit européen”, 72 *RDIDC* 67.
- VAN HOUTTE, H.
 2005 “Distribution Arbitration and European Competition Law”, in *Arbitration and Commercial Distribution, Reports of the Colloquium of CEPANI of November 17th 2005*, Brussels.
 2008 “The Application by Arbitrators of Articles 81 & 82 and their Relationship with the European Commission”, 19 *EBLR* 63.
- VISMARA, F.
 2001 *Le norme applicabili al merito della controversia nell’arbitrato internazionale*, Milan.
- VON BAR, C. & MANKOWSKI, P.
 2003 *Internationales Privatrecht, Vol. I, Allgemeine Lehren*, Munich.
- VOLDERS, B. & RÉTORNAZ, V.
 2006 “Challenging an Arbitral Award for Infringement of Competition Law: The *Terra Armata* Decision of the Swiss Federal Tribunal of 8 March 2006”, 8 *YPIL* 307.
- WEYER, H.
 2000 “Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für das nationale Zivilverfahren: Verpflichtung der nationalen Zivilgerichte zur Anwendung der Art. 81, 82 EGV”, 35 *EuR* 145.
- WERNER, J.
 1995 “Application of Competition Laws by Arbitrators: The Step Too Far”, 12(1) *JInt’l Arb* 21.
- WILS, W.
 2004 “Community Report”, in Cahill (Ed.), *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the European Union, FIDE 2004 National Reports*, Cambridge.

DOSSIER TEMÁTICO II

Dever de colaboração com as entidades reguladoras

The duty to cooperate with regulatory authorities

O PROBLEMA DA UTILIZAÇÃO DE ELEMENTOS RECOLHIDOS EM AÇÕES DE SUPERVISÃO COMO MEIOS DE PROVA EM PROCESSO SANCIONATÓRIO*

*Paulo de Sousa Mendes***

ABSTRACT: *This article addresses the problem of admitting evidence obtained through the traditional means of supervision vested in the supervisory authorities and it concludes that use of information and documents gathered from undertakings is compatible with the principles of due process, as far as the undertakings became informed of that possibility.*

SUMÁRIO: Introdução. I. A relação entre a supervisão e a atividade sancionatória. II. A concentração de poderes nas autoridades independentes. III. Uma visão sistémica do artigo 31.º, n.º 5, do NRJC. IV. A atividade de supervisão e o conhecimento fortuito de práticas restritivas. V. O conceito de supervisão nos diferentes domínios da regulação económica. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Os comentários mais ouvidos até hoje têm destacado que o Novo Regime Jurídico da Concorrência (NRJC) reforçou os poderes da Autoridade da Concorrência (AdC) de regulação, de supervisão e sancionatórios.

* Texto revisto da apresentação feita na Conferência sobre “O Novo Regime de Jurídico da Concorrência”, organizada pela Autoridade da Concorrência, em 13 de julho de 2012, no Centro de Congressos da Universidade Católica Portuguesa, em Lisboa.

** Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Diretor do Departamento Jurídico e do Contencioso da Autoridade da Concorrência. As opiniões expressas neste artigo são da inteira responsabilidade do A. e não vinculam, de forma alguma, a Autoridade da Concorrência. Agradeço à Dr.^a Catarina Anastácio, ao Dr. Fernando Pereira Ricardo e à Dr.^a Helena Gaspar Martinho os comentários, críticas e sugestões que fizeram a uma versão preliminar deste artigo.

Não menos importante é, porém, o facto de a Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, ter clarificado os poderes que a AdC já tinha. É deste último aspeto que vos gostaria de falar, pois é menos consensual e carece de análise.

Em especial, é minha intenção falar-vos de uma norma que cumpre, em certo sentido e como terei ocasião de explicar, uma função de matriz do sistema ordenador da concorrência e que, do mesmo passo, espelha o enquadramento jurídico-institucional do papel do Estado no âmbito do ordoliberalismo dominante¹, transcendendo, portanto, a política de defesa da concorrência e abrindo-se a todas as entidades que têm por missão a vigilância das interações económicas. Trata-se, ainda, de uma norma específica do direito da ordenação económica, que, por si só, justificaria a necessidade de especialização dos tribunais de recurso, que é o tema geral que aqui nos traz.

Não deixo de notar que é uma norma “perdida”, se assim me posso exprimir, sob uma epígrafe aparentemente “anódina”. Isto se for verdade que é uma norma-matriz, que é a tese que me proponho defender.

Concretamente, quero referir-me ao artigo 31.º (Prova), n.º 5, do NRJC, que passo a citar:

“A informação e a documentação obtida no âmbito da supervisão ou em processos sancionatórios da Autoridade da Concorrência podem ser utilizadas como meio de prova num processo sancionatório em curso ou a instaurar, desde que as empresas sejam previamente esclarecidas da possibilidade dessa utilização nos pedidos de informação que sejam dirigidos e nas diligências efetuadas pela Autoridade da Concorrência”².

Tem havido entre nós forte disputa doutrinária e flutuação jurisprudencial no tocante à relação entre as funções de supervisão e sancionatórias, no âmbito da atuação das diversas autoridades independentes, não sendo a AdC exceção.

1 Vaz Freire, 2008: 1791-1804.

2 A Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, não continha qualquer norma relativa ao aproveitamento dos elementos recolhidos no âmbito da supervisão para efeito de processos sancionatórios. O artigo 17.º da Lei n.º 18/2003 tinha por epígrafe “Poderes de inquérito e inspeção” e o corpo do n.º 1 abrangia “poderes sancionatórios e de supervisão”, sem fazer outras distinções. Ainda que se possa apontar a falta de clareza desta disposição, a mesma legitimava, porém, a interpretação de que a AdC gozava dos mesmos poderes em sede de supervisão e em sede contraordenacional, não havendo limitações à passagem de informação de uma para outra sede.

I. A RELAÇÃO ENTRE A SUPERVISÃO E A ATIVIDADE SANCIONATÓRIA

Toda a polémica se concentra em saber se a supervisão e a atividade sancionatória são funções distintas e, em caso afirmativo, se há vasos comunicantes entre ambas.

Num recente Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL), de 17 de abril de 2012³, tirado por unanimidade, decidindo-se um recurso interposto pelo arguido da decisão da 1.ª instância num processo contraordenacional inicialmente instruído e decidido pelo Instituto Nacional de Aviação Civil, I.P. (INAC), ficou consignado, em tom assertórico, o seguinte: “[...] nem sequer se fale em *supervisão sancionatória*, pois que supervisão e poderes sancionatórios são âmbitos distintos que deverão ser claramente demarcados”⁴. Para que não restem dúvidas sobre o alcance dessa afirmação, o TRL acrescentou imediatamente que “[...] não se nos afigura que o presente caso, *maxime* o do INAC e dos seus poderes, seja especialmente diferente dos demais em que a Administração Ordenadora (Reguladora e Supervisora) possui simultaneamente poderes sancionatórios”⁵.

Mas em arestos anteriores o mesmo tribunal dissera o contrário. Num Acórdão do TRL, de 30 de outubro de 2008⁶, que revogou uma decisão da 1.ª instância num processo contraordenacional originalmente da competência da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM), ficou lavrado o seguinte: “[...] o regime legal de supervisão previsto no Código de Valores Mobiliários permite e prevê que a CMVM possa exigir às entidades sujeitas à sua supervisão elementos e informações que considere necessários à prossecução das atribuições que a lei lhe atribui, designadamente, tendo em vista prevenir ou reprimir atuações contrárias a lei ou regulamento [...]”⁷.

Podia citar mais arestos do TRL, em ambos os sentidos. Aliás, posso mesmo citá-los exaustivamente, até porque não existem muitos, pois a análise desta questão, pela sua novidade, só recentemente chegou aos tribunais judiciais. No sentido da separação absoluta entre poderes de supervisão e sancionatórios, veja-se o Acórdão do TRL de 15 de fevereiro de 2011⁸. No sentido

3 Proc. n.º 594/11.5TAPDL.L1-5.

4 *Idem*: 50.

5 *Ibidem*.

6 Proc. n.º 2140/08-9.

7 *Idem*: 74.

8 Proc. n.º 3501/06.3TFLSB.L1.

da integração dos poderes sancionatórios no âmbito da supervisão, Acórdão do TRL, de 22 de julho de 2009⁹.

Do que ficou dito resulta claramente que não há jurisprudência uniforme nesta matéria e que o próprio TRL tem promovido essas leituras contraditórias.

II. A CONCENTRAÇÃO DE PODERES NAS AUTORIDADES INDEPENDENTES

Convenhamos que a matéria não é fácil, pois trata-se de um domínio inovador, que resulta da reformulação, ainda em curso, do papel do Estado na economia, passando cada vez mais de interveniente direto a mero regulador da iniciativa privada¹⁰. Este movimento subverteu o clássico modelo da separação de poderes, pois implicou a criação de autoridades independentes com três tipos de poderes públicos, tradicionalmente separados, a saber: poderes normativos, executivos e parajudiciais.

Dizia Montesquieu que “[...] tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais cidadãos, ou dos nobres, ou do povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou os diferendos dos particulares” (*De l'Esprit des Lois*, Liv. XI, Cap. VI)¹¹.

Mas é precisamente isso que se passa com as modernas autoridades independentes, que editam regulamentos de carácter geral e abstrato, acompanham e inspecionam a atividade das pessoas reguladas e, por fim, aplicam coimas e sanções acessórias se detetarem infrações.

A tese da separação de poderes evoluiu, mas, mesmo assim, os perigos de uma excessiva concentração de poderes são hoje os mesmos de sempre, pois teme-se que os direitos das pessoas constitucionalmente garantidos não mereçam suficiente proteção face a entidades que escapem ao controlo de poderes externos. Assim, cabe perguntar se os piores receios de Montesquieu afinal se confirmaram.

Tudo se resume, portanto, a saber se as autoridades independentes, do mesmo passo que exercem poderes de diferente natureza, estão sujeitas a

9 Proc. n.º 3839/06.OTFLSB.LI.

10 Paz Ferreira e Morais, 2009: 13-21.

11 Montesquieu, 2011: 306.

mecanismos de controlo externo que garantam suficientemente os interesses das pessoas eventualmente atingidas pela utilização dos referidos poderes.

É sobre a arquitetura desses mecanismos que a nossa jurisprudência parece não ter ainda firmado um entendimento uniforme e adequado.

III. UMA VISÃO SISTÊMICA DO ARTIGO 31.º, N.º 5, DO NRJC

O NRJC oferece um contributo clarificador nesta matéria, na medida em que dispõe que a informação e a documentação obtida no âmbito da supervisão ou em processos sancionatórios da AdC podem ser utilizadas como meio de prova num processo em curso ou a instaurar, desde que as empresas sejam previamente esclarecidas da possibilidade dessa utilização nos pedidos de informação que lhes forem dirigidos e nas diligências efetuadas pela AdC.

Na anterior Lei n.º 18/2003 nada era dito sobre os possíveis usos dos elementos obtidos no âmbito da supervisão ou em processos sancionatórios da AdC. Não obstante, creio que o regime seguido devia ser exatamente o mesmo.

Só que o NRJC veio tornar claro esse regime em vários aspetos, a saber:

- Separa a supervisão dos processos sancionatórios;
- Mas não estabelece *Chinese Walls* entre ambos os domínios;
- Admite o aproveitamento da informação e da documentação obtida no âmbito da supervisão não apenas como notícia da infração, mas até como meio de prova em processo sancionatório em curso ou a instaurar;
- Favorece a obtenção de informação e de documentação por parte da AdC junto das empresas através da consagração de deveres de colaboração, estabelecidos sob cominação de coimas para a desobediência;
- Não concede imunidades às empresas ao abrigo do cumprimento desse dever de colaboração;
- Mas impõe à AdC um dever de lealdade em relação às empresas, na medida em que o aproveitamento probatório da informação e da documentação assim obtida depende de prévio esclarecimento da possibilidade dessa utilização;
- Todos os pedidos de informação que forem dirigidos pela AdC têm de indicar a base jurídica, a qualidade em que o destinatário é solicitado a transmitir informações (*i.e.*, se é visado em um processo sancionatório ou se é meramente notificado como testemunha) e o objetivo do pedido;
- Nos interrogatórios a empresas e demais pessoas envolvidas, bem como nas inquirições feitas a quaisquer outras pessoas tem igualmente de se

- indicar a base jurídica, a qualidade em que o destinatário é notificado para prestar declarações e o objetivo da audição;
- Também se prevê no âmbito das ações inspetivas e auditorias a realizar pela AdC que seja dada a informação necessária sobre o carácter da diligência (que não se confunde com uma busca no quadro de um processo sancionatório), mediante notificação prévia da sua realização;
 - Não obstante o dever de colaboração, todas as pessoas notificadas pela AdC gozam da prerrogativa de não autoinculpação, no sentido de não serem obrigadas a confessar a prática de quaisquer ilícitos (ou seja, de não terem de prestar declarações que por si só e independentemente de outros meios de prova e valorações sejam equivalentes à admissão da prática de uma infração), mas apenas devem fornecer as informações estritamente factuais que lhes forem pedidas e os documentos preexistentes referenciados pela AdC (“jurisprudência Orkem”¹²);
 - E têm garantida a possibilidade de revisão das decisões da AdC por via de recurso judicial de jurisdição plena.

O NRJC estabelece, pois, uma separação entre as funções de supervisão e sancionatórias, mas consagra vasos comunicantes entre ambas, no quadro de um princípio de lealdade na relação da AdC com as empresas e as pessoas afetadas por quaisquer diligências.

A referida separação não visa tanto garantir os direitos dos supervisionados, que são assegurados através da lealdade dos procedimentos de supervisão e sancionatórios, mas sobretudo a eficácia dos próprios procedimentos de supervisão, sem, contudo, prejudicar a eficácia dos procedimentos sancionatórios.

Esta separação é tanto mais importante quanto a AdC vê reforçada a sua missão de supervisão no quadro do NRJC.

IV. A ATIVIDADE DE SUPERVISÃO E O CONHECIMENTO FORTUITO DE PRÁTICAS RESTRITIVAS

A previsão dos estudos, inquéritos sectoriais, inspeções ou auditorias já constava dos Estatutos da Autoridade da Concorrência. À parte essa previsão,

12 Acórdão do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (TJCE), de 18 de outubro de 1989, Orkem, S.A. c. Comissão, Processo 374/87. Para uma descrição sumária do aresto, veja-se Helena Gaspar Martinho (2010: 149-153).

cabe ainda referir uma norma geral, muito vaga e remissiva para o Código do Procedimento Administrativo (CPA), sobre poderes de supervisão, no artigo 20.º da Lei n.º 18/2003. O NRJC dedica agora um inteiro Capítulo à matéria dos estudos, inspeções e auditorias. Nesse Capítulo, o artigo 63.º, n.º 4, prevê a emissão de recomendações de carácter comportamental ou estrutural se, em resultado de inspeções ou auditorias, a AdC detetar situações que afetam a concorrência nos mercados em causa. Não diz, porém, se é possível o aproveitamento dos elementos recolhidos em inspeções e auditorias para efeitos de processos sancionatórios, caso surjam indícios de alguma infração às normas de concorrência neste contexto.

O ponto carece de explicitação, convocando para o efeito o disposto no anteriormente citado artigo 31.º, n.º 5, que autoriza o aproveitamento como meio de prova num processo sancionatório da informação e documentação obtida no âmbito da supervisão.

Percebo que haja razões no sentido de que à supervisão não cabe a investigação da prática de infrações. Pelo contrário, as diligências de supervisão e, em especial, as inspeções e auditorias são atos administrativos de conteúdo verificativo, no âmbito de uma relação institucional em que o dever de colaboração do inspecionado ou auditado tem como contrapartida a comunicação prévia por parte da AdC do como e quando serão realizadas as diligências, de maneira a assegurar o máximo resultado das mesmas. Tais diligências não visam a descoberta de ilícitos, sob pena de se transformarem em buscas encapotadas (em manifesta fraude à lei), mas o controlo ou fiscalização do cumprimento da lei. É natural, portanto, que, em caso de descoberta de irregularidades ou indícios de infrações, a AdC deva emitir preferencialmente recomendações para adoção de medidas de correção, códigos de conduta e sistemas internos nas empresas de controlo do cumprimento das obrigações legais e regulamentares (*compliance*), segundo um programa que dê preferência ao emprego de mecanismos de direito flexíveis (*soft law*). Pode até, neste contexto e ao abrigo do princípio da oportunidade consagrado no art. 7.º, n.º 2, decidir não abrir inquérito em processo de contraordenação por práticas restritivas da concorrência.

Não pode, porém, a AdC ignorar a descoberta desses indícios. Por conseguinte, os mesmos servem de notícia da infração e, por força do artigo 31.º, n.º 5, também como meio de prova em processos sancionatórios em curso ou a instaurar.

Neste tocante, o NRJC não pode ser mais restritivo do que a Lei n.º 18/2003, que não continha limitações nesta matéria. De resto, a jurisprudência do Tribunal do Comércio de Lisboa (TCL) já se vinha pronunciando no sentido de um aproveitamento como prova em processos sancionatórios dos elementos recolhidos na supervisão. Veja-se a Sentença do TCL, de 8 de maio de 2007, no chamado “processo das moageiras”, decidindo um recurso de decisões da AdC que aplicaram coimas às empresas por não terem prestado a informação e os elementos por esta solicitados: “Dentro da AdC e independentemente da natureza dos procedimentos a informação deve circular. O que para uns é informação, para outros podem ser meios de prova incriminatórios”¹³.

Esta orientação também foi confirmada pelo Tribunal Constitucional (TC), que, em Acórdão recente, de 21 de dezembro de 2001, em decisão referente a um processo de contraordenação com origem na AdC, expressamente considerou que “[...] nenhuma dúvida haverá quanto à possibilidade de utilização de elementos coligidos pela Autoridade da Concorrência, no âmbito dos poderes de supervisão, em ulterior procedimento contraordenacional”¹⁴.

Finalmente, é esta a prática da Comissão Europeia (CE), confirmada pela jurisprudência dos tribunais da União Europeia (UE).

V. O CONCEITO DE SUPERVISÃO NOS DIFERENTES DOMÍNIOS DA REGULAÇÃO ECONÓMICA

Também noutros domínios da atividade económica, a jurisprudência dos tribunais judiciais tem vindo a aceitar a utilização de elementos obtidos na supervisão em processos sancionatórios. Assim é nos domínios da competência do Banco de Portugal (BdP) ou da CMVM, entre outros.

Seja como for, o conceito de supervisão é utilizado em sentidos muito diferentes pela lei, pela doutrina e, provavelmente, pela jurisprudência, pelo que há que ter muita cautela quando se extraem conclusões sobre o emprego desse termo, nomeadamente em domínios diferentes do da concorrência e em particular para efeitos do estabelecimento de relações entre supervisão e poderes sancionatórios.

¹³ Sentença do TCL, de 8 de maio de 2007, Proc. n.º 205/06.0TYLSB: 72.

¹⁴ Acórdão do TC n.º 461/2011, exarado no Proc. n.º 366/11, em recurso interposto por uma das Arguidas, publicado em *Diário da República*, 2.ª Série, n.º 243, 21 de dezembro de 2011.

Por exemplo, Eduardo Paz Ferreira e Luís Silva Morais dizem que as três esferas principais de atuação das autoridades reguladoras autónomas, em geral, são: a) a aprovação de regulamentos; b) a supervisão (que inclui poderes de investigação, de inspeção e de injunção de medidas e comportamentos); c) a atuação sancionatória. Distinguem, portanto, as atividades de supervisão e sancionatória¹⁵.

Luís Máximo dos Santos refere que o legislador do sector bancário confere à palavra “supervisão” um sentido amplo que a aproxima do conceito de regulação e que inclui a supervisão prudencial e a supervisão comportamental¹⁶. O art. 116.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF) inclui, entre o elenco das atividades que integram as funções de supervisão do BdP, o sancionamento de infrações. Neste sentido, a atividade sancionatória integra a atividade geral de supervisão.

Paulo Câmara distingue, no âmbito dos valores mobiliários, regulação de supervisão e define a supervisão em sentido restrito como “a atividade administrativa de vigilância permanente de atos, pessoas e documentos, tendo em vista prevenir, detetar e perseguir ilícitos e remediar perturbações no mercado”¹⁷. Parece, pois, incluir os poderes sancionatórios no conceito de supervisão em sentido restrito. Neste contexto, Figueiredo Dias e Costa Andrade defendem que “[o] regime legal de supervisão admite que a CMVM possa solicitar às entidades supervisionadas informações, ainda que estas informações se destinem a instruir um processo contraordenacional, nos termos do artigo 361.º [do Código dos Valores Mobiliários – CdVM]”¹⁸. Igualmente, Frederico da Costa Pinto entende que “[o]s elementos recolhidos pela CMVM junto da entidade sujeita à sua supervisão ou enviados à CMVM por entidade sujeita à sua supervisão em resposta a solicitações da CMVM, ao abrigo dos artigos 361.º, n.º 2, al. a), 360.º e 359.º, n.º 3, do CdVM, podem e devem ser integrados e utilizados como prova em processo de contraordenação da competência da CMVM”¹⁹.

15 Paz Ferreira e Morais, 2009: 32.

16 Máximo dos Santos, 2009: 67.

17 Câmara, 2009: 153.

18 Figueiredo Dias e Costa Andrade, 2009: 53.

19 Costa Pinto, 2009: 124.

Maria José Rangel Mesquita refere que a legislação na área dos seguros utiliza o conceito de supervisão em sentido amplo, uma vez que este inclui todas as funções e atribuições que a lei atribui ao Instituto de Seguros de Portugal (ISP)²⁰.

António Moura Portugal e Inês Teixeira elencam, no sector da aviação civil, todas as atribuições de supervisão do INAC e dizem que o desempenho das mesmas exige poderes de fiscalização, inspeção, auditoria, sancionatórios, cautelares e de autoridade²¹.

Ou seja, normalmente usa-se o termo “supervisão” em sentido diferente (em geral, mais amplo e incluindo os poderes sancionatórios) daquele que é utilizado em direito da concorrência.

CONCLUSÃO

A utilização de elementos obtidos em procedimentos de supervisão como meios de prova num processo sancionatório é um instrumento compatível com a relação institucional que sempre terá de existir entre as empresas supervisionadas e a AdC, desde que a AdC respeite o princípio da lealdade na sua relação com as empresas, através de prévio esclarecimento da possibilidade dessa utilização.

20 Rangel Mesquita, 2009: 201.

21 Portugal e Teixeira, 2009: 451.

BIBLIOGRAFIA

CÂMARA, Paulo

“Regulação e valores mobiliários”, in: AA.VV., *Regulação em Portugal – Novos tempos, novo modelo?* (coords.: Eduardo Paz Ferreira, Luís Silva Morais e Gonçalo Anastácio), Coimbra: Almedina, 2009, pp. 127-186.

DIAS, Jorge Figueiredo, e ANDRADE, Manuel Costa

“Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas – Parecer”, in: J. Figueiredo Dias/M. Costa Andrade & Frederico L. da Costa Pinto, *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 11-56.

FERREIRA, Eduardo Paz, e MORAIS, Luís Silva

“A regulação sectorial da economia – Introdução e perspetiva geral”, in: AA.VV., *Regulação em Portugal – Novos tempos, novo modelo?* (coords.: Eduardo Paz Ferreira, Luís Silva Morais e Gonçalo Anastácio), Coimbra: Almedina, 2009, pp. 7-38.

FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz

“Os fundamentos ordoliberais do Direito europeu da concorrência”, in: AA.VV., *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão* (coords.: António Menezes Cordeiro, Pedro Pais de Vasconcelos e Paula Costa e Silva), vol. II, Coimbra: Almedina, 2008, pp. 1791-1804.

MARTINHO, Helena Gaspar

“O direito ao silêncio e à não autoincriminação nos processos sancionatórios do Direito da concorrência – Uma análise da jurisprudência comunitária”, in: *Revista de Concorrência & Regulação*, n.º 1 (janeiro – março 2010), pp. 145-174.

MESQUITA, Maria José Rangel de

“Regulação da atividade seguradora – Traços fundamentais”, in: AA.VV., *Regulação em Portugal – Novos tempos, novo modelo?* (coords.: Eduardo Paz Ferreira, Luís Silva Morais e Gonçalo Anastácio), Coimbra: Almedina, 2009, pp. 187-206.

MONTESQUIEU,

Do Espírito das Leis (introdução, tradução e notas de Miguel Morgado), Lisboa: Edições 70, 2011.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa Pinto,

“Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito de defesa em processos de contra-ordenação – Parecer”, in: J. Figueiredo Dias/M. Costa Andrade & Frederico L. da Costa Pinto, *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 57-125.

PORTUGAL, António Moura, e TEIXEIRA, Inês

“Regulação da aviação civil”, in: AA.VV., *Regulação em Portugal – Novos tempos, novo modelo?* (coords.: Eduardo Paz Ferreira, Luís Silva Morais e Gonçalo Anastácio), Coimbra: Almedina, 2009, pp. 445-506.

SANTOS, Luís Máximo

“Regulação e supervisão bancária”, in: AA.VV., *Regulação em Portugal – Novos tempos, novo modelo?* (coords.: Eduardo Paz Ferreira, Luís Silva Morais e Gonçalo Anastácio), Coimbra: Almedina, 2009, pp. 39-126.

Jurisprudência

UNIÃO EUROPEIA

Acórdão do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, de 18 de outubro de 1989, Orkem, S.A. c. Comissão, Processo 374/87.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 461/2011, Proc. n.º 366/11, in: *Diário da República*, 2.ª Série, n.º 243, 21 de dezembro de 2011.

TRIBUNAIS JUDICIAIS

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30 de outubro de 2008, Proc. n.º 2140/08-9.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22 de julho de 2009, Proc. n.º 3839/06.0TFLSB.L1.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15 de fevereiro de 2011, Proc. n.º 3501/06.3TFLSB.L1.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17 de abril de 2012, Proc. n.º 594/11.5TAPDL.L1-5.

Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 8 de maio de 2007, Proc. n.º 205/06.0TYLSB.

O DEVER DE COLABORAÇÃO E O *NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE* NO DIREITO SANCIONATÓRIO DA CONCORRÊNCIA*

Diana Alfafar

ABSTRACT: *This paper deals with the relationship with the duty to cooperate with the Portuguese Authority and the privilege against self-incrimination and presents the solutions given by the European Courts' case law and the Portuguese case law and doctrine regarding this matter, along with a final critical consideration. It is suggested that the duty to cooperate and the privilege against self-incrimination can be compatible with each other, however, the conflict between these may arise and, therefore, some solutions to minimize the problem are presented.*

SUMÁRIO: Nota Prévia. I. O direito sancionatório da concorrência e o dever de colaboração. 1. Finalidades do Direito da Concorrência. 2. Os poderes da AdC na fase de supervisão e ao longo do procedimento sancionatório. 3. O dever de colaboração. II. O *nemo tenetur se ipsum accusare*. 1. O direito ao silêncio e o *nemo tenetur*. 2. As origens e a *ratio* do *nemo tenetur*. 3. Os fundamentos constitucionais do *nemo tenetur*. 4. O regime legal e o conteúdo do *nemo tenetur*. 5. A validade do *nemo tenetur* em todo o direito sancionatório. III. O *nemo tenetur* e o dever de colaboração – um conflito? 1. A abordagem dos tribunais europeus. 2. A abordagem nacional. 3. Análise crítica. 4. Conclusão e soluções para evitar o conflito. 5. Uma palavra sobre o novo RJC.

NOTA PRÉVIA

O relacionamento do dever de colaboração de um agente económico para com a Autoridade da Concorrência (AdC) com o *nemo tenetur se ipsum accusare* tem-se afirmado como um dos polos mais profícuos de discussão no Direito

* Este artigo corresponde em grande medida à dissertação de mestrado da Autora, intitulada “O *nemo tenetur se ipsum accusare* e o dever de colaboração no direito sancionatório da concorrência”, orientada pelo Professor Doutor José Francisco de Faria Costa (FDUC, 2012).

Sancionatório da Concorrência, para além de revestir uma enorme importância prática, confirmada pelo número de vezes que foi alvo de escrutínio pelos Tribunais.

A legislação de concorrência estabelece para os agentes económicos um dever de colaboração com a AdC que os obriga, sob pena de lhes ser aplicada uma coima, a responder a pedidos de esclarecimento que ela lhes dirija, a entregar a documentação que lhes seja solicitada e a não impedir as diligências de prova que ela decida realizar. Por outro lado, decorre do brocardo latino *nemo tenetur se ipsum accusare* que ninguém é obrigado a se autoincriminar. Há várias formas de o fazer, seja através das declarações orais, seja através da entrega de elementos de prova que possam servir de sustento a uma futura condenação. A questão que impera é, de que forma se pode compatibilizar um dever de colaboração com um direito de não ser obrigado a colaborar? Entrarão eles de facto em conflito ou haverá espaço para ambos?

De modo a identificar os perímetros do problema e a procurar soluções para o minimizar, começaremos com uma incursão pelas finalidades do Direito da Concorrência, destacando quais os poderes com que a AdC pode contar e em que se baseia o dever de colaboração que os agentes económicos têm para com ela.

De seguida, desviar-nos-emos para os fundamentos axiológicos e constitucionais do *nemo tenetur*, por forma a podermos delimitar o seu conteúdo e a concluir que o direito à não autoincriminação não vale apenas no âmbito penal, mas sim em todo o Direito Sancionatório, e por isso também no Direito Sancionatório da Concorrência.

Aqui chegados, após toda a exposição prévia, podemos debruçar-nos mais confiantes sobre a questão inicial a que nos propusemos – como se relacionam o dever de colaboração e o *nemo tenetur* no Direito Sancionatório da Concorrência? Passaremos à apreciação crítica das soluções que nos foram dadas pela jurisprudência dos Tribunais Europeus, para depois nos concentrarmos na abordagem nacional, tanto da nossa jurisprudência como da nossa doutrina, e não só no Direito da Concorrência mas também no domínio do Direito dos Valores Mobiliários, onde a discussão sobre este tema foi mais insistente. Concluiremos que a problemática está longe de ser encarada unanimemente, pelo que identificaremos os principais pontos de discórdia a serem debatidos. Após tomarmos posição sobre cada um dos aspetos controversos e elaborarmos a nossa própria conceção, apresentaremos uma possível solução para minimizar o conflito com que nos deparamos.

I. O DIREITO SANCIONATÓRIO DA CONCORRÊNCIA E O DEVER DE COLABORAÇÃO

1. Finalidades do Direito da Concorrência

A alínea *f*) do art. 81.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) estabelece como incumbência do Estado no plano económico-social “[a]ssegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral”.

Esta tarefa estadual de defesa da concorrência não constitui um fim em si mesmo, mas simplesmente um instrumento colocado ao serviço da prossecução de determinados fins de política económica¹. Acima de tudo está subordinada à garantia da liberdade de iniciativa económica, proclamada no art. 61.º da CRP, na medida em que garante a liberdade de acesso e atuação no mercado que – a par da propriedade privada – é fundamento do sistema de economia de mercado².

A concorrência é assim concebida como um bem público, que beneficia a sociedade no seu todo, e o seu adequado funcionamento é essencial para que se possa lograr uma ordem económica mais justa e eficiente³.

Por forma a concretizar o “programa” previsto na referida alínea *f*) do art. 81.º da CRP, o legislador criou a Lei da Concorrência⁴ e uma entidade administrativa independente com funções de regulação em matéria de Direito da Concorrência, a AdC, à qual cabe, *grosso modo*, servir de árbitro que estabelece o *level playing field* e faz respeitar as regras da concorrência definidas pela lei⁵ (*vide* art. 1.º dos Estatutos da AdC⁶).

1 Cfr. Moncada, 2007: 490, Paz Ferreira, 2001: 481.

2 Mateus, 2006: 1070 e ss., 1092.

3 *Idem*, p. 1077.

4 Atualmente, o Regime Jurídico da Concorrência (RJC) consta da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio. As leis que o antecederam foram a Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; o Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de outubro e o Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de dezembro.

5 Mateus, 2006: 1093.

6 Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro.

2. Os poderes da AdC na fase de supervisão e ao longo do procedimento sancionatório

Para o desempenho das suas atribuições, elencadas no n.º 1 do artigo 6.º dos seus Estatutos, a AdC dispõe de poderes de regulamentação, de supervisão e sancionatórios, (art. 7.º dos Estatutos da AdC).

Interessam-nos particularmente os poderes de supervisão e os sancionatórios. Em relação aos primeiros, cumpre à AdC: (a) proceder à realização de estudos, inquéritos, inspeções ou auditorias; (b) instruir e decidir procedimentos administrativos relativos à compatibilidade de acordos ou categorias de acordos entre empresas com as regras de concorrência e (c) instruir e decidir procedimentos administrativos respeitantes a operações de concentração de empresas sujeitas a notificação prévia.

Na realização de inspeções e auditorias, a AdC pode aceder a todas as instalações, terrenos e meios de transporte das empresas ou associações de empresas, inspecionar livros e outros registos, obter cópias ou extratos de documentos e solicitar esclarecimentos aos colaboradores sobre quaisquer factos e documentos relacionados com o objeto e finalidade dessas inspeções e auditorias (art. 64.º, n.º 1 do RJC). Em sede de controlo de operações de concentração, a AdC pode inquirir quaisquer pessoas cujas declarações considere pertinentes e solicitar documentos e outras informações relevantes (art. 43.º, n.ºs 1 e 2 do RJC).

Quanto aos poderes sancionatórios, a AdC tem competência para identificar e investigar as práticas suscetíveis de infringir a legislação de concorrência nacional e da União Europeia (eu) – nomeadamente, os artigos 9.º, 11.º e 12.º do RJC e 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) –, proceder à instrução e decidir sobre os processos, podendo inclusivamente aplicar as respetivas sanções (coimas) que podem ir até ao limite de 10% do volume de negócios do ano anterior (art. 68.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*) e 69.º, n.º 2 do RJC).

A infração aos referidos artigos 9.º, 11.º e 12.º do RJC segue um procedimento sancionatório especial, cuja tramitação se encontra prevista nos artigos 13.º e ss. do RJC, e que tem como regime subsidiário o Regime Geral das Contraordenações (RGCO)⁷.

7 Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, alterado pelos Decretos-Lei n.º 356/89, de 17 de outubro; n.º 244/95, de 14 de setembro e Lei n.º 109/2001, de 24 de dezembro. O regime sancionatório especial é aplicável também quando surja algum ilícito no âmbito de um procedimento de controlo de concentrações de empresas (art. 58.º do RJC).

Esta tramitação inicia-se com o inquérito (art. 17.º e ss. do RJC), fase em que a AdC investiga as práticas anticoncorrenciais de que tenha notícia, seja officiosamente, eventualmente na sequência de um processo de supervisão, ou mediante denúncia, lançando mão dos seus amplos poderes de investigação que constam do art. 18.º do RJC. São eles os poderes de (i) *inquirição* e (ii) *solicitação de documentos e outros elementos de informação* que entenda convenientes ou necessários para o esclarecimento dos factos aos representantes legais das empresas ou das associações de empresas envolvidas, ou de outras empresas ou associações de empresas, bem como a quaisquer outras pessoas cujas declarações considere pertinentes; e (iii) *realização de buscas, exames, recolha e apreensão de cópias* ou extratos da escrita e demais documentação, independentemente do seu suporte, nas instalações, terrenos ou meios de transporte das empresas ou das associações de empresas envolvidas. Admite-se inclusivamente no novíssimo RJC que, em caso de fundada suspeita de que existem, no domicílio de sócios, membros de órgãos da administração, trabalhadores ou colaboradores de empresas ou associações de empresas, provas de violação grave das normas relativas aos ilícitos de concorrência, a AdC realize busca domiciliária (art. 19.º, n.º 1 do RJC).

A fase seguinte – instrução (art. 25.º e ss. do RJC) – tem lugar quando a AdC conclui que, com base nas investigações realizadas, existe uma possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória e notifica as empresas ou associações de empresas sob investigação da nota de ilicitude (art. 24.º, n.º 3, alínea *a*) do RJC) com a indicação das provas produzidas para que, dentro de um prazo razoável, se possam pronunciar e, eventualmente, requerer diligências complementares de prova (art. 25.º, n.º 1 do RJC), abrindo-se assim o processo ao contraditório.

Concluídas as diligências de instrução, o processo chega à fase da decisão final, que pode ser tanto de arquivamento do processo, com ou sem imposição de condições (art. 29.º, n.º 3, alíneas *c*) e *d*) do RJC), como de declaração da existência de uma prática restritiva, podendo esta ser ou não autorizada e sancionada (art. 29.º, n.º 3, alíneas *a*) e *b*) e n.º 4 do RJC), ou de condenação integrada num procedimento de transação (art. 29.º, n.º 3, alínea *b*) e 27.º do RJC). Da decisão da AdC cabe recurso para o Tribunal de Concorrência, Regulação e Supervisão (art. 84.º, n.º 3 do RJC), e deste para o Tribunal da Relação (secção criminal), que decide em última instância.

Se antes da anterior Lei da Concorrência (Lei n.º 18/2003, de 11 de junho) a instrução dos processos era confiada à Direção-geral da Concorrência e a

decisão era tomada pelo Conselho da Concorrência, desde que esta lei entrou em vigor deixou de haver separação entre a entidade instrutória e a decisória, cabendo as duas funções ao Conselho, o seu órgão máximo (art. 11.º dos Estatutos da AdC)⁸, solução que se mantém com o novo RJC.

3. O dever de colaboração

Nos termos do art. 8.º dos Estatutos da AdC, “[a]s empresas, associações de empresas ou quaisquer outras pessoas ou entidades [...] devem prestar à Autoridade todas as informações e fornecer todos os documentos que esta lhes solicite em ordem ao cabal desempenho das suas atribuições”, em prazo a fixar pela AdC, à partida não inferior a 10 dias (art. 15.º, n.º 2 do RJC).

O art. 64.º do RJC estabelece no n.º 4 que “[o]s representantes legais da empresa ou associações de empresas, bem como os trabalhadores e colaboradores são obrigados a prestar toda a colaboração necessária para que os funcionários e as outras pessoas mandatadas pela Autoridade da Concorrência possam exercer os poderes [de inspeção e auditoria]”.

As alíneas *h*), *i*) e *j*) do n.º 1 e o n.º 3 do art. 68.º estabelecem como contraordenação, punível com coima até 1% do volume de negócios realizado no ano anterior, a não prestação ou a prestação de informações falsas, inexatas ou incompletas, em resposta a pedido da AdC, tanto no âmbito dos seus poderes de supervisão e de realização de estudos, inspeções e auditorias, como dos seus poderes sancionatórios, bem como a não colaboração com a AdC ou a obstrução ao exercício dos seus poderes de investigação e de realização de estudos, inspeções e auditorias (ainda que por negligência, art. 68.º, n.º 3 do RJC)⁹. A punição não dispensa o sujeito do cumprimento da obrigação (art. 68.º, n.º 2 do RJC), podendo inclusivamente ser aplicada uma sanção pecuniária compulsória (art. 72.º do RJC) para o efeito. A falta de colaboração, se precedida da necessária cominação, poderá ainda ser punida a título de desobediência simples, nos termos do art. 348.º n.º 1, alínea *b*) do Código Penal (CP).

8 Apesar de esta solução pretender garantir uma maior articulação e eficácia na relação entre a investigação e a instrução, por um lado, e a decisão dos processos, por outro, a verdade é que ela não é isenta de críticas. Veja-se, por exemplo, Soares da Veiga que sugere o modelo previsto para o regime das infrações antieconómicas e contra a saúde pública, que separa a entidade que investiga e acusa (a ASAE) da entidade que aplica as coimas e sanções acessórias (a Comissão de Aplicação de Coimas em matéria económica e publicidade), in Veiga, 2009: 153. Também apologista da estrutura acusatória, Sousa Mendes, 2009: 717.

9 Esta menção deverá constar dos pedidos de elementos que a AdC faça às empresas, nos termos dos artigos 15.º, alínea *d*) e 43.º, n.º 2, alínea *d*) do RJC

Assim, das disposições conjugadas dos artigos 8.º dos Estatutos da AdC, 64.º, n.º 4 e 68.º, n.º 1, alíneas *h)*, *i)* e *j)* e n.º 3 do RJC resulta um dever de colaboração dos agentes económicos para com a AdC que, perante o quadro legal exposto, parece não apresentar limites de conteúdo, pois vale para qualquer fase e para qualquer pessoa (na redação do art. 8.º dos Estatutos da AdC, esse dever cabe “[à]s empresas, associações de empresas ou *quaisquer outras pessoas ou entidades*”¹⁰).

Concluimos que, à partida, sempre que a AdC solicite pedidos de informações ou documentos aos agentes económicos, estes terão uma obrigação de responder integralmente e com verdade. Porém, como veremos, há razões que podem justificar um afastamento deste dever, em nome da salvaguarda de direitos fundamentais dos agentes económicos em causa.

a) Dever de colaboração para com a Comissão Europeia

Paralelamente, um dos principais meios que a Comissão tem ao seu dispor para a recolha de provas, no âmbito de investigações de infrações às regras de defesa da concorrência estabelecidas nos artigos 101.º e 102.º do TFUE, é o pedido de informações aos agentes económicos (art. 18.º do Regulamento 1/2003)¹¹, acompanhado de um dever de colaboração da parte destes.

Em caso de recusa de colaboração por parte das empresas ou associações de empresas aos pedidos de informação da Comissão, ou no caso de serem dadas informações inexatas ou deturpadas, a Comissão pode aplicar uma coima até 1% do volume de negócios realizado durante o exercício precedente (alíneas *a)*, *b)* e *d)* do n.º 1 do art. 23.º), à qual pode acrescer uma sanção pecuniária compulsória (art. 24.º). Poderá também ser aplicada a coima prevista no art. 23.º para o fornecimento de informações inexatas ou deturpadas.

b) Dever de colaboração para com a CMVM

Também o Código dos Valores Mobiliários (CVM) impõe um dever de colaboração para com a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) aos agentes económicos que atuem no mercado de valores mobiliários. O regulador pode exigir-lhes quaisquer elementos e informações, bem como examinar livros, registos e documentos, tanto no âmbito da supervisão

¹⁰ Itálico nosso.

¹¹ Regulamento n.º 1/2003 do Conselho, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos atuais art. 101.º e 102.º do TFUE.

(art. 361.º, n.º2, alínea *a*) do CVM), como no âmbito das investigações preliminares a infrações de natureza criminal (art. 385.º, n.º1, alínea *a*) do CVM) e contraordenacional (art. 408.º, n.º 2 do CVM), e aqueles, para efeitos do art. 359.º, n.ºs 1 e 3, terão de prestar-lhe toda a colaboração solicitada.

O incumprimento deste dever poderá constituir contraordenação grave ou muito grave, cuja coima aplicável poderá oscilar entre €12.500 e €1.250.000 ou entre €25.000 e €2.500.000, respetivamente (art. 389.º, n.º 3, alínea *c*) e 399.º, n.ºs 1 e 2 do CVM) ou até mesmo ser punido a título de desobediência qualificada com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias (art. 381.º, n.º 1 do CVM e 348.º, n.º 2 do CP).

II. O *NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE*

1. O direito ao silêncio e o *nemo tenetur*

Não raras vezes se fala indistintamente de direito à não autoincriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*) e direito ao silêncio como sendo uma e a mesma coisa.

O direito ao silêncio, em sentido estrito, refere-se apenas à colaboração do arguido na sua incriminação através de declarações sobre os factos que lhe são imputados. Todavia, num sentido mais amplo, entendemos que ele pode integrar ainda, e pelo menos, as declarações por meio de documento que tenham o mesmo efeito incriminatório, dado que também são atos comunicativos, manifestações equiparáveis da linguagem humana, que não faz sentido diferenciar para efeitos de não autoincriminação¹².

Defendemos que se deve proceder a uma interpretação teleológica daquele direito, por forma a não fazer depender a invocação do direito ao silêncio dos meios utilizados como forma de declaração, mas dos fins que pretende alcançar e dos interesses que são postos em causa, sob pena de estes expedientes serem utilizados como forma de contornar um direito fundamental dos cidadãos¹³.

Sem embargo, e de modo a clarificar os conceitos, permitimo-nos fazer a seguinte distinção: uma coisa é o direito à não autoincriminação, que se traduz no direito a não cooperar no fornecimento de meios de prova para a própria incriminação, outra é o direito ao silêncio, que abarca apenas as decla-

12 Assim, Garrett, 2007: 19 e ss.

13 Também, Sá, 2006: 136.

rações do arguido sobre os factos que lhe são imputados. Assim, o direito à não autoincriminação abrange o direito ao silêncio, que constitui o seu núcleo essencial, mas também integra outras manifestações, como o direito de não entregar documentos que se encontrem a coberto da reserva da vida privada (como correspondência pessoal ou diários íntimos)¹⁴.

Não obstante, a verdade é que não se pode menosprezar a força que a expressão “direito ao silêncio” adquiriu ao longo dos anos, sendo esta frequentemente utilizada num sentido mais amplo, por forma a integrar também outras formas de colaboração para além da prestação de declarações orais, essencialmente em homenagem à sua origem histórica.

2. As origens e a *ratio do nemo tenetur*

O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* surgiu no Reino Unido, no século XVII, como reação às práticas inquisitoriais utilizadas na época pelos tribunais eclesiásticos, e mais tarde estendidas aos tribunais comuns, como o sistema de juramento *ex officio*, que submetia os suspeitos de heresia, após terem jurado dizer a verdade, a jurarem também a sua inocência. Neste sistema, a confissão, enquanto *regina probatorum*, podia ser obtida a todo custo, o que teve como consequência a banalização do recurso a métodos de tortura¹⁵.

Após sucessivas manifestações contra, o julgamento *ex officio* foi abolido pelo Parlamento Inglês (em 1941), que reconheceu que não se pode fazer do indivíduo um instrumento abusivo da sua própria condenação, ideia que esteve na base da viragem para um sistema processual de estrutura acusatória¹⁶.

O direito à não autoincriminação foi também acolhido na *Bill of Rights* dos EUA, em 1791, tendo sido incorporado na 5ª emenda e complementado

14 Neste sentido, Figueiredo Dias & Costa Andrade, 2009: 43 e ss. e Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 21 e ss. Na jurisprudência nacional destacamos o acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 11.10.2011 que refere a existência de dois privilégios – o *privilégio de se não autoincriminar*, i.e., o direito de não produzir prova contra si próprio, que é mais amplo e contém em si o *direito ao silêncio*, no sentido usual de direito de não responder às questões colocadas. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) também confirma a extensão do direito à não autoincriminação nos termos indicados: acórdãos *John Murray c. Reino Unido* (25-01-1996), *Saunders c. Reino Unido* (29-11-1996) e *J.B. c. Suíça* (03-05-2001). Contrariamente, Costa Pinto tem uma visão minimalista do direito ao silêncio, entendendo que este incide apenas sobre as declarações do arguido em sentido estrito, à semelhança do entendimento do Supremo Tribunal dos Estados Unidos ou do Tribunal Constitucional Espanhol. Para o Autor, “o direito ao silêncio é uma recusa legítima a prestar declarações e não comporta qualquer outro conteúdo, nomeadamente, não permite que o arguido negue a entrega de elementos que estão em seu poder quando os mesmos são exigidos ao abrigo de poderes legais”, cfr. Costa Pinto, 2009: 95 e ss.

15 Cfr. Pinto, 2010: 100.

16 *Ibidem*.

pela célebre decisão do *Supreme Court* no caso *Miranda v. Arizona*, de 1966, com a introdução de deveres de esclarecimento e advertência sobre os direitos dos arguidos.

Posteriormente, não só os ordenamentos internos dos Estados foram consagrando o direito à não autoincriminação, como vários instrumentos de direito internacional o acolheram, quer implícita, quer explicitamente, entre eles a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH, artigos 5.º e 11.º, n.º 1), o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP, artigo 14.º, n.º 3) e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH, artigo 6.º, n.º 1 ou n.º 2).

O arguido, que antes fora um mero objeto do processo, inserido numa estrutura que privilegiava a eficácia da persecução penal acima de qualquer outro valor, passava a ser sujeito processual, com um leque de direitos inerentes a essa condição, e a sua colaboração para a investigação, mais do que meio de prova, passou a ser encarada como um instrumento de defesa¹⁷.

As garantias processuais, *maxime* o direito ao silêncio e à não autoincriminação, vieram responder à necessidade de atenuação da desigualdade material entre a acusação e o arguido que se encontra numa situação de fragilidade ao ser objeto de uma investigação ou acusação penais¹⁸. Trata-se de um autêntico “*Abwehrrecht* contra o Estado”, que visa garantir que todos os atos processuais do arguido sejam expressão da sua livre responsabilidade¹⁹. Impunha-se assim a ideia de que o sujeito que quisesse intervir no processo deveria fazê-lo livre de quaisquer pressões ou coação por parte das autoridades (sejam órgãos de polícia criminal ou autoridades judiciárias), e de forma esclarecida em relação às consequências que pudessem advir dessa sua intervenção.

É certo que a descoberta da verdade material constitui uma das finalidades do processo penal, no entanto “não é nenhum princípio da ordenação processual que a verdade tenha de ser investigada a todo o preço”²⁰. Há limites

17 É frequente apontar-se os iluministas como sendo os responsáveis pela elaboração dos pressupostos ideológicos que estiveram na base da consideração do arguido não como um objeto de prova – ao qual se impunha o juramento e o dever de colaborar com a autoridade judiciária sob ameaça de tortura –, mas como um sujeito processual com direitos de defesa. Destacamos Beccaria que, na sua obra “*Dos delitos e das Penas*” (1764), pôs em evidência a ineficácia da tortura enquanto meio de obtenção de uma confissão verdadeira e a luta entre uma lei que impõe ao acusado um dever de dizer a verdade e os seus naturais instintos de defesa e liberdade.

18 Assim, Canotilho & Moreira, 2007: 516.

19 Eser, *apud* Costa Andrade, 2006: 121 e Figueiredo Dias, 2004: 450.

20 Costa Andrade, 2006: 117.

intransponíveis à eficácia da investigação, que derivam da função do direito processual penal de assegurar que os métodos estatais de prevenção e controlo do crime sejam compatíveis com a proteção dos direitos do arguido. O princípio da proporcionalidade, o direito à privacidade, o privilégio contra a autoincriminação são exemplos de *barreiras* que o direito processual penal criou por forma a lograr uma “busca dosificada da verdade”²¹.

3. Os fundamentos constitucionais do *nemo tenetur*

A nossa Constituição, à semelhança da Constituição Alemã, aparentemente não tutela expressamente o direito ao silêncio ou o direito à não autoincriminação²². Não obstante, a sua natureza constitucional implícita é unânime entre a doutrina e a jurisprudência, falando-se inclusivamente em “direito constitucional não escrito”²³. Já o entendimento sobre qual é o seu fundamento jurídico-constitucional está longe de ser consensual. Importa determiná-lo na medida em que se irá repercutir na resposta a importantes perguntas: valerá ele apenas para atos de carácter comunicacional?, abrange a produção de qualquer meio de prova ou só a que se possa considerar como declaração?, pode ele ser restringido e, se sim, quais os limites dessas restrições?, valerá ele em outros tipos de processo para além do processo penal?

Podemos enquadrar os fundamentos constitucionais em dois grupos, tal como foi preconizado pela doutrina germânica. Um primeiro grupo defende que o direito à não autoincriminação decorre diretamente dos direitos fundamentais – dignidade da pessoa humana, direito à integridade pessoal e desenvolvimento da personalidade (posição maioritariamente defendida pela doutrina germânica, nomeadamente Rogall, Dingeldey e Eser) e direito à

21 Hassemer, *apud* Neto, 1997: 181.

22 Dizemos “aparentemente” porque é sempre possível incorporar o direito à não autoincriminação na nossa Constituição por aplicação do art. 8.º, que estabelece que os direitos fundamentais internacionais fazem parte integrante do direito português quando constem de convenções internacionais regularmente ratificadas e publicadas. Acrescenta o art. 16.º, n.º 1 (a denominada “cláusula aberta”) que estes princípios são perflhados na ordem jurídica portuguesa com o carácter de direitos fundamentais. Particular importância reveste o art. 14.º, n.º 3. alínea *g*) do PIDCP que consagra o direito ao silêncio de forma expressa: “Qualquer pessoa acusada de uma infração penal terá direito, em plena igualdade, pelo menos às seguintes garantias: *g*) A não ser forçada a testemunhar contra si própria ou a confessar-se culpada”. Este direito tem assim, *ex vi* art. 8.º e 16.º, n.º 1 da CRP, natureza constitucional.

23 Assim, Costa Andrade, 2006: 124. Na jurisprudência, veja-se, *v.g.*, os acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 695/95, 542/97, 304/2004, 181/2005, 155/2007.

privacidade (conceção anglo-saxónica, nomeadamente Gersten e Galligan)²⁴, no ordenamento jurídico-constitucional português, tutelados pelos artigos 1.º, 25.º e 26.º da CRP.

O outro grupo é partidário do entendimento de que o *nemo tenetur* decorre das garantias processuais²⁵ ou de aspetos particulares das garantias, como o processo equitativo²⁶ e a presunção de inocência (art. 20.º, n.º 4 e 32.º, n.º 2 e 8.º da CRP).

Ora, se, como vimos, as garantias processuais constituem o *escudo protetor dos direitos fundamentais* do cidadão que, em virtude da suspeita que sobre ele incide, se encontra numa situação de especial vulnerabilidade perante o Estado²⁷, faz todo o sentido inserirmo-nos neste último grupo, pois é precisamente esta, como vimos, a *raison d'être* do direito à não autoincriminação.

a) Princípio da presunção da inocência

Consideramos, a par da doutrina maioritária, que o *nemo tenetur* constitui uma das consequências da garantia de presunção da inocência²⁸. Esta encontra-se expressamente consagrada no n.º 2 do art. 32.º da nossa Constituição, sendo ainda reconhecida internacionalmente nos artigos 11.º da DUDH, 6.º, n.º 2 da CEDH, 14.º, n.º 2 do PIDCP e 48.º, n.º 1 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE). Do princípio decorre que ninguém poderá ser tido por culpado enquanto não tiver sido condenado por sentença transitada em julgado.

Para além de pretender impedir que inocentes sejam condenados, na medida em que impõe que, em caso de dúvida sobre a autoria da infração, o arguido deva ser absolvido (*in dubio pro reo*), este princípio serve de regra de tratamento do arguido durante a persecução penal. Porque beneficia desta presunção, não cabe ao arguido provar que está inocente, mas sim à acusação demonstrar a sua culpabilidade se for essa a sua convicção e, nessa tarefa, não

24 Para uma síntese das posições, tanto da doutrina germânica, como da anglo-saxónica, vide Alfafar, 2012: 20 e ss.

25 Vide Costa Pinto, 2009b: 99 e ss.

26 Costa Ramos, 2007: 69-72.

27 Costa Ramos, 2007: 63.

28 Vários Autores coincidem. Destacamos Antunes, 1992: 26 e Palma, 2008/2009: *passim*. O Livro Verde da Comissão Europeia sobre a presunção de inocência [COM (2006) 175 final, de 26.04.2006] também considerou o direito ao silêncio como uma manifestação do princípio da presunção de inocência (*vide p. 8*).

pode exigir a colaboração daquele para a descoberta da verdade, muito menos forçar a sua autoincriminação.

Figueiredo Dias refere que do princípio da presunção de inocência, ligado ao princípio da preservação da dignidade pessoal, se infere que *a utilização do arguido como meio de prova terá de ser sempre limitada pelo integral respeito pela sua decisão de vontade*²⁹. Ou seja, só no exercício de uma plena liberdade de vontade é que o arguido pode decidir se, e de que forma, pretende influir sobre a matéria que constitui objeto do processo.

Não concordamos com Costa Ramos quando sustenta que a garantia da presunção de inocência não impede, sem mais, que o próprio arguido possa servir de meio de prova da sua culpa e que é a sua articulação com a estrutura acusatória que lhe dá essa dimensão³⁰. A Autora entende que é o princípio do processo equitativo que serve de fundamento ao direito à não autoincriminação. Não duvidamos de tal entendimento, no entanto consideramos que a presunção de inocência é pressuposto desse mesmo processo equitativo, de onde deriva de forma imediata o direito à não autoincriminação. Como se poderia conceber por justo um processo que partisse do pressuposto de que o suspeito é culpado? E como é possível cremos que um suspeito presumido culpado ousará exercer o direito à não autoincriminação, sabendo que se nada fizer será condenado? Por outro lado, de que serviria presumir o arguido inocente se lhe fosse imposto um dever de declarar acerca dos factos relacionados com a sua culpabilidade? Estas interrogações retóricas, cuja resposta é manifestamente óbvia, expressam a íntima relação entre o direito à não autoincriminação e a presunção de inocência.

Também o Tribunal Constitucional (TC), no Acórdão n.º 695/95 (05.12.1995)³¹, acrescenta que o direito ao silêncio está diretamente relacionado com o princípio da presunção de inocência³² que obsta a que o silêncio do arguido seja interpretado desfavoravelmente aos seus interesses (ou seja, o

29 Figueiredo Dias, 1997: 26 e ss.

30 Costa Ramos, 2007: 67.

31 Acórdão que declarou a inconstitucionalidade do n.º 2 do art. 342.º do CPP que previa que o Tribunal perguntasse ao arguido no início da Audiência de Julgamento pelos seus antecedentes criminais e pela existência de algum processo que corresse contra si, incorrendo contra aquela responsabilidade criminal caso se remetesse ao silêncio ou mentisse ao responder à questão.

32 Também o Acórdão do TC n.º 71/1999, de 3 de fevereiro de 1999, bem como a seguinte jurisprudência do TEDH: *Saunders c. Reino Unido* (17.12.1996) §68, *Heany and McGuinness c. Irlanda* (21.12.2000) §40; *Weh c. Áustria* (08.04.2004) §39; *Martinen c. Finlândia* (21.04.2009) §60 e *Pishchalnikov c. Rússia* (24.09.2009) §71.

silêncio não pode ser interpretado como presunção de culpa³³). Salienta ainda que os dois princípios são tutelados constitucionalmente com o mesmo objetivo de garantir o tratamento do arguido como sujeito do processo.

Com isto, não podemos senão concluir que o arguido tem o direito de se recusar a colaborar numa investigação contra si próprio sem que essa recusa lhe possa ser desfavoravelmente interpretada, precisamente porque ele não tem de provar a sua inocência – que é presumida –, cabendo sim à acusação provar a sua culpa.

4. O regime legal e o conteúdo do *nemo tenetur*

4.1. O regime legal

No nosso ordenamento jurídico, encontramos a consagração expressa do direito ao silêncio desde logo no art. 61.º, n.º 1, alínea *d*) do Código de Processo Penal (CPP). É proibida a valoração do silêncio em desfavor do arguido, seja ele total (art. 343.º, n.º 1) ou parcial (art. 345.º, n.º 1). Nestes termos, o silêncio é tido por “ausência pura e simples de resposta, não podendo ser levado, enquanto tal, à livre apreciação de prova”³⁴, configurando-se, portanto, como um *nullum* jurídico³⁵.

Já quando seja confrontado com perguntas relativas à sua identidade, o arguido não beneficiará deste direito. Neste caso ele é obrigado a responder, e com verdade, sob pena de incorrer em crime de desobediência (art. 349.º do CP) ou falsas declarações (art. 359.º do CP), respetivamente. O mesmo se passa em relação às perguntas relativas aos seus antecedentes criminais, com exceção da fase de julgamento, desde que o n.º 2 do art. 342.º foi declarado inconstitucional pelo TC no referido Acórdão n.º 695/95.

Como vimos, estes preceitos devem ser interpretados teleologicamente de forma extensiva de modo a não fazer depender a sua invocação dos meios utilizados, mas dos fins que pretende alcançar e dos interesses que são postos em causa, designadamente o da não autoincriminação. Assim, deverão ser incluídas outras formas de recusa de colaboração para a própria incriminação para além do direito ao silêncio, manifestação *par excellence* do *nemo tenetur*, como a recusa de entrega de documentos, de que falaremos *infra*.

33 Marques da Silva, 2011: 315.

34 Vide Figueiredo Dias, 2004: 448 e Costa Andrade, 2006: 128.

35 Kühl, *apud* Costa Andrade, 2006: 129.

Por forma a garantir a eficácia do *nemo tenetur*, é imposto às autoridades judiciárias e aos órgãos de polícia criminal (OPC) o dever de esclarecimento ou advertência sobre os direitos que decorrem da constituição de arguido antes que este se inicie a prestar declarações e em todos os interrogatórios a que o arguido venha a ser submetido, bem como quando lhe seja requerida qualquer colaboração, independentemente da fase processual em que se encontre (*v.g.* arts. 58.º, n.º 2; 61.º, n.º 1, alínea *b*), 141.º, n.º 4, 343.º, n.º 1 do CPP).

Só o cumprimento deste dever pode garantir que a decisão do arguido de colaborar ou não colaborar seja tomada livremente e sem constrangimentos. Justifica-se, pois, que a omissão desta advertência, assim como uma advertência ineficiente ou incompleta que deixe o arguido a temer pelo seu comportamento silente, ou pela sua recusa em colaborar, configure uma violação do *nemo tenetur*, e que, em consequência, o depoimento que nestes termos tenha sido prestado pelo arguido não possa ser valorado³⁶.

Igual consequência terá o depoimento ou a colaboração prestada pelo suspeito, ou pela testemunha que, nos termos dos artigos 57.º, 58.º e 59.º do CPP, já deveria ter sido constituído arguido pelas autoridades e não o foi (art. 58.º, n.º 5 do CPP), não tendo tido assim a possibilidade de recorrer ao direito que lhe deveria assistir.

Note-se ainda que os artigos 126.º do CPP e 32.º, n.º 8 da CRP prevêem a nulidade e a impossibilidade de serem utilizadas as provas autoincriminadoras obtidas à custa de tortura, coação, ameaças, perturbações da memória ou da capacidade de avaliação, ou meios enganosos. Esta norma é especialmente importante na medida em que a coação é a pedra de toque do *nemo tenetur*, uma vez que na sua ausência, e desde que o arguido esteja devidamente informado do direito que lhe assiste, a autoincriminação é legítima.

A nulidade e proibição de valoração estendem-se às provas secundárias, i. é., às provas que tenham sido obtidas a partir do ato que viola o princípio da não autoincriminação (*v.g.* a arma do crime que é descoberta graças às declarações do arguido), de acordo com a doutrina do efeito-à-distância, proclamada no art. 122.º do CPP³⁷.

36 Neste sentido Figueiredo Dias, 2004: 447, Costa Andrade, 2006: 88, e, ainda, Roxin, 2000: 195 e 196.

37 Resulta deste artigo que as nulidades têm um efeito negativo consequential, que se projeta nos atos subsequentes ao ato que violou garantias constitucionais. É, porém, imprescindível que haja uma relação entre a prova ilegal e a prova secundária, marcada por um nexo de causalidade compreendido e aplicado à luz da doutrina da imputação objetiva, onde prevalecem conceitos como o fim de proteção da norma

4.2. O *nemo tenetur* enquanto direito do arguido

O *nemo tenetur* é um direito reconhecido ao arguido, a quem o art. 60.º do CPP atribui um especial estatuto processual, em virtude da especificidade das suas declarações que são simultaneamente meio de defesa e meio de prova. Este artigo estabelece que desde que uma pessoa adquira a qualidade de arguido lhe é assegurado o exercício de direitos e deveres processuais. Ou seja, é a partir do momento da constituição de arguido que a pessoa adquire a qualidade de sujeito processual, passando a ser titular dos direitos e submetido aos deveres processuais que integram o seu estatuto³⁸.

Segue-se no art. 61.º uma lista dos direitos e deveres inerentes a esse estatuto, sendo um deles, como vimos, precisamente o direito ao silêncio (previsto na alínea *d*) do n.º 1).

A inquirição de uma pessoa sobre factos delituosos por si praticados só pode ter lugar após a constituição como arguido e a consequente aquisição do mencionado estatuto processual, mediante comunicação formal feita por uma autoridade judiciária ou um OPC nos casos previstos nos artigos 57.º, 58.º e 59.º do CPP.

Uma vez que não é sujeito processual, o suspeito não tem direitos e deveres processuais especiais. Contudo, pode suceder que um suspeito não tenha sido constituído arguido porque a autoridade judiciária ou os OPC consideraram que a suspeita não era fundada (art. 58.º, n.º 1, alínea *a*) do CPP), mas as suas declarações acabarem por se revelar autoincriminatórias. Neste caso, a entidade que se encontra a interrogá-lo procede à suspensão do interrogatório e comunica-lhe que tem o direito de requerer a sua constituição como arguido (art. 59.º, n.ºs 1 e 2 do CPP).

4.3. A recusa de entrega de documentos

A possibilidade de recusa de entrega de documentos por invocação do direito à não autoincriminação já foi por diversas vezes discutida, tendo dado origem a importante jurisprudência.

e o comportamento lícito alternativo. É salvaguardada a possibilidade de valorar e utilizar as provas secundárias quando elas pudessem ter sido obtidas através de um comportamento lícito alternativo. *Vide* Albuquerque, 2011: 328 e Costa Andrade, 2006: 177 e ss., 316.

38 Note-se que era exigência da lei de autorização legislativa para o CPP/87 a definição rigorosa do momento e do modo de obtenção do estatuto de arguido (art. 2.º, n.º 2, alínea 8)), *vide* Marques da Silva, 2010: 301. Medina de Seíça salienta que o estatuto de arguido é diferenciador, pois atribui uma “posição processual assaz diversa da de outras «personagens» que se cruzam no processo, particularmente as testemunhas e os suspeitos”, *cfr.* Medina de Seíça, 1999: 68.

O TEDH, no acórdão *Funke*³⁹, entendeu que o *nemo tenetur* abrange a não entrega de documentos autoincriminatórios em geral. Referimo-nos ao caso de um cidadão alemão a quem a administração fiscal francesa solicitou que apresentasse extratos relativos às suas contas bancárias no estrangeiro, tendo sido condenado em multa e em sanção pecuniária compulsória pelo facto de se ter recusado a fornecer a documentação.

Não havia um processo crime instaurado, estando Funke a ser usado como única fonte para a descoberta de possíveis indícios da prática de crime de fraude fiscal. As autoridades alfandegárias nem sequer sabiam se esses documentos existiam, apenas o supunham. Desta forma, estavam a utilizar o arguido para obter provas que não queriam ou não seriam capazes de obter sozinhas.

Mais tarde, no caso *Saunders*⁴⁰, o Tribunal reformulou a sua posição dizendo que aquele princípio não abrange a utilização como prova de material obtido do acusado com recurso a poderes coercivos que tenha existência material independente da sua vontade, como os documentos adquiridos com base em mandado (§69)⁴¹.

O Tribunal passa assim a fazer a distinção entre *dados dependentes e independentes da vontade do acusado*, sendo estes últimos aqueles a que as autoridades têm acesso por outros meios, nomeadamente através de buscas ou apreensões mediante mandado, sem necessitar de uma colaboração do acusado. Nestes casos, os poderes coercivos não obrigam o acusado a se autoincriminar, apenas permitem descobrir o material incriminatório. Já quando as autoridades necessitem de uma colaboração do acusado para obter determinados documentos, cabe a este decidir se pretende ou não colaborar, não sendo obrigado a fazê-lo, nem podendo ser por esse facto responsabilizado.

Igualmente importante é o caso *J.B.*⁴², no âmbito do qual a administração fiscal suíça havia solicitado documentos que se relacionavam com um conjunto de investimentos realizados pelo queixoso cujos valores implicados não haviam sido declarados para efeitos fiscais. Pelo facto de ter sido imposta uma multa ao acusado devido à sua recusa em colaborar no fornecimento dos documentos, o TEDH conclui pela violação do direito à não autoincrimi-

39 *Funke c. França* (25.02.1993).

40 *Saunders c. Reino Unido* (17.12.1996).

41 Vide também, *inter alia*, *Heaney and McGuinness*, §40; *Allan*, § 44 e *Jalloh*, §100.

42 *J.B. c. Suíça*, (03.05.2001).

nação. Considerou, à luz do critério *Saunders*, que o acusado podia recusar a entrega de tais documentos já que não tinham a natureza de *dados existentes independentemente da sua vontade* e, por isso, não foram obtidos através de meios coercivos e em violação da vontade do visado. Deste modo, concluiu pela violação do direito à não autoincriminação⁴³.

Como vimos, a jurisprudência mostra-se coerente, o que nos permite concluir, sem dúvidas, que o *nemo tenetur* legitima que o arguido se recuse a colaborar na sua própria incriminação através do fornecimento de documentos⁴⁴.

5. A validade do *nemo tenetur* em todo o direito sancionatório

Apurada a amplitude do direito à não autoincriminação no direito processual penal, importa verificar se faz sentido exportar este direito para o direito processual das contraordenações.

Sabemos que o direito processual penal e contraordenacional são distintos. O nosso RGCO opera a distinção entre crimes e contraordenações através de um critério conceitual-formal – diz o art. 1.º, n.º 1 que “constitui contraordenação todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima”. Tal não significa que por detrás desta opção não estejam razões de ordem substancial que a comandem. Não nos cabendo aqui tentar desenvolver um critério material de distinção, destacamos apenas que a doutrina maioritária faz corresponder um fundamento ético-jurídico ao Direito Penal (tanto no que respeita aos valores que tutela, como às sanções que irroga), que não se encontra nas contraordenações, dado que estas são axiologicamente neutras⁴⁵.

Apesar desta diferença qualitativa entre crime e contraordenação efetivamente existir, ambas as categorias de ilícitos pertencem ao Direito Sancionatório ou, nas palavras de FARIA COSTA, a uma região normativa única

43 Este entendimento foi reiterado nos acórdãos *O'Halloran and Francis c. Reino Unido* (29.06.2007) e *Marttinen c. Finlândia* (21.04.2009).

44 Mas há que advertir que a interpretação que fizemos do critério *Saunders* não é unânime. Na verdade, a distinção levada a cabo pelo TEDH entre *dados dependentes e independentes da vontade do acusado* afigura-se algo confusa e de difícil concretização, vide MacCulloch, 2006: 230 e ss. Porém, a única interpretação que se encontra em harmonia com os acórdãos *Funke* e *J.B.* é a que referimos, o que nos parece ser um motivo suficientemente forte para a privilegiarmos em detrimento das restantes.

45 Neste sentido, na doutrina portuguesa destacamos Eduardo Correia e Figueiredo Dias (*Vide Correia*, 1973: 266 e ss.). O último Autor entende, porém, que, no Direito das Contraordenações, não é o ilícito que é ético-socialmente indiferente, mas sim a conduta que o integra. Assim, a conduta em si mesma, divorciada da sua proibição legal, é axiológico-socialmente relevante no Direito Penal e *axiológico-socialmente neutra* no Direito das Contraordenações, cfr. Figueiredo Dias, 2001: 145, 146.

– um direito penal “convocado no sentido mais difuso mas operatório que nos legou VON LISZT”, ao conceber a ciência do direito penal total⁴⁶. Reflexo disto é a consagração constitucional dos direitos de audiência e defesa do processo penal nos processos de contraordenação (bem como em quaisquer processos sancionatórios).

O n.º 10 do artigo 32.º da CRP estabelece que “nos processos de contraordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa”, refletindo a vontade do legislador constitucional de que as garantias de defesa valessem de forma absoluta em todo o Direito Sancionatório⁴⁷.

Tal não significa, contudo, que seja operada uma transposição em bloco dessas garantias para os restantes ramos do Direito Sancionatório. Há que refletir acerca da *raison d'être* da garantia processual e se faz sentido transpô-la para outros domínios.

In casu, teremos de proceder a um juízo estruturalmente analógico, confrontando a razão de ser do *nemo tenetur* em processo penal com a estrutura do processo contraordenacional⁴⁸.

a) Um novo direito das contraordenações

Hoje em dia temos um universo de contraordenações próprio de uma moderna economia de mercado, bem distinto do que foi originariamente pensado para a realidade portuguesa dos anos 60/70, esta marcada por um rudimentar desenvolvimento económico e social. É um universo que regula a intervenção em processo de contraordenação das entidades reguladoras, em domínios tecnicamente muito especializados e complexos, que se encontra fragmentado numa diversidade de regimes especiais que – pela particularidade dos seus ilícitos representarem comportamentos altamente perturbadores de subsistemas sociais e económicos, e por serem sancionados com coimas

46 *Vide* Faria Costa, 2001: 3, 6. Von Liszt concebeu a ciência do direito penal total em finais do século XIX, conjugando três vertentes – o direito penal propriamente dito, a criminologia e a política criminal –, a pretexto de que a dogmática jurídico-penal precisa de ter ao seu dispor os instrumentos que lhe permitam trabalhar o direito penal. Para Faria Costa, a disciplina do direito penal pode ser perspectivada em um sentido *multíssimo mais lato*, que abarque o estudo e análise do direito penal clássico, do direito processual penal, do direito de mera ordenação social, do direito de execução das penas, do direito penal de menores e ainda de todas as formas de direito especial (*v.g.* direito penal económico, direito penal do ambiente e direito penal informático), *cfr.* Faria Costa, 2009: 28, 29.

47 Neste sentido, Faria Costa, 2009: 49.

48 *Cfr.* Lobo Moutinho, 2008: 41, 42.

extremamente elevadas e sanções acessórias equivalentes a penas acessórias – se distanciam muito das contraordenações clássicas, herdeiras das antigas contravenções, e excecionam o RGCO, que se tornou num regime geral, e cada vez menos subsidiário⁴⁹.

Esta realidade levou alguns Autores a proporem uma diferenciação de regimes jurídicos entre as modernas contraordenações – dos sectores da grande regulação económica, financeira, industrial e ambiental –, e as contraordenações clássicas – bem mais ligeiras, pensadas para sancionar as pequenas infrações, facilmente investigadas e com limitadas implicações sociais, como as infrações do Código de Estrada – valendo para as primeiras um regime mais rigoroso e garantista que compense a maior severidade punitiva que as caracteriza e que inevitavelmente as aproximou das infrações penais⁵⁰.

No fundo foi o que se passou com o procedimento sancionatório por infrações às regras da concorrência, que tem um regime próprio que muito se afasta do RGCO. Como vimos, o legislador concedeu à AdC amplos poderes de investigação e sancionatórios, e estabeleceu as infrações à concorrência como contraordenações, mais como resultado de uma opção política do que de uma distinção fenomenológica, fundada no desvalor jurídico-social. A título de exemplo, escandalizaria alguém que um cartel constituísse um ilícito criminal em vez de ser tratado e qualificado como contraordenação (tendo em conta que, por exemplo, o CVM estabelece como crime o abuso de informação privilegiada e o abuso de mercado)? Cremos que não, e por isso confirma-se que a fronteira entre os dois ilícitos se tornou mais fluida e artificial⁵¹.

Ademais, as coimas previstas no RJC são altíssimas, podendo atingir os 10% do volume de negócios de uma empresa, sendo por isso altamente res-

49 Cfr. Costa Pinto, 2009b: 685-688 e Silva Dias, 2010a: 256 e ss.

50 Vide Silva Dias, 2010a: 238-239; Sousa Mendes, 2009: 707; Veloso, 2004: 59 e ss. Para este último Autor, o RGCO não é direito comum, é direito especial, que apenas por decisão do legislador pode ser transposto para fora do seu âmbito próprio para os sectores da grande regulação. Deste modo, temos uma combinação de regimes especiais – o dos pequenos delitos administrativos (RGCO) e uma coleção de regimes para certas áreas da grande regulação (estes não dispõem de um regime geral que os agregue a todos, sendo regulados fragmentariamente e *ad hoc*). Costa Pinto refere que se devem passar a aceitar duas modalidades de infrações – as contraordenações comuns, bagatelares, sujeitas a sanções leves e procedimentos mais simplificados, e as contraordenações mais graves, cujas coimas são mais severas e estariam sujeitas a um processo comum que desenvolvesse mecanismos preventivos e repressivos, articulados com a intervenção reguladora das diversas autoridades de supervisão nas respetivas áreas socioeconómicas, cfr. Costa Pinto, 2009b: 687. O Autor inspira-se na teoria do direito de intervenção de Hassemer (*interventionsrecht*), vide Hassemer, 1998: 27 e ss.

51 Neste sentido, referindo-se do Direito dos Valores Mobiliários, Silva Dias, 2010a: 256 e 257.

tritivas dos direitos patrimoniais, o que em nada coincide com as referidas contraordenações bagatelares, punidas com coimas que exprimem uma mera advertência social⁵².

A tudo isto acresce uma certa inquisitorialidade dos processos de contraordenação, que são comandados por uma única entidade, responsável simultaneamente pelo impulso processual e pela decisão⁵³.

Compreende-se agora melhor a necessidade de se reclamar uma maior proteção contra os abusos e um reforço das garantias processuais nos processos de contraordenação. Não há fundamento para se lhes vedar a aplicação de garantias de defesa que lhe são perfeitamente adequadas em nome de uma diferença qualitativa entre contraordenações e crimes. No que diz respeito ao *nemo tenetur*, que tratamos em particular, é inquestionável que a sua *raison d'être* também se faz sentir em processo contraordenacional. Também aqui o arguido se encontra numa especial situação de fragilidade por se encontrar sujeito a investigação e, deste modo, também aqui não é a si que cabe provar a sua inocência, mas sim à acusação provar a sua culpa.

Concluimos que deverão valer no âmbito do Direito Sancionatório da Concorrência (e muito provavelmente nos restantes domínios da grande regulação), as garantias processuais previstas no artigo 32.º da Constituição Processual Penal que neste se enquadrem⁵⁴, entre as quais avulta a presunção de inocência que, como vimos, constitui o fundamento mais imediato do princípio da não autoincriminação⁵⁵.

Este entendimento encontra-se em perfeita coerência com a jurisprudência do TEDH que recentemente, no caso *Menarini*⁵⁶, confirmou que os

52 Cfr. Silva Dias, 2010a: 256-257. Soares da Veiga encontra dois possíveis caminhos se se continuarem a agravar as sanções – o Direito de mera ordenação social começa a aproximar-se cada vez mais, quer subjetivamente, quer adjetivamente do Direito Penal (tendência apontada pela Escola de Frankfurt) ou certos ilícitos que ora são contraordenações, acabam por ser transformados em crimes, deixando-se para o Direito de mera ordenação social os ilícitos que o legislador considere axiologicamente neutros (tese de Figueiredo Dias), cfr. Veiga, 2009: 167-169.

53 Leones Dantas, 2010: 330-331.

54 Como tão claramente resulta da jurisprudência do TC, em particular nos acórdãos n.º 380/99, 265/01, 547/01 e 129/09, nos quais o Tribunal admite a aplicação das garantias consagradas nos arts. 29.º e 32.º da CRP.

55 Rigorosamente, fora do Direito Penal seria de usar a expressão “autoinculpação”, que aliás acentua a aplicação do princípio a todo o Direito Sancionatório. Contudo, por facilidade de expressão, continuaremos a utilizar a expressão “autoincriminação”, advertindo porém que ela deve ser interpretada em sentido amplo, incluindo tanto uma contribuição para a própria responsabilidade penal como contraordenacional.

56 Acórdão do TEDH, *Menarini Diagnostics S. R. L c. Itália* (27.09.2011).

processos sancionatórios da concorrência têm natureza penal para efeitos de aplicação das garantias processuais previstas no art. 6.º da CEDH. O TEDH faz uma interpretação ampla do conceito “acusação em matéria penal” (art. 6.º, n.º 1 da CEDH), abrangendo não só os processos formalmente qualificados pelo direito interno como tendo uma natureza penal, mas também os processos disciplinares ou administrativos, por forma a não comprometer as garantias de defesa.

b) O *nemo tenetur* e o visado

Já sabemos que o direito à não autoincriminação vale no Direito Sancionatório da Concorrência. Sabemos também que este direito surge com a constituição de arguido.

A anterior lei da concorrência referia pela primeira vez o termo “arguido” aquando da notificação da nota de ilicitude (alínea *b*) do n.º 1 do art. 25.º), levando-nos a concluir que, caso não se procedesse antes à constituição de arguido, esta seria feita necessariamente no momento da notificação. Seria assim aplicável subsidiariamente o art. 58.º, n.º 1, alínea *a*) do CPP, por via dos artigos 41.º, n.º 1 do RGCO e 22.º da Lei da Concorrência, por forma a que a constituição de arguido pudesse ter lugar em momento anterior ao da notificação, nomeadamente quando no âmbito de um inquérito a AdC fizesse pedidos de informação, solicitasse a entrega de documentos ou procedesse à realização de uma busca ou apreensão.

Mas com o novo RJC o termo “arguido” desapareceu, tendo sido substituído pela expressão “visado”, sem que todavia se indicasse qual o estatuto deste novo sujeito processual.

Há porém duas disposições da nova lei que indiciam que o visado tem um especial estatuto processual. A primeira é o n.º 3 do art. 74.º, relativo à prescrição, que estabelece que esta se interrompe com a constituição de visado, levando-nos a assumir que, à semelhança do que se passa com o arguido, também existe um ato de constituição formal de uma nova posição processual com consequências legais. A segunda é o art. 18.º, que, ao estabelecer os poderes de investigação da AdC, diferencia os atos de interrogar e de inquirir: interrogam-se as empresas e as pessoas envolvidas na investigação, ou seja, os visados (alínea *a*) do n.º 1), tal como se interroga o arguido em processo penal (artigos 141.º e ss. do CPP) e inquirem-se *quaisquer outras pessoas* cujas declarações se considerem pertinentes (alínea *b*) do n.º 1), tal como em processo penal de inquirir as testemunhas (*v.g.* art. 348.º do CPP).

Acresce que o visado beneficiará indubitavelmente dos mesmos direitos do arguido, pois decorre da CRP que no domínio das contraordenações estes direitos são assegurados (art. 32.º, n.º 10).

Uma vez que, neste curto período de vigência da nova lei, ainda não nos podemos apoiar em referências jurisprudenciais e doutrinárias que clarifiquem que estatuto especial é este, a única conclusão que nos ocorre é a de que esse estatuto só pode ser semelhante ao do arguido, que tal como o visado, se encontra numa posição fragilizada por se encontrar a ser investigado no âmbito de um inquérito e que, por isso, beneficia dos mesmos direitos que aquele. Também à semelhança do que se passa com o arguido, tais direitos serão adquiridos mediante a constituição forma de visado.

Assim, entendemos que se deverão continuar a aplicar subsidiariamente as disposições relativas ao arguido em processo penal, os artigos 58.º e ss. do CPP, *ex vi* artigos 41.º, n.º 1 do RGCO e 13.º, n.º 1 do RJC.

III. O *NEMO TENETUR* E O DEVER DE COLABORAÇÃO – UM CONFLITO?

Num primeiro momento, referimos que recai sobre todos os agentes económicos um dever de colaboração com a AdC, que lhes impõe precisamente a obrigação de prestar esclarecimentos, oralmente ou por escrito, e entregar documentos, a pedido da AdC, no exercício dos poderes estabelecidos nos artigos 18.º, 43.º e 61.º e ss. do RJC, sob pena de lhes ser aplicada coima até 1% do volume de negócios e, eventualmente, uma sanção pecuniária compulsória. Tal dever decorre da incumbência constitucional de assegurar o funcionamento dos mercados e, em última instância, da liberdade de iniciativa económica privada (artigos 81.º, alínea *e*) e 61.º da CRP, respetivamente).

Posteriormente, vimos que o direito à não autoincriminação tem fundamento constitucional no princípio da presunção de inocência. Porque se presume inocente, o arguido não tem qualquer obrigação legal de fornecer prova em sua defesa, nem de colaborar com a investigação contra a sua pessoa. Ao ter a possibilidade de se remeter ao silêncio, ou de recusar a colaboração, o arguido apenas contribuirá para a sua incriminação caso seja essa a sua vontade, livre e esclarecida.

O direito à não autoincriminação tem validade em todo o Direito Sancionatório, em conformidade com o art. 32.º, n.ºs 2 e 10 da CRP, manifestando-se no âmbito do Direito da Concorrência, enquanto direito do visado, essencialmente sob a forma de recusa em prestar declarações ou de fornecimento de elementos de prova, como documentos.

Confrontando esta obrigação com aquele direito, deparamo-nos com um possível conflito – o agente económico tem um dever de declarar e entregar os elementos solicitados pela AdC, e, simultaneamente, tem o direito ao silêncio e de se recusar a entregar elementos que se revelem autoincriminatórios.

E utilizamos o adjetivo “possível” porque pode não existir um verdadeiro conflito e a realização de ambos ser passível de lograr. Mas também pode suceder que nenhum deles possa valer na sua plenitude, e aí, de facto, podemos falar de uma verdadeira colisão de direitos fundamentais – de um lado, a liberdade de iniciativa económica, princípio fundamental da organização económica que o dever de colaboração visa em última instância proteger; do outro, o *nemo tenetur*, corolário da presunção de inocência.

Naturalmente este último não é um princípio absoluto, pode ser limitado para proteção de outros direitos, liberdades e garantias da mesma natureza, segundo critérios de adequação e proporcionalidade. Tão pouco é absoluto o dever de colaboração, na medida em que os agentes económicos se podem legitimamente abster de responder a pedidos de informação ou de entregar elementos de prova à AdC sopesada a salvaguarda de outros bens jurídicos (*v.g.* salvaguarda de segredo profissional, de negócio ou bancário).

Importa ora apurar se pode o dever de colaboração estabelecido no RJC prevalecer ou não sobre o *nemo tenetur*. No caso de a resposta ser negativa, terá de concluir-se que aquele direito derroga o dever de colaboração, e pode ser legitimamente invocado para justificar uma recusa de cumprimento do mesmo sem que o arguido seja por isso responsabilizado.

Já se a resposta for afirmativa, há que refletir se o *nemo tenetur* deve ser totalmente aniquilado em favor do dever de colaboração, ou se este apenas o restringe, deixando um conteúdo nuclear (a determinar) salvaguardado.

Lançamos ainda a problemática da comunicabilidade das provas, recolhidas ao abrigo dos poderes de supervisão, com o procedimento sancionatório aberto posteriormente. Deverão ser utilizados como prova, em procedimento sancionatório, as respostas aos pedidos de esclarecimento e os documentos fornecidos à Autoridade no uso dos seus poderes de supervisão, quando estes foram recolhidos sem que tivessem sido respeitados os direitos de defesa (que naquela primeira fase ainda não existiam)?

O problema é potenciado pela dificuldade em traçar a fronteira que separa a supervisão da competência sancionatória e pela confusão que pode surgir entre os dois poderes por caberem à mesma entidade.

Vejam os de que forma é que a jurisprudência dos Tribunais Europeus e a jurisprudência e a doutrina nacionais trataram esta problemática, tendo em conta que ela foi escrutinada, não só no âmbito de atuação da AdC, mas principalmente no âmbito de atuação da CMVM. Importa, pois, fazer um estudo que abarque ambos os domínios, sem todavia perder de vista as especificidades de cada um.

1. A abordagem dos Tribunais Europeus

Se analisarmos a jurisprudência do Tribunal de Justiça (TJ) e do Tribunal Geral (TG) (ex-Tribunal de Primeira Instância) em relação ao modo como esta relacionou o *nemo tenetur* com os processos de direito da concorrência, podemos concluir que esta, desde o pioneiro caso *Orkem*, aceita a existência de um direito à não autoincriminação nos processos de direito da concorrência, que permite que as empresas se neguem a dar respostas através das quais sejam obrigadas a admitir o cometimento da infração ao direito da concorrência, mas limitado pela existência de um dever de colaboração para com a Comissão, que as obriga ao fornecimento de todas as informações necessárias relativas aos factos de que possa ter conhecimento, bem como de documentos com relevância para a prova da infração⁵⁷.

No caso *Werke*, o atual TG concretizou que as empresas não se podem nunca furta a responder a informações factuais, nem a entregar documentos preexistentes, uma vez que essa forma de colaboração não é atentatória dos direitos de defesa⁵⁸, o que não impede que, mais tarde, eventualmente perante um recurso para um Tribunal Europeu, a empresa venha a contestar que os factos constantes das respostas ou documentos fornecidos têm um significado diferente daquele que foi dado pela Comissão⁵⁹.

Muito importante foi também o acórdão *PVC II*, por ter assinalado a indispensabilidade de a resposta da empresa configurar uma verdadeira confissão para que haja uma violação do *nemo tenetur* e, paralelamente, ter fixado e desenvolvido requisitos para que essa violação efetivamente se verifique – a existência de *coação* sobre o arguido para que a Comissão obtenha a informa-

57 Acórdão do TJ *Orkem, S.A. c. Comissão*, Processo 374/87 (18.10.1989), §34 e ss. No mesmo sentido, os acórdãos do TJ *Aalborg Portland e O. c. Comissão*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P (07.01.2004) e *ThyssenKrupp c. Comissão*, C-65/02 P, C-73/02 P (14.07.2005), §49. Esta posição do TJ foi posteriormente consagrada na segunda parte do considerando 23 do Regulamento 1/2003.

58 Também o TJ, no caso *Comissão c. SGL Carbon AG*, C-301/04 P (20.06.2006), §39 e ss.

59 Acórdão do TG *Mannesmannröhren-Werke AG c. Comissão*, T-112/98 (20.02.2001), §77 e 78.

ção e de uma *ofensa efetiva* àquele direito⁶⁰. Assim, quando a empresa confesse voluntariamente a prática da infração, se recuse a responder ou negue os factos, aquele direito não é violado. Apenas o será se houver uma confissão e a Comissão fizer uso dela na decisão condenatória.

2. A abordagem nacional

Focar-nos-emos agora na jurisprudência nacional, primeiramente nas decisões relativas a processos de práticas restritivas da concorrência, prossequindo com uma análise do nosso problema no âmbito dos mercados de valores mobiliários. Como já mencionámos anteriormente, também este é um campo fértil para a tensão entre os deveres de colaboração e o *nemo tenetur*, o que originou várias impugnações judiciais com fundamento na violação deste direito.

Seguidamente, apreciaremos a forma como a nossa doutrina se tem posicionado nesta problemática para, tirando proveito dos diferentes entendimentos acerca da relação entre o *nemo tenetur* e o dever de colaboração, podermos descortinar se de facto estes conflituam entre si e, se tal suceder, de que forma os podemos compatibilizar.

2.1. A jurisprudência

2.1.1. O dever de colaboração e o *nemo tenetur* no direito da concorrência
O Tribunal de Comércio de Lisboa (TCL) aceita a existência de um limitado direito à não autoincriminação, tomando por referência a jurisprudência *Orkem* do TJ para concretizar o seu conteúdo. Conclui que a AdC não pode obrigar uma empresa a fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência de uma infração, contudo, tal não é extensível a documentos e puros elementos de facto mesmo que deles resulte a incriminação do investigado. A possibilidade de o investigado poder sempre vir a demonstrar um significado diverso daquele que foi dado aos elementos de facto e documentos entregues, por meio do exercício do direito de audição e defesa e da impugnação judicial de plena jurisdição, foi apontada como bastante relevante⁶¹.

60 Acórdão do TJ *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM), DSM NV e DSM Kunststoffen BV, Montedison SpA, Elf Atochem SA, Degussa AG, Enichem SpA, Wacker-Chemie GmbH e Hoechst AG e Imperial Chemical Industries plc (ICI) c. Comissão*, Processos Apensos C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P A C-252/99 P E C-254/99 P (15.10.2002), §275.

61 Sentença do TCL relativa ao Cartel das Moageiras, processo n.º 205/06.0TYLSB (8.05.2007).

O Tribunal divergiu quanto à base jurídica do direito ao silêncio. No caso *Abbott*⁶² admitiu a aplicabilidade subsidiária do art. 61.º, n.º 1, alínea *d*) do CPP, entendendo porém que o seu âmbito não abrange a possibilidade de o arguido se recusar a entregar os documentos solicitados pela AdC. Já nos casos *Agepor*⁶³ e *Cartel das moageiras* recusou esta base jurídica por considerar a existência de normas próprias no RJC que afastam a aplicação do direito subsidiário, tendo concluído, neste último caso, que o direito ao silêncio decorre diretamente do n.º 10 do art. 32.º da CRP.

Perante a questão da comunicabilidade de elementos de prova recolhidos no exercício dos poderes de supervisão da AdC, posteriormente utilizados em procedimento sancionatório, o Tribunal advertiu que, “não ficando a AdC de forma alguma impedida de supervisionar mercados relativamente aos quais investigue práticas anticoncorrenciais, quando, no âmbito desses procedimentos dirigir pedidos de informação a suspeitos dessas práticas, deve colocar, nos seus pedidos de informações, as mesmas cautelas que teria se dirigisse tais pedidos aos mesmos suspeitos no procedimento sancionatório. Ou seja, na nossa visão, não pode formular perguntas das quais resulte diretamente a incriminação”⁶⁴.

2.1.2. O dever de colaboração e o *nemo tenetur* no mercado de valores mobiliários

Contrariamente ao que verificámos em relação às decisões do TCL e respetivos recursos para o Tribunal da Relação de Lisboa (TRL), perfeitamente coerentes, na linha da jurisprudência *Orkem*, a jurisprudência do Tribunal de Primeira Instância de Lisboa (TPI) e a do TRL vêm conflituando entre si quando confrontados com esta problemática no âmbito do mercado de valores mobiliários. Justifica-se uma divisão das decisões destes Tribunais de acordo com a diferente abordagem do problema. Em primeiro lugar, analisaremos uma linha mais garantista, para logo em seguida observarmos uma orientação mais restritiva do direito à não autoincriminação.

62 Despacho do TCL, processo n.º 350/08.8TYSLB (8.04.2008).

63 Sentença do TCL, processo n.º 261/06.1TYLSB (28.07.2006).

64 Cfr. *Cartel das Moageiras*. Também no caso CAPTV, o TCL segue a mesma fundamentação (processo n.º 1050/06.9TYLSB, de 10.08.2007), que foi confirmada pelo TRL no acórdão de 25.11.2008, processo 6057/08-5.

a) A inadmissibilidade do uso de quaisquer meios de prova recolhidos em violação do *nemo tenetur* – as sentenças do TPI nos casos LJ Carregosa e Lisbon Brokers e o caso EDP⁶⁵

Nesta linha, o TPI distinguiu da supervisão o momento em já está em curso um processo de contraordenação, entendendo que daí em diante deve cessar o dever de colaboração do arguido relativamente a factos que o possam responsabilizar, por aplicação subsidiária das regras do processo penal (art. 61.º, n.º 1, alínea *d*) do CPP *ex vi* artigos 41.º, n.º 1 do RGCO e 407.º do CVM). Tal não impede que o arguido colabore com a CMVM voluntariamente, ou que esta prossiga com a recolha de prova, contando com os poderes estabelecidos no art. 361.º do CVM. Já perante atos de fiscalização, de inspeção e de organização, não é legítimo invocar aquele direito, pois ainda não estamos no seu âmbito de vigência⁶⁶.

A atividade de fiscalização termina assim que surjam “fundadas suspeitas” da prática de uma infração. É nesse momento que se inicia a atividade sancionatória, sujeita a regras diferentes da atividade supervisora, e que se impõe a constituição de arguido, que seguirá os termos dos artigos 57.º, n.º 1 e 59.º, n.ºs 1 e 2 do CPP, *ex vi* artigos 41.º, n.º 1 do RGCO e 407.º do CVM⁶⁷.

Para o Tribunal, os elementos, quer sejam documentais, quer se tratem de declarações escritas, recolhidos pela CMVM junto da entidade supervisionada, arguida em processo de contraordenação, não podiam ser usados como prova para fundamentar uma condenação, pois haviam sido solicitados sem qualquer informação à arguida acerca da instauração do processo. Porque a entidade visada não sabia que se encontrava a colaborar no âmbito de um processo de contraordenação em que gozava do direito de se recusar a fazê-lo, pois fora levada a pensar que corria um mero processo de supervisão, o Tribunal concluiu que a CMVM recorrera à utilização de meios enganosos de obtenção de prova, e por conseguinte, pela nulidade da prova recolhida nos termos do art. 126.º do CPP.

O Tribunal advertiu para o facto de, no decurso do exercício da supervisão, quando detetados indícios da prática de uma infração, a CMVM dever

⁶⁵ Vide Sentenças do TPI de Lisboa: *Lisbon Brokers*, processo n.º 3839/06.0TFLSB (16.10.2008); *LJ Carregosa*, processo n.º 4907/06.3TFLSB (11.01.2008) e o caso EDP: processo n.º 3501/06.3TFLSB (22.04.2010) e Acórdão do TRL, de 15.02.2011.

⁶⁶ Cfr. *Lisbon Brokers*.

⁶⁷ *Idem*.

levantar um “auto de contraordenação” e prosseguir de acordo com as regras do processo sancionatório em causa⁶⁸.

b) Admissibilidade de restrições ao *nemo tenetur* – os Acórdãos do TRL nos casos LJ Carregosa e *Lisbon Brokers*⁶⁹ e as decisões no âmbito dos processos BCP⁷⁰

Nestes casos, o TRL admitiu que a CMVM pode solicitar, ao abrigo do regime legal de supervisão, informações ou elementos que se destinem a instruir um processo contraordenacional pois, se uma vez descobertas irregularidades cometidas pelas entidades supervisionadas, tais ilícitos não pudessem ser sancionados, a supervisão ficaria destituída de eficácia. Além do mais, decorre do próprio CVM que o processamento das contraordenações faz parte integrante da supervisão cumprida pela CMVM (pelas disposições conjugadas dos artigos 358.º, alínea e) e 360.º, alínea e) e 408.º). Assim sendo, não se vislumbra qualquer utilização de um meio enganoso de prova e, por conseguinte, as provas recolhidas pela CMVM no exercício dos seus poderes de supervisão não são nulas⁷¹. O Tribunal referiu também que o dever de colaboração imposto às entidades supervisionadas é essencial ao cumprimento da função de supervisão e constitui para aquelas a contrapartida do acesso ao mercado. Tal dever pode cessar na exata medida em que se reconheça que a omissão de resposta corresponde a um direito ao silêncio. Porém, este, com fundamento imediato nas garantias processuais e consagrado no art. 61.º, n.º 1, alínea d) do CPP, abrange apenas e só o direito a não responder a perguntas ou prestar declarações sobre os factos imputados ao arguido.

Este direito não é absoluto, podendo ser flexibilizado em nome e na defesa de determinados valores ou interesses que o Estado visa salvaguardar, desde que observado o princípio da proporcionalidade e o requisito da lei prévia, e desde que tal não se converta num atentado insuportável à dignidade humana.

68 Cfr. *LJ Carregosa*.

69 Acórdãos do TRL, processo n.º 2140/08-9, 9.ª secção (30.10.2008) e processo n.º 3839/06.0 TFLSB.L1, 3.ª secção (30.10.2008), recurso das sentenças do TCL referidas *supra*.

70 Estão em causa dois processos distintos: o processo n.º 1557/08.3 TFLSB, em que o TPI emitiu uma decisão em 11.03.2010 e o processo n.º 1724/09.2TFLSB, cuja sentença do TPI data de 21.07.2010, tendo sido confirmada pelo TRL, no acórdão de 6.04.2011 e pelo TC, que entendeu não poder conhecer do recurso.

71 No mesmo sentido, acórdão do TRL, processo n.º 5523/07.8TFLSB.L1, 3.ª secção (16.12.2009), que confirma o despacho interlocutório do TPI.

Destas decisões consta também que, dado que o CVM nada diz sobre a constituição de arguido, e tendo em conta que o art. 50.º do RGCO apenas impede que seja aplicada coima, ou sanção acessória, ao arguido sem que lhe tenha sido dada a oportunidade de exercer os seus direitos de defesa, a constituição de arguido deve ser feita aquando da comunicação dos factos de que é acusado.

c) Conclusão

Como vimos, no domínio do mercado dos valores mobiliários, a questão que reiteradamente se tem colocado nos Tribunais é a da possibilidade de utilização como prova para fundamentar uma condenação de elementos recolhidos na fase de supervisão sem que tenha sido transmitida qualquer informação à entidade visada acerca da instauração do processo. As soluções dadas pela jurisprudência são completamente antagónicas. Se por um lado, o TPI, nos processos *LJ Carregosa*, *Lisbon Brokers* e *EdP* (e neste último caso, também o TRL), considerou que a CMVM não podia usar tais elementos no processamento de contraordenações sem antes informar o arguido desse facto e de o advertir do seu direito à não autoincriminação e da possibilidade de se recusar a colaborar; por outro lado, o TRL e o TPI nos processos *BCP* admitiram a utilização de tais elementos de prova para instruir um processo contraordenacional.

Veremos que ambas as soluções correspondem, no essencial, às concepções desenhadas pela nossa doutrina, que, à semelhança da jurisprudência, também se divide na hora de se pronunciar sobre a relação entre os poderes de colaboração e o direito à não autoincriminação.

2.2. A doutrina

Podemos dividir a doutrina nacional essencialmente em três teses, que julgamos serem as que melhor ilustram o panorama a nível nacional – (i) a tese que pugna pela possibilidade de compatibilizar o dever de colaboração com o *nemo tenetur*, (ii) a tese que aceita que o *nemo tenetur* pode ser legitimamente restringido; e ainda aquela que apelidamos de concepção minimalista do direito ao silêncio.

Prosseguiremos com uma breve exposição de cada uma.

2.2.1. Tese de compatibilidade do dever de colaboração com o *nemo tenetur*

Esta tese, acolhida nas referidas sentenças do TPI, é a sustentada por Silva Dias e Costa Ramos.

Os Autores concebem o direito à não autoinculpação⁷² com uma larga amplitude, estendendo-o a outras formas de cooperação além das declarações orais, como a entrega de documentos e outros elementos de prova, e sustentam que ele rege em todo o Direito Público Sancionatório, por via do n.º 10 do art. 32.º da CRP⁷³.

O estabelecimento de deveres de cooperação não contende *per se* com o *nemo tenetur*. Estes deveres valem irrestritamente na fase de supervisão, na qual o *nemo tenetur* ainda não entrou em cena. Já em processo sancionatório, deverão ceder a partir do momento em que o seu cumprimento revista para o destinatário um significado autoinculpatório. O cumprimento dos deveres de cooperação apenas contendrá com o *nemo tenetur* quando a entidade supervisora se sirva dos seus poderes de fiscalização, e se aproveite daqueles deveres, para instruir o processo contraordenacional a expensas da pessoa ou entidade visada, transformando-a em figura central da própria condenação, e proferir uma decisão condenatória. Logo, não é a opção legislativa de integrar as competências supervisora e sancionatória, nem o estabelecimento de deveres de cooperação em si mesmos, que violam o *nemo tenetur*, mas sim o modo como eles são utilizados pela entidade supervisora⁷⁴. Assim, quando surge a suspeita de cometimento de uma infração às regras da concorrência e a autoridade administrativa requer informações ou documentos às empresas, deve comunicar-lhes simultaneamente que, a partir desse momento, são constituídas arguidas num processo de natureza contraordenacional, nos termos do art. 58.º, n.º 1, alínea a) do CPP, *ex vi* artigos 41.º, n.º 1 do RGCO e 13.º, n.º 1 do atual RJC ou 407.º do CVM, com a conseqüente assunção dos direitos e deveres estabelecidos nos artigos 60.º e 61.º do CPP, *v.g.* o direito à não autoinculpação. Caso a constituição de arguido não suceda por ação da autoridade administrativa, o visado pode requerê-la nos termos do n.º 2 do art. 59.º do CPP⁷⁵.

Em caso de uma efetiva colisão de direitos, em virtude de uma atuação restritiva dos poderes públicos, em que se dê prevalência à supervisão, e se considere proporcional a restrição do *nemo tenetur* (art. 18.º, n.º 2 da CRP),

72 Utilizaremos a expressão “direito à não autoinculpação” por ser a utilizada pelos Autores na sua obra em comum, Silva Dias & Costa Ramos, 2009: *passim*.

73 Cfr. Silva Dias, 2010a: 244-246.

74 Silva Dias, 2010a: 250.

75 Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 75 e 76.

tal não deve significar a sua aniquilação. Há que preservar alguma vigência do princípio e o modo de o conseguir, *de jure constituto*, é precisamente através da constituição de arguido⁷⁶.

Quando a colaboração é feita voluntariamente e de forma esclarecida, não se colocam problemas de utilização dos elementos de prova fornecidos. Deverá ser comunicado aos visados que têm o direito de recusar a colaboração sempre que dela resulte a revelação de factos autoinculpatórios. Esta antecipação na comunicação justifica-se pela contaminação entre os processos de inspeção e de inquérito, da qual emerge o risco de autoinculpação⁷⁷.

2.2.2. Tese da restrição legítima ao *nemo tenetur*

Figueiredo Dias e Costa Andrade reconhecem que o *nemo tenetur* (enquanto princípio que abarca o direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação), tendo por fundamento constitucional as garantias processuais (art. 32.º e n.º 4 do art. 20.º da CRP), estende-se a *todo o processo onde possam ser aplicadas sanções de carácter punitivo* (n.º 10 do art. 32.º da CRP), ainda que estejam em causa deveres de colaboração, nomeadamente quando do seu cumprimento possa resultar o perigo de uma perseguição penal⁷⁸.

Não sendo, porém, um direito absoluto, admite restrições⁷⁹ (sobretudo no campo das atividades reguladas, por constituírem potencial fonte de riscos para bens fundamentais de natureza social ou coletiva), impostas através do estabelecimento de determinadas obrigações legais de colaboração das entidades reguladas, necessárias ao cumprimento das funções de vigilância de certas atividades económicas.

Tais restrições terão sempre de estar estabelecidas em lei prévia e deverão respeitar os princípios da proporcionalidade e da necessidade (art. 18.º, n.º 2 da CRP). Elas situam-se, por excelência, nos ramos do Direito Penal Secundário ou no Direito Sancionatório Administrativo, em que os arguidos são maioritariamente pessoas coletivas, devendo, pelo contrário, no âmbito do Direito Penal clássico, valer um entendimento do *nemo tenetur* também ele clássico. Só assim é que o Direito Penal e Processual Penal podem cumprir as

76 Silva Dias, 2010a: 252.

77 Cfr. Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 71-81.

78 Figueiredo Dias & Costa Andrade, 2009: 42 e 46.

79 Os Autores enumeram algumas limitações àquele direito no ordenamento jurídico português, *idem*, 44 e 45.

exigências que a evolução social e económica lhes dirige, e só deste modo se preserva o núcleo essencial das garantias processuais e das funções estaduais de controlo e vigilância, aptas à realização das tarefas constitucionais incumbidas ao Estado⁸⁰.

As restrições desta natureza nunca atingirão o direito ao silêncio *stricto sensu*, podendo o arguido recusar-se a responder em interrogatório a partir do momento em que é confrontado com o cometimento de uma infração e se encontra submetido a um procedimento sancionatório, por ser essa a ocasião em que é constituído arguido e adquire as garantias de defesa estabelecidas no art. 61.º do CPP, *ex vi* art. 50.º do RGCO⁸¹.

Dado que o CVM torna claro que *o processamento das contraordenações é parte integrante da supervisão cumprida pela CMVM*, esta tem competência para processar e sancionar os ilícitos de que tome conhecimento em fase de supervisão. O contrário desproveria a supervisão de toda a sua eficácia. Assim, o aproveitamento das informações recolhidas no âmbito de supervisão para instruir um processo de contraordenação não constitui uma violação do *nemo tenetur* mas uma *restrição legalmente prevista e constitucionalmente admitida*⁸².

Também Sousa Mendes se alinha com esta posição, justificando uma restrição ao *nemo tenetur* a partir do princípio de que as atividades económicas não são absolutamente livres, mas estão sujeitas a restrições e condicionamentos. Se um particular quer desenvolver uma tal atividade, compreende-se que tenha de ter para com o Estado uma certa lealdade que, no âmbito de uma atividade regulada, se concretiza num dever de colaboração para com a autoridade competente. Paralelamente, compreende-se que o mesmo particular tenha de abdicar, naquele âmbito de exercício da atividade, das tradicionais garantias de proteção diante do Estado, sem nunca deixarem de valer os direitos a ser informado de que corre inquérito contra si, quando tiver de se sujeitar a diligências de investigação, e o direito de se fazer acompanhar por um advogado em qualquer fase do processo, aplicando-se deste modo o art. 61.º, n.º 1 do CPP, nas alíneas *c)* e *f)*⁸³.

80 *Idem*, 46 a 48.

81 *Idem*, 49.

82 *Idem*, 24 a 27.

83 Cfr. Sousa Mendes, 2010b: 138.

2.2.3. Tese minimalista do direito ao silêncio

Na esteira de Costa Pinto, o direito ao silêncio, que tem fundamento constitucional na previsão dos direitos de defesa (art. 32.º, n.º 1), abrange somente as declarações orais, deixando de fora a recusa de entrega de elementos que estejam em poder da entidade visada e que lhe sejam requeridos pela entidade reguladora, pois tal frustraria a execução de diligências de prova a que os arguidos se encontram sujeitos nos termos dos artigos 61.º, n.º 3, alínea *d*) e 60.º do CPP⁸⁴.

Referindo-se ao dever de colaboração das entidades sujeitas a supervisão da CMVM, salienta a sua indispensabilidade para que esta entidade prossiga uma supervisão eficaz, por forma a que se efetive a tutela constitucional do bem público mercado de valores mobiliários⁸⁵ – tarefa estadual estabelecida nos artigos 81.º, alínea *f*) e 101.º da CRP, referentes à garantia de funcionamento eficiente dos mercados e à proteção das condições de funcionamento do sistema financeiro, respetivamente. Por outro lado, este dever representa a contrapartida do privilégio de acesso ao mercado de valores mobiliários, valendo tanto na fase de supervisão, como quando já está em curso um processo de contraordenação⁸⁶.

Já as garantias de defesa do arguido apenas têm lugar quando existe um procedimento sancionatório, a partir do momento em que se confronta um arguido com uma infração cometida (como, aliás, decorre do art. 50.º do RGCO, que identifica pela primeira vez o estatuto do arguido a propósito do exercício do direito de defesa perante uma contraordenação que lhe é imputada). Aqui, o dever de colaboração pode cessar, na medida em que se reconheça que a omissão de resposta corresponde a um direito ao silêncio⁸⁷. Numa prévia fase de supervisão, em que ainda não existe arguido, não há garantias processuais e, como tal, o direito ao silêncio não tem cabimento. Não se pode tratar a fase de supervisão como um inquérito criminal, que nem sequer existe em processo contraordenacional, argumenta COSTA PINTO sublinhando a necessidade de respeitar a autonomia deste tipo de processo e

84 Cfr. Costa Pinto, 2009: 95-99.

85 *Idem*, 71 e ss.

86 *Idem*, 97 e ss.

87 *Idem*, 92.

o limite da aplicação do processo penal como direito subsidiário (que apenas se aplica quando não resultar do RGCO o contrário, art. 41.º, n.º 1)⁸⁸.

O Autor considera legítima a utilização dos elementos obrigatoriamente fornecidos no âmbito da atividade de supervisão em processo contraordenacional contra a arguida. Acrescenta que a supervisão tem uma componente sancionatória que lhe é incindível, pois toda a supervisão implica um controlo da legalidade da atuação das entidades e pessoas supervisionadas, e aquela não poderá ser eficaz sem uma tutela sancionatória. Ademais, todos os ilícitos identificados na atividade supervisora correspondem a infrações sujeitas ao princípio da legalidade da promoção processual⁸⁹. A própria CMVM tanto acompanha e fiscaliza a atividade dos agentes no mercado de valores mobiliários (art. 360.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*) do CVM), como instrui os processos e pune as infrações da sua competência (art. 360.º, n.º 1, alínea *e*) do CVM). Se a CMVM não pudesse exercer ambas as competências, criar-se-ia uma “zona franca de responsabilidade”, pois qualquer elemento que fosse entregue na fase de supervisão, e que mais tarde se relacionasse com uma infração, jamais poderia ser usado como prova, e as competências sancionatórias quedariam inutilizadas⁹⁰.

2.3. Conclusão

Do todo o exposto podemos retirar a conclusão de que, no essencial, a jurisprudência do TCL, desenvolvida no âmbito dos processos de infrações às normas de direito da concorrência, se inspirou na jurisprudência dos Tribunais Europeus. *Grosso modo*, ambas reconhecem a existência de um direito à não autoincriminação, mas admitem-lhe restrições, sustentadas pelo facto de existirem deveres de colaboração e pela eficiência na tarefa de defesa da concorrência. Inserem-se na mesma linha as conceções de Figueiredo Dias e Costa Andrade e Sousa Mendes, bem como os acórdãos do TRL relativos aos processos no domínio dos mercados de valores mobiliários.

As conclusões de Costa Pinto também convergem com as da tese da restrição legítima do *nemo tenetur*, apesar de partirem de um pressuposto diferente

88 *Idem*, 88.

89 O Autor refere ainda que o próprio CVM integra o poder sancionatório na supervisão (art. 358.º) e a comunicabilidade das provas encontra-se prevista nos arts. 361.º, n.º 2, alínea *a*), 364.º, n.º 1, alíneas *a*) e *c*) do CVM, cfr. Costa Pinto, 2009: 81.

90 *Idem*, 78 e ss. e 105 e ss.

– que o direito ao silêncio corresponde ao que literalmente está previsto na alínea d) do n.º 1 do art. 61.º do CPP, i. e., abrange somente as declarações orais. Por ter apenas este conteúdo, não se preveem restrições, valendo o direito ao silêncio *stricto sensu* igualmente em processo penal e contraordenacional.

Em suma, todos admitem que o arguido se possa recusar a declarar, e todos entendem que a autoridade administrativa pode obrigar a que o mesmo entregue elementos de prova, designadamente documentos, contra a sua vontade, ao abrigo do dever de colaboração, apesar de divergirem quanto à possibilidade de se fazer uma distinção entre tipos de documentos cuja entrega coativa pode ser ou não recusada.

Totalmente divergente é a tese sustentada por Silva Dias e Costa Ramos, coincidente com o adotado na jurisprudência do TPI, que defende que o dever de colaboração e o *nemo tenetur* não têm propriamente de conflitar, mas que a tensão pode acontecer por atuação desleal da autoridade administrativa e, só nesse caso, pode ter de se ponderar uma restrição, sem nunca aniquilar aquele direito.

Antes de prosseguirmos com uma análise crítica das conceções enunciadas, é de advertir que, apesar de o domínio das infrações do mercado de valores mobiliários ser equiparável ao das infrações às normas de direito da concorrência – pela similitude dos deveres de colaboração estabelecidos no seu regime legal e pela estrutura processual equivalente (que concentra na mesma entidade os poderes de supervisão, de investigação, acusação e aplicação de sanções) –, não se podem menosprezar as suas especificidades que, com certeza se irão repercutir nas conclusões a que chegarmos no que diz respeito à tensão entre os deveres de colaboração estabelecidos no RJC e o *nemo tenetur*.

3. Análise crítica

3.1. Da posição da jurisprudência dos Tribunais Europeus e do TCL

Começaremos por analisar a jurisprudência dos Tribunais Europeus – e do TCL, que a seguiu – e a sua compatibilidade com a interpretação dada pela jurisprudência do TEDH ao art. 6.º da CEDH.

Como vimos, quer os Tribunais Europeus, quer o nosso TCL, aceitam a validade de um direito à não autoincriminação nos processos relativos a práticas restritivas da concorrência, apesar de limitado pelo facto de existirem deveres de colaboração para com a Comissão – e a AdC –, que impõem o fornecimento obrigatório de todas as informações puramente factuais neces-

sárias relativas aos factos de que o arguido possa ter conhecimento, bem como de documentos preexistentes, com relevância para a prova da infração.

Aceitando que o arguido não se pode recusar a prestar informações puramente factuais ou documentos preexistentes por se entender que essa prestação não constitui *per si* uma confissão, estamos a partir da ideia de que só quando uma declaração, ou um documento, acuse inequivocamente a prática da infração é que é autoincriminatório, contrariamente ao que decidiu o TEDH no caso *Saunders*, que admitiu que prova incriminatória não tem de ser tão só uma confissão direta e inequívoca, mas pode ser também, por exemplo, declarações que aparentemente não sejam incriminatórias mas que sejam utilizadas pela acusação para criar dúvidas sobre a credibilidade do acusado quando confrontadas com outras declarações⁹¹. Já um conjunto de informações puramente factuais, ou de documentos preexistentes, que isoladamente não seriam suficientes para provar a comissão de uma infração, mas que reunidos, ao longo de sucessivos pedidos da autoridade administrativa, seriam aptos a sustentar uma condenação, não se encontram abrangidos na possibilidade de recusa que o direito à não autoincriminação legítima. Também desta forma estamos a admitir que, à medida que vai colaborando, o arguido esteja a contribuir sozinho, e contra a sua vontade, para a sua própria incriminação, ou, em linguagem coloquial, a “cavar sozinho a sua própria sepultura”, em manifesta contrariedade com o que vimos ser o critério do TEDH da *vontade do acusado*, no sentido de que não podem ser utilizados como prova os elementos que tenham sido obtidos à sua custa e contra a sua vontade⁹².

De resto, restringir o direito à não autoincriminação à recusa de fornecimento de respostas através das quais o arguido seja levado a admitir a comissão da infração e que não sejam puramente factuais, e à recusa de entrega de documentos que não sejam preexistentes, em bom rigor, equivale a afirmar que a Comissão e a AdC apenas ficam impedidas de perguntar diretamente ao visado se cometeu a infração ou se tinha consciência de que estava a restringir a concorrência⁹³. Imaginemos uma investigação de um alegado cartel. As autoridades estariam impedidas de perguntar às arguidas se, de facto, participaram numa concertação de preços, no entanto, estas já poderiam ser obrigadas a entregar toda a correspondência que tivessem trocado entre si

91 Cfr. *Saunders c. Reino Unido* (29.11.1996), §71 e ss.

92 *Idem*, 97 e ss.

93 No mesmo sentido, Costa Ramos, 2010: 186.

e a responder a perguntas puramente factuais acerca de todas as flutuações de preços que praticaram e das datas em que elas ocorreram. Não será esta alternativa muito mais incriminatória e igualmente contrária à vontade do arguido?

Tanto o TJ, como o TCL, dão relevância à possibilidade de o arguido poder exercer o contraditório *a posteriori* para atribuir aos documentos ou elementos puramente factuais que fora obrigado a entregar um significado diverso daquele que foi atribuído pela autoridade em causa ou pelo Tribunal, bem como à possibilidade de impugnação judicial e de recurso. Contudo, parece-nos que de pouco servirá ao arguido, após ter contribuído abundantemente para a sua incriminação através do fornecimento de todos aqueles meios de prova, tentar demonstrar que estes têm um significado diferente. Desde logo, pela óbvia razão de que, por serem “puramente factuais”, terem precisamente a característica de transparecerem um só significado, e por essa razão, serem tidos por mais credíveis aos olhos do julgador. Claro está que as declarações que sejam prestadas posteriormente se tornarão, na maioria das vezes, despidiendas⁹⁴.

Importa ainda verificar se a proposição apresentada pelos Tribunais se encontra de acordo com a decisão do TEDH no caso *Jalloh*, em que, pela primeira vez, o Tribunal indica quais os critérios que deverão ser tidos em conta para determinar se houve ou não violação do *nemo tenetur* num caso concreto. São eles: (i) a natureza e grau da compulsão”, (ii) a existência de garantias relevantes no processo e (iii) a utilização dada ao material obtido⁹⁵.

Antes de mais, não há qualquer dúvida quanto à existência de uma compulsão direta sobre o arguido, através da ameaça de aplicação de uma coima que pode ir até 1% do volume de negócios (artigos 69.º, n.º 3 e 68.º, n.º 1, alíneas *b)* a *j)* do RJC e 23.º, n.º 1, alíneas *a)* e *b)* do Regulamento 1/2003), sendo por isso altamente restritiva dos direitos patrimoniais. Nestes termos, é manifesto que a sua contribuição no fornecimento de elementos de prova para o processo assenta no pressuposto de que, se não o fizer, será sancionado e, como tal, não é, de todo, totalmente livre.

Em relação às garantias dadas no processo, já referimos a relevância que o TJ e o TCL dão à possibilidade de exercer o contraditório, de impugnar judicialmente a decisão da Comissão ou da AdC e de intentar recurso, e vimos

94 Também Costa Ramos, 2010: 186 e 187.

95 Acórdão do TEDH, *Jalloh*, §101.

que, na prática, estas garantias não são suficientes para assegurar uma defesa efetiva, em respeito pela dignidade do arguido.

Por fim, dado que a Comissão e a AdC naturalmente que utilizam tais elementos de prova para formar a sua convicção e sustentar as decisões de condenação, também o terceiro requisito se cumpre.

Verificados que estão os critérios estabelecidos no caso *Jalloh*, conferimos que a restrição do direito à não autoincriminação, admitida na jurisprudência do TJ e do TCL, afeta aquele direito na sua essência. O critério que estes dois tribunais invocam é manifestamente contrário à presunção de inocência, já que obriga o arguido a carrear meios de prova que o podem incriminar, em vez de ser a entidade acusadora, convicta da culpabilidade do arguido, a empreender esforços nesse sentido.

Pelo exposto, concluímos que a jurisprudência em análise não se mostra coerente com a jurisprudência do TEDH, nem com o art. 6.º da CEDH. E não aceitamos o argumento de que esta divergência se deve ao facto de as decisões do TEDH dizerem respeito à aplicação do direito ao silêncio e à não autoincriminação em processos em que os visados eram pessoas singulares e que podiam conduzir a penas privativas da liberdade ou outras sanções de carácter penal, contrariamente ao que sucedia nos casos apreciados pelos Tribunais Europeus e pelo TCL⁹⁶.

Ora, no nosso ordenamento jurídico, as pessoas coletivas têm responsabilidade penal (art. 11.º do CP) e, conseqüentemente, são beneficiárias das mesmas garantias processuais que as pessoas singulares, desde que compatíveis com a sua natureza, como é o caso do direito ao silêncio e à não autoincriminação. Recordamos que, tanto no RJC, como no Regulamento 1/2003, o dever de colaboração é imposto tanto às empresas como aos seus representantes legais, podendo ambos ser responsabilizados pela sua violação (pelo menos a nível nacional), nos termos dos artigos 73.º e 69.º, n.º 4 do RJC e 18.º, n.º 4 do Regulamento 1/2003. Ademais, o conceito de empresa em Direito da Concorrência é corporizado tanto por uma pessoa coletiva, como por uma pessoa singular⁹⁷.

96 Argumento este invocado nomeadamente por Martinho, 2010: 167 e ss. e Wils, 2003: 12, 13. Contrariamente, no nosso sentido, Sousa Mendes entende que a divisória entre as pessoas singulares e coletivas não tem razão de ser, cfr. Sousa Mendes, 2010b: 136, 137.

97 O conceito de empresa no direito da concorrência é um “conceito funcional que assenta essencialmente na existência de uma autonomia real de comportamentos no mercado e que visa indistintamente as pessoas singulares e as pessoas coletivas, sejam ou não dotadas de personalidade jurídica. Nos termos duma

Reiteramos ainda que o Direito Sancionatório da Concorrência, pela gravidade dos seus ilícitos e pela severidade das suas coimas, se vem aproximando mais de um Direito Penal do que das primitivas contraordenações bagatelares, e que, no entendimento da jurisprudência do TEDH, a violação de regras do direito da concorrência tem uma natureza penal para efeitos da aplicação do art. 6.º da CEDH.

3.2. Das questões controversas

Creemos que é desprecioso nos alongarmos novamente em argumentos que sustentem a existência de um direito à não autoincriminação, mais amplo que o direito ao silêncio. Para tal remetemos para o capítulo no qual abordámos o conteúdo do *nemo tenetur*⁹⁸.

Aparte este aspeto, identificamos quatro questões que se impõe formular nesta controvérsia, e em relação às quais urge tomar uma posição. Desde o início do nosso estudo que lançámos a questão se haveria ou não um verdadeiro conflito entre o dever de colaboração e o *nemo tenetur*. Pois então, a primeira questão a colocar será precisamente se a previsão de deveres de colaboração no RJC colide com o *nemo tenetur*. Em caso de colisão, impõe-se uma nova pergunta: deverá o dever de colaboração prevalecer, por configurar uma restrição legítima àquele direito?

A questão com maior relevância prática, e que tem servido de mote à reflexão acerca das duas primeiras, quando suscitada nos Tribunais: é legítimo o aproveitamento em processo contraordenacional dos elementos de prova recolhidos contra a arguida na fase de supervisão?

Por fim, importa perceber qual o momento em que se inicia o exercício do poder sancionatório e termina o exercício da supervisão.

3.2.1. O estabelecimento de deveres de colaboração colide com o *nemo tenetur*?

Recordamos que, no entendimento de Figueiredo Dias e Costa Andrade, a mera previsão de deveres de colaboração, quer no CVM, quer no RJC, constitui por si só uma restrição à vigência do *nemo tenetur*. Mas será que a

jurisprudência constante dos tribunais comunitários, a empresa é uma organização unitária de elementos pessoais, materiais e imateriais, ligada a um sujeito juridicamente autónomo e prosseguindo, de forma durável, um fim económico determinado”, cfr. Pais Antunes, 1995: 18 (nota 4).

98 Capítulo II, pontos 1 e 4.3.

existência de deveres de colaboração é incompatível com este direito? Não será possível garantir o espaço de realização de cada um?

No normal exercício dos seus poderes de supervisão, a AdC procede a um mero controlo do sistema com vista ao seu funcionamento regular. É legítimo que, nesta fase de mero acompanhamento do mercado, a autoridade recorra largamente ao dever de colaboração que os agentes económicos têm para com ela. Esse dever vale irrestritamente, pois não colide com nenhuma garantia processual pelo simples facto de que (ainda) não há um processo de contraordenação, nem arguido ou, hoje, visado. Não estamos portanto no âmbito de validade do *nemo tenetur*.

Quando é instaurado um procedimento sancionatório e passa a existir um “visado”, entra em cena o direito à não autoincriminação. O dever de colaboração não deixa de existir (até porque o RJC o estabelece para ambos os processos – de supervisão e sancionatório), mas deixa de poder ter o alcance de obrigar o respetivo destinatário a colaborar no processo contraordenacional, fornecendo material autoincriminatório. Nada impede, porém, que se imponha a cooperação do “visado” para a prestação de informações e documentos que não tenham umnexo causal com a contraordenação sob investigação, ou de um terceiro que não seja suspeito do cometimento dessa contraordenação.

Ora, perante este quadro, não identificamos qualquer conflito. Este só emerge quando a AdC – que, por concentrar os poderes de supervisão e as competências sancionatórias – é tentada a protelar a fase de supervisão e se aproveita do dever de colaboração do visado para, à sua custa, instruir o processo contraordenacional e, por fim, proferir uma decisão condenatória, sem que seja dada ao visado a oportunidade de recusar a colaboração por invocação do *nemo tenetur*, transformando-o assim em instrutor do processo e em figura central da própria condenação, ao arrepio dos princípios da presunção de inocência, do processo equitativo e das mais elementares garantias de defesa⁹⁹.

Delimitada a área de conflito, podemos agora identificar uma verdadeira colisão de direitos fundamentais – a liberdade de iniciativa económica, direito de natureza análoga à dos DLGs¹⁰⁰, e princípio fundamental da organização

99 Neste sentido, Silva Dias, 2010a: 250 e 251.

100 Note-se que nos termos do art. 17.º da CRP, aos direitos fundamentais de natureza análoga aos DLGs aplica-se-lhes, *mutatis mutandis*, o mesmo regime dos DLGs.

económica que o dever de colaboração visa em última instância proteger; e o *nemo tenetur*, corolário da presunção de inocência¹⁰¹.

Em suma, concordamos com Silva Dias e Costa Ramos em como não é a existência dos deveres de colaboração que origina uma violação ao *nemo tenetur*. Aquele dever, e este direito, não colidem em abstrato. Pode sim surgir um potencial conflito, mas isso deve-se ao *modus operandi* da AdC que, num cenário de concentração de poderes, pode ser tentada a fazer deles uma utilização abusiva, atuando de forma desleal em detrimento dos direitos de defesa do arguido¹⁰².

3.2.2. Na hipótese de conflito, deverá o dever de colaboração prevalecer?

Tanto Figueiredo Dias e Costa Andrade, como Sousa Mendes parecem defender uma prevalência do dever de colaboração em detrimento da realização do *nemo tenetur*, sob a justificação de que nos situamos no âmbito do Direito Sancionatório Administrativo, em que os arguidos são maioritariamente pessoas coletivas e estão em causa atividades económicas não absolutamente livres, mas sujeitas a restrições e condicionamentos, e por isso é legítimo que as garantias de proteção diante do Estado não tenham de igualar as do Direito Penal clássico.

Os Autores ressalvam que é possível restringir o conteúdo do *nemo tenetur* na medida em que não se interfira no seu núcleo essencial, que identificam como sendo o direito de recusa em prestar declarações em procedimento sancionatório.

Vejam se faz sentido transpor este entendimento para o domínio do Direito da Concorrência e se a restrição do *nemo tenetur*, em prol da defesa da concorrência, é legítima à luz dos princípios constitucionais que regem uma colisão de direitos.

a) A diferente natureza do dever de colaboração para com a AdC e para com a CMVM

Adiantamos que o argumento dos Autores não se torna tão pertinente no âmbito do Direito da Concorrência. A supervisão levada a cabo pela CMVM é bem distinta da prosseguida pela AdC. A CMVM faz uma supervisão prudencial, por natureza, contínua (art. 362.º do CVM), de constante “acom-

101 Vide Anastácio, 2010: 207 e ss.

102 Silva Dias, *idem*.

panhamento' da atividade dos intermediários financeiros, dos mercados e das entidades internas de regras sobre rácios de solvabilidade, fundos próprios, reservas e riscos. Engloba o acompanhamento, no exercício da atividade de gestão de mercados, do cumprimento das regras sobre contratação e realização de operações nos mercados”¹⁰³.

Uma das tarefas que a CMVM tem neste âmbito é de conceder autorizações de entrada no mercado regulado, quer às firmas que pretendem operar nos mercados financeiros, quer aos seus responsáveis, que devem corresponder a requisitos pessoais e de idoneidade – *fit and proper*¹⁰⁴. “O acto administrativo de autorização de exercício de atividades [] constitui simultaneamente uma *situação jurídica complexa, reforçada e prolongada*. Dela decorrem direitos e deveres variáveis conforme o tipo de ato ou conduta em causa, nomeadamente de manter as condições que levaram à outorga da autorização, e constante conformidade com a regulação do sector em causa”¹⁰⁵.

A informação necessária aos objetivos da supervisão tem por base o dever de colaboração dos supervisionados de elaborarem, manterem e disponibilizarem continuamente informação sobre a atividade objeto de controlo e vigilância. Este dever constitui para os supervisionados uma contrapartida de acesso ao mercado regulado. Quem nele pretenda operar, tem de cumprir as condições para poder entrar na “*relação jurídica regulatória*” com a CMVM¹⁰⁶.

Parece-nos difícil equiparar o dever de cooperação das entidades submetidas a supervisão da CMVM com um dever de cooperação tão generalizado como o dos agentes económicos para com a AdC, ao ponto de incluir, conforme a redação do art. 8.º dos Estatutos de AdC, “empresas, associações de empresas [e] *quaisquer outras pessoas ou entidades*” (itálico nosso).

É certo que as atividades económicas em geral não são absolutamente livres, mas sujeitas a restrições e condicionamentos, como refere Sousa Mendes. Porém, tais restrições e condicionamentos não são da mesma dimensão daqueles que existem no mercado de valores mobiliários, pois não há uma relação jurídica prévia com a AdC que justifique que ele seja tido por contrapartida e, por conseguinte, não pode este dever ser tão forte e essencial como aquele, nem prevalecer sem mais sobre o *nemo tenetur*.

103 Catarino, 2010: 296 e 297.

104 *Ibidem*.

105 *Idem*, 292.

106 *Idem*, 487 e 278.

b) Os requisitos a cumprir para que a restrição ao *nemo tenetur* seja legítima

Não nos parece adequado optar por restringir um direito (*nemo tenetur*) para salvaguardar outro (defesa da concorrência e, em última instância, livre iniciativa económica), sem ponderar previamente se é possível lograr uma concordância prática entre os interesses colidentes que possibilite a realização de ambos, na esteira de Dworkin e Alexy, acolhida pela doutrina nacional¹⁰⁷. Essa concordância faz-se, não através de um critério *all or nothing*, mas restringindo o mínimo de cada direito até que seja possível a sua harmonização no caso em concreto. Já se um princípio, direito ou garantia é superior a outro, segundo critérios de relevância constitucional, e não é possível *in casu* salvaguardar um conteúdo nuclear do princípio considerado inferior, então aí sim, este último pode ser sacrificado¹⁰⁸.

Porque o direito à não autoincriminação não é de todo um direito absoluto, é possível ponderar uma certa limitação para salvaguardar a realização de outro direito, bem ou interesse, com o intento de os poder harmonizar. Porém, advirta-se, “[a] cedência da barreira protetora dos direitos fundamentais só pode suceder se, no caso concreto, estiver a necessidade de proteção de outros direitos fundamentais. Quanto mais relevantes forem os direitos restringidos, mais relevantes terão de ser aqueles que se visa realizar ou proteger”¹⁰⁹. Ora, isso significa que é imperativo que a restrição, para que seja legítima – e aqui já concordamos inteiramente com Figueiredo Dias e Costa Andrade –, tenha de ser proporcional, nos termos do n.º 2 do art. 18.º da CRP – i. e., proporcional (em sentido restrito), adequada e necessária¹¹⁰ – e não pode atingir, de modo algum, o *núcleo essencial* daquele direito, em conformidade com n.º 3 do art. 18.º da CRP.

Aceitamos, essencialmente por razões históricas, o núcleo essencial conformado por Catarina Anastácio (que equivale ao conteúdo do direito quando surgiu na Magna Charta), de que “ninguém pode ser coagido a emitir declarações autoincriminatórias, a declarar a sua culpabilidade, a admitir a sua participação

107 A base deste entendimento está no *princípio da unidade da Constituição*, que decorre da exigência de “coerência narrativa” do sistema jurídico. Este princípio é dirigido a todas as autoridades encarregues de aplicar as regras e princípios jurídicos, no sentido de as “lerem” e “compreenderem” como se se tratasse de uma obra do mesmo autor, exprimindo uma conceção correta do direito e da justiça (Dworkin). Canotilho, 2011: 1183-1184. Vide Alexy, 2008.

108 Cfr. Vieira de Andrade, 2009: 326 e ss.

109 Cfr. Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 23.

110 Acerca dos corolários do princípio da proporcionalidade, vide Canotilho & Moreira, 2007: 392 e 393.

*numa infração, uma vez que tal admissão, a verificar-se, deverá ser sempre um ato totalmente livre e consciente*¹¹¹.

Salvaguardamos que o princípio da proporcionalidade impede que o direito à não autoincriminação se reduza a este conteúdo irredutível. À partida, uma compressão deste direito será menor, não chegando ao ponto de atingir essa barreira, o que só poderá suceder em casos extremos.

Verifiquemos então se a restrição ao *nemo tenetur* preconizada pelos Autores cumpre com os critérios do princípio da proporcionalidade.

Se, em relação ao princípio da adequação, podemos admitir que a imposição de deveres de cooperação em detrimento do *nemo tenetur* possa ser eficaz na prossecução da finalidade de defesa da concorrência e que, por isso, se cumpre, acreditamos que a restrição defendida por Figueiredo Dias e Costa Andrade não respeita os princípios da necessidade, nem da proporcionalidade em sentido restrito.

Nos termos do já referido art. 18.º, n.º 1, alíneas *c*) e *d*) do RJC, a AdC dispõe das prerrogativas para a realização de buscas, exame, recolha e apreensão *de extratos da escrita e demais documentação, independentemente do seu suporte*, nas instalações, terrenos ou meios de transporte das empresas e de selagem dos locais das instalações de empresas. Admite-se inclusivamente, apesar de apenas em casos muito excecionais, a realização de buscas domiciliárias e a apreensão de documentos protegidos por segredo profissional e/ou sigilo bancário (artigos 19.º e 20.º do RJC).

Estes poderes são mais do que suficientes para possibilitar o acesso direto às informações e documentos pretendidos e para garantir que as finalidades de supervisão sejam logradas, ainda que possa implicar algum recuo de eficácia¹¹². Acresce o facto de, paralelamente, a AdC ainda dispor de outros mecanismos para obter a colaboração das empresas que não podem ser menosprezados. Falamos do regime da clemência, que certamente terá grande influência na decisão das empresas em adotar ou não uma colaboração voluntária, aliciadas pela contrapartida de beneficiarem de uma atenuação ou, até mesmo, da dispensa da coima. E ainda do regime dos procedimentos de transação nas fases de instrução e de inquérito, que implica o reconhecimento por parte das empresas da sua responsabilidade numa infração às regras da concorrência,

111 Cfr. Anastácio, 2010: 217.

112 No mesmo sentido, e referindo-se aos poderes que a AdC tinha ao abrigo da anterior Lei da Concorrência, que eram menores, Costa Ramos, 2010: 192 e 193.

entrando em cooperação com a AdC e permitindo assim que esta sancione as infrações de forma atempada e efetiva, em troca de uma redução da coima a ser imposta (artigos 75.º e ss. e 22.º e 27.º do RJC, respetivamente).

Assim, o dever de cooperação é apenas um dos meios que a AdC tem ao seu dispor para poder obter a prova que sustenta uma decisão condenatória. Por contar com aquelas prerrogativas e com estes mecanismos, torna-se supérflua a transformação da entidade visada em auxiliar de investigação, em violação do direito à não autoincriminação. Não se cumpre, portanto, o princípio da necessidade.

Por fim, a restrição tão pouco se afigura proporcional (em sentido restrito). Em primeiro lugar, devido ao carácter da coação que impende sobre o arguido – direta, intensa e imediata, através da imposição de uma sanção pecuniária de elevado montante. Em segundo lugar, vale na íntegra o entendimento exposto *supra* de que o direito ao contraditório e à impugnação judicial ficam vazios de conteúdo quando o arguido já se viu antes obrigado a revelar, de forma completa, toda a documentação que dispunha¹¹³.

Assim, concluímos que a restrição ao *nemo tenetur*, tal como é configurada pelos referidos Autores em prol do dever de colaboração, é manifestamente desproporcional. Não só afeta aquele direito, como também o complexo de garantias de que o arguido dispõe ao longo do processo contraordenacional. Ademais, como vimos, não se justifica que o conteúdo do direito à não autoincriminação varie consoante se trate de um processo penal ou contraordenacional. Também aqui o arguido se encontra numa especial situação de fragilidade por se encontrar sujeito a uma investigação e acusação e, deste modo, também aqui não é a ele que cabe provar a sua inocência, mas sim à acusação provar a sua culpa.

Reiteramos que o dever de colaboração não deixa de existir pelo facto de se iniciar um processo contraordenacional, porém, o direito à não autoincriminação impede que ele possa ter o mesmo alcance de obrigar o respetivo destinatário a colaborar no processo contraordenacional fornecendo material autoincriminatório.

113 *Supra*, 3.1.

3.2.3. Será legítimo o aproveitamento em processo contraordenacional dos elementos de prova recolhidos contra a arguida na fase de supervisão?

Tanto Figueiredo Dias e Costa Andrade como Costa Pinto admitem a comunicabilidade dos elementos de prova entre a fase de supervisão e a atividade de processamento das contraordenações, já que esta é parte integrante da supervisão da CMVM e aquela não poderá ser eficaz sem uma tutela sancionatória. Além de que todos os ilícitos identificados na atividade supervisora correspondem a infrações sujeitas ao princípio da legalidade da promoção processual.

É natural que, no constante exercício dos seus poderes de supervisão, sejam fortes as probabilidades de a CMVM encontrar alguma irregularidade e ser confrontada com a prática de ilícitos (penais ou contraordenacionais), tendo de dar início à competente investigação. Para mais, a linha que divide a competência de supervisão e a competência sancionatória da CMVM é muito ténue, como se pode retirar do disposto no CVM, acerca do processamento de contraordenações fazer parte integrante da supervisão cumprida pela CMVM (artigos 358.º, alínea e), 360.º, alínea e) e 408.º).

Compreende-se portanto que alguns Autores identifiquem uma certa “promiscuidade” entre os dois tipos de procedimentos¹¹⁴ e que o conflito entre o dever de colaboração e o *nemo tenetur* seja mais difícil de evitar.

A AdC, por seu turno, tem amplos poderes de investigação, mas historicamente tem-nos usado sobretudo no processamento de contraordenações. O essencial da sua intervenção ocorre *ex post*, “*de modo instantâneo, com finalidade proscritiva ou terapêutica*”¹¹⁵ (itálico nosso). Por exercer muito menos os seus poderes de supervisão, e ainda que esses poderes tenham aumentado com a novo RJC, é menos usual que no seu exercício venha a descobrir algum indício de prática de infração ao direito da concorrência e, por isso, é bem mais frequente que o procedimento seja desencadeado mediante denúncia¹¹⁶. Para além de que, tanto o RJC como os Estatutos da AdC, contrariamente ao CVM, separam os processos de supervisão e sancionatório, não integrando este último no primeiro, como o faz o CVM. São atividades

114 Vide António Gageiro, 2009: 61 e 62 e Veiga, 2009: 147.

115 Calvete, 2010: 95.

116 Para Víctor Calvete a AdC não é um regulador. O sentido da sua intervenção inscreve-se numa lógica diversa da que rege a atuação dos reguladores sectoriais. É suposto que a sua intervenção, tipicamente *ex post*, se limite a verificar se os agentes económicos atuaram ou criaram regras de atuação em prejuízo do mercado, e a evitar que o comportamento de uns seja constrangido por outros. Cfr. Calvete, 2010: *passim*.

distintas, e encontram-se autonomizadas (art. 7.º, n.ºs 1, 2 e 3 dos Estatutos da AdC e artigos 13.º e ss.; 58.º e ss. e 60.º e ss. do RJC). Assim sendo, aquela promiscuidade que se aponta na atuação da CMVM não se dá nos mesmos termos no domínio das infrações ao RJC. É, portanto, mais fácil marcar uma fronteira entre o exercício dos seus poderes de supervisão e o exercício dos seus poderes sancionatórios e, por conseguinte, evitar o conflito entre o dever de colaboração e o *nemo tenetur*¹¹⁷.

Ainda assim, pode suceder que a AdC exerça os seus poderes de supervisão solicitando pedidos de informação e documentos às empresas visadas no âmbito de um inquérito sectorial e dessa informação surja a suspeita da prática de uma infração.

Silva Dias e Costa Ramos defendem, no âmbito das infrações tributárias, uma separação efetiva dos processos de fiscalização e sancionatório, não só de um ponto de vista substantivo, mas também de um ponto de vista procedimental. Ela pode ocorrer dentro da mesma entidade, basta que o dever de denúncia de existência de uma infração que impende sobre cada funcionário não seja acompanhado da transmissão de documentos e informações fornecidos pela entidade visada sob ameaça de sanção, e que a entidade competente para a instrução das contraordenações fique impedida de aceder a tais elementos, mas, já não, de receber a notícia da infração e de se socorrer dos habituais meios de obtenção de prova como as buscas, exames e apreensões¹¹⁸.

Sendo certo que, no nosso ordenamento jurídico, a articulação entre ambos os tipos de processos forma o paradigma dominante, acima de tudo pelo facto de a mesma entidade fazer supervisão, investigar, instruir, instruir e punir, parece-nos que pouco sentido faria defender uma *Chinese Wall* que impedisse a comunicabilidade dos elementos de prova entre os dois procedimentos. Seria até um tanto ou quanto irreal implementá-lo na estrutura de uma autoridade administrativa de tão reduzidos recursos humanos, como é o caso

117 O TC, no recente acórdão n.º 461/2011, pecou por uma má transposição do tratamento dado a esta temática no âmbito do mercado de valores mobiliários para o Direito da Concorrência. Na sua decisão refere, a nosso ver erradamente, que a supervisão desempenhada pela AdC tem uma vertente dupla, preventiva – destinada a acautelar acuações contrárias à lei ou a regulamento – e repressiva – direcionada à repressão e sancionamento das infrações, com consequente ulterior organização de processos contraordenacionais, relativamente a ilícitos de mera ordenação social e comunicação ao Ministério Público de condutas indiciariamente tipificadas como crimes. Adiante, acrescenta que a competência sancionatória funciona como condição de eficácia da função de supervisão, pelo que o legislador optou por ligar intimamente o âmbito dos dois domínios de atuação da AdC.

118 Cfr. Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 51 e ss.

da AdC, dentro da qual a informação naturalmente que flui de forma bem célere e sem constrangimentos. Foi inclusivamente inserida no novo RJC uma disposição que permite precisamente que a informação e documentação obtida no âmbito da supervisão ou em processos sancionatórios da AdC possa ser utilizada como meio de prova num processo sancionatório em curso ou a instaurar, desde que as empresas sejam previamente esclarecidas dessa utilização nos pedidos de informação que sejam dirigidos e nas diligências efetuadas pela AdC (art. 31.º, n.º 5).

Concordamos quando Figueiredo Dias e Costa Andrade e Costa Pinto sustentam que o seu dever de promover oficiosamente a abertura do processo de contraordenação obriga a autoridade administrativa a utilizar tais elementos de prova. Caso contrário, criar-se-ia uma “zona franca de responsabilidade” e qualquer elemento entregue à supervisão, e que fosse mais tarde relacionado com uma infração, ficaria inutilizado, não podendo servir como prova. O que não é aceitável é que ela proteja artificialmente a fase de supervisão para obter, à custa do dever de colaboração da entidade supervisionada, os elementos de prova que sustentarão mais tarde a sua própria condenação, sem lhe dar conhecimento de que há uma investigação a correr contra si. Nesta situação há uma efetiva violação do *nemo tenetur* e uma manifesta má fé processual na atuação da autoridade administrativa, eventualmente o que terá sucedido nos casos LJ Carregosa e Lisbon Brokers. E contrariamente ao que sustentam os Autores, estamos perante um meio enganoso de obtenção de prova – pois o arguido fora persuadido a contribuir para sua própria incriminação, em deturpação da sua vontade, prática que gera a nulidade da decisão condenatória na parte em que esta se baseia em prova proibida, conforme o disposto no n.º 1 e na alínea a) do n.º 2 do art. 126.º do CPP, *ex vi* artigos 13.º, n.º 1 do RJC e 41.º, n.º 1 do RGCO, bem como dos n.ºs 8 e 10 do art. 32.º da CRP. Ademais, esta nulidade projeta os seus efeitos à distância, “envenenando” todos os atos que se escoram nos documentos e informações “contaminados”, incluindo a nota de ilicitude e a própria decisão condenatória.

3.2.4. Em que momento é que se inicia o exercício do poder sancionatório?

Figueiredo Dias, Costa Andrade e Costa Pinto pleiteiam também que o processo sancionatório apenas se inicia a partir do momento em que se confronta um suspeito com uma infração cometida, aquando da acusação, e se constitui o mesmo como arguido. Tal decorre do art. 50.º do RGCO, aplicável subsidiariamente. Só a partir de então é aplicável o regime do processo sanciona-

tório – e subsidiariamente o regime do processo penal –, assistindo ao arguido todos os direitos e garantias que decorrem do seu estatuto processual.

Em boa verdade, o RGCO nada diz quanto à constituição de arguido – a redação do artigo 50.º diz apenas que não é permitida a aplicação de uma coima ou de uma sanção acessória sem que antes se tenha assegurado ao arguido a possibilidade de, num prazo razoável, se pronunciar sobre a contraordenação que lhe é imputada e sobre a sanção ou sanções em que incorre. Somos levados a concluir que, em rigor, esta disposição implica uma constituição de arguido prévia à comunicação dos factos ao visado, e que, em última instância, caso tal não suceda, a constituição de arguido será feita necessariamente aquando da notificação da acusação, ou da nota de ilicitude.

Como vimos anteriormente, o “visado” (que antes deste novo RJC era o “arguido”), também adquire este especial estatuto mediante comunicação formal¹¹⁹. Este ato é fundamental para que se possa estabelecer uma verdadeira posição processual e garantir um efetivo direito de defesa. Por isso entendemos que é de aplicar subsidiariamente a disposição prevista no art. 58.º, n.º 1, alínea *a*) do CPP, *ex vi* artigos 41.º, n.º 1 do RGCO e 13.º, n.º 1 do RJC, por forma a que a constituição de visado possa ter lugar em momento anterior ao da notificação, nomeadamente quando, no âmbito de um inquérito, a AdC faça pedidos de informação ou solicite a entrega de documentos, ou proceda à realização de uma busca ou apreensão.

O dever da AdC de informar as empresas de que corre inquérito contra elas quando tenham de suportar diligências de investigação, decorrente do art. 15.º, n.º 1, alínea *a*) do RJC, deverá ser acompanhado da constituição de visado, bem como do dever de advertência que lhe é inerente e, a partir desse momento, os direitos de defesa, nomeadamente o *nemo tenetur*, surgirão para o investigado. Também poderá ser o próprio a requerer a sua própria constituição como visado, nos termos do n.º 2 do art. 59.º do CPP, que igualmente terá aplicação subsidiária, caso a AdC não cumpra essa diligência. Se alguma distinção carece de ser feita, é entre o período anterior e o posterior ao aparecimento da suspeita sobre a prática da infração. Quando, no desempenho das suas funções de supervisão emerge a suspeita de cometimento de uma infração, surge um elemento novo que não pode ser desconsiderado¹²⁰.

119 *Supra*, 5, alínea *b*).

120 Assim, Silva Dias, 2010a: 257.

Ao constituir-se visados/arguidos apenas no momento em que se dá a comunicação da infração, que coincide com o momento da acusação, estar-se-iam a conceder garantias de defesa num momento em que estes já teriam contribuído abundantemente para a sua incriminação. Nas palavras de Silva Dias, “se o suspeito tiver de entregar toda a documentação e informação inculpatória à entidade supervisora, à pala do cumprimento – sob ameaça de sanção – dos deveres de colaboração, se, para usar uma expressão popular, ele tiver de fazer a cama onde o hão-de deitar, que utilidade prática terão os direitos de audição e de defesa no art. 50.º do [RGCO]? Se a nota de ilicitude/acusação for o resultado da cooperação ativa autoinculpatória do suspeito, que eficácia sobrar para a sua defesa ulterior?”¹²¹. Mais, a falta de informação ao investigado quando surge a suspeita da prática de uma infração e a não constituição atempada de visado, em manifesto prejuízo dos seus direitos de defesa, é uma invalidade processual – nulidade, por violação dos n.ºs 8 e 10 do art. 32.º da CRP – que afeta todos os elementos probatórios fornecidos pelo suspeito após esse momento que assinala o início do processo contraordenacional¹²².

4. Conclusão e soluções para evitar o conflito

Após todas as considerações acerca do dever de colaboração e do *nemo tenetur*, questionámo-nos se aquele dever dos agentes económicos para com a AdC, que os obriga a declarar e entregar os elementos por ela solicitados colide com o direito à não autoincriminação, com validade no Direito da Concorrência, que permite ao visado recusar-se a falar e a recusar a entrega de elementos de prova que se revelem autoincriminatórios. Concluímos que à partida não. No normal exercício dos seus poderes de supervisão, a AdC procede a um mero controlo do sistema com vista ao seu funcionamento regular, recorrendo largamente ao dever de colaboração que vale irrestritamente, pois não colide com nenhuma garantia processual, pelo simples facto de que (ainda) não há um processo de contraordenação, nem visado. Quando é instaurado um procedimento sancionatório e passa a existir um visado, entra em cena o direito à não autoincriminação. O dever de colaboração não deixa de existir, mas deixa de poder ter o alcance de obrigar o respetivo destinatário a colaborar no processo contraordenacional, fornecendo material autoincriminatório.

121 Silva Dias, 2010b: 31.

122 Cfr. Silva Dias, 2010b: 35 e 36.

O conflito só emerge quando a AdC é tentada a protelar a fase de supervisão e se aproveita do dever de colaboração para, à custa do supervisionado, instruir o processo contraordenacional e, por fim, proferir uma decisão condenatória, sem que lhe seja dada a oportunidade de recusar a colaboração por invocação do *nemo tenetur*, transformando-o assim em instrutor do processo e em figura central da própria condenação. Nesse caso, dá-se uma verdadeira colisão de direitos fundamentais entre a liberdade de iniciativa económica e o *nemo tenetur*. Não sendo possível efetivar uma harmonização entre os dois, pode-se equacionar uma restrição do *nemo tenetur* à luz dos princípios da proporcionalidade e do respeito pelo núcleo essencial (art. 18.º, n.ºs 2 e 3 da CRP).

Apesar de a AdC exercer muito menos os seus poderes de supervisão e ser menos usual que no seu exercício venha a descobrir algum indício de prática de infração ao direito da concorrência, tal pode ocorrer. Não podemos é deixar os direitos de defesa do visado à mercê da boa fé da atuação da AdC. Há que procurar soluções para acautelar que eles não sejam violados.

No âmbito de um Direito Contraordenacional, que se vem aproximando ao Direito Penal pela gravidade das infrações e valor das coimas, e cuja estrutura processual é própria de um processo inquisitório (pelo facto de a mesma entidade concentrar em si vários poderes, incluindo o de acusação e de aplicação de sanções), impõe-se um reforço das garantias processuais do visado que equilibre os perigos desta situação e acautele os direitos de defesa.

Do nosso ponto de vista, a solução *de iure constituto* que melhor permite fazer este balanceamento é a constituição antecipada de visado, que deverá acontecer a partir do momento em que surja a suspeita do cometimento de uma infração relativamente a um determinado agente e a AdC lhe peça informações ou documentos relacionados com a investigação em curso. Só assim pode o suspeito recusar-se a cumprir com os deveres de colaboração sem que seja por isso responsabilizado¹²³.

Silva Dias e Costa Ramos apresentam uma outra solução, esta *de iure constituendo*, que a nosso ver, cumulada com a constituição antecipada de visado,

123 Importa referir o mais recente Acórdão do TRL de 17.04.2012, onde a problemática que tratamos foi colocada no âmbito da regulação da aviação civil, e cuja decisão vai muito ao encontro da nossa posição. “Quando os poderes de supervisão e de aplicação de coimas estão concentrados na mesma entidade, há que distinguir cada um deles [...] não podia a entidade administrativa com poderes de supervisão e de aplicação de coimas, instaurar processo de contraordenação [...] sem a advertência que tais elementos podiam servir para a instauração de um processo”. O Tribunal concluiu que esses elementos recolhidos ao abrigo dos poderes de supervisão do INAC não podiam ser utilizados para sustentar uma condenação, uma vez que a arguida não sabia que corria um processo de contraordenação contra ela.

criaria um quadro legal suficientemente garantista para responder às necessidades apontadas. Trata-se de transpor, para o domínio do Direito Sancionatório da Concorrência, a regra prevista no n.º 2 do artigo 19.º da Lei de Proteção de Testemunhas – Lei n.º 93/99, de 14 de julho –, a propósito da reserva de conhecimento da identidade da testemunha, que estabelece que “[n]enhuma decisão condenatória poderá fundar-se, exclusivamente, ou de modo decisivo, no depoimento nas declarações produzidas por uma ou mais testemunhas cuja identidade não foi revelada”¹²⁴. Adaptando esta solução, *mutatis mutandis*, para o domínio que nos ocupa, a AdC, para poder suportar uma condenação, ficaria obrigada a empreender outras diligências de prova que corroborassem os elementos que tivessem sido fornecidos ao abrigo do dever de colaboração.

Perante a inevitabilidade da comunicação de elementos de prova entre procedimentos, esta solução parece ser a que melhor acautela os direitos de defesa do visado. Permite à AdC efetivamente utilizar as provas que recolheu ao abrigo dos poderes de supervisão – aceitar outro entendimento seria vender os olhos para a realidade –, contudo, antes de o fazer, terá de comunicar ao suspeito de que corre contra si um inquérito, e constituir-lo visado, logo após surgirem indícios da prática de uma infração e no momento em que a AdC solicite mais elementos de prova. Tais elementos não serão suficientes para sustentar uma condenação. A AdC terá de utilizar as suas prerrogativas de instrução para recolher os elementos de prova que lhe faltem por forma a que o visado não seja o único instrumento da sua própria condenação.

5. Uma palavra sobre o novo RJC

Não poderíamos deixar de fazer menção às alterações constantes no novo RJC que possam ter alguma consequência para a nossa problemática.

Já que a compatibilização dos deveres de colaboração com o *nemo teneatur* continua, como vimos, a ser tão controvertida, encarávamos esta nova Lei como uma oportunidade para que finalmente ficasse consagrada a possibilidade de recusa de colaboração por invocação do direito à não autoincriminação, bem como a constituição de arguido. Contudo como vimos, o termo “arguido” desapareceu na nova redação. Além de que a Lei voltou a não fazer qualquer referência àquele direito, e ainda conseguiu reforçar a discussão sobre a problemática que tratamos, ao prever como contraordenação,

124 Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 54 e 55.

de forma bastante clara, e autonomamente em relação à supervisão, a não prestação ou prestação de informações falsas, inexatas ou incompletas, em resposta a pedido da AdC, *no uso dos seus poderes sancionatórios* (art. 68.º, n.º 1, alínea *h*)).

Não se compreende que assim seja. Se nos deparamos com um alargamento das competências de supervisão da AdC face às previstas no n.º 3 do art. 7.º seus Estatutos (artigos 60.º e ss.) e com um reforço dos seus poderes de investigação (note-se a possibilidade de a AdC realizar buscas domiciliárias e de apreender documentos protegidos por segredo profissional e/ou sigilo bancário, previstas nos artigos 19.º e 20.º), como foi possível esquecer uma menção às garantias de defesa, para não dizer um reforço?

Perante a consagração de novas soluções de oportunidade¹²⁵, potenciando a cooperação voluntária das empresas, não parece haver razões para temer uma perda de eficácia da atividade da AdC, nem muito menos para menosprezar as garantias de defesa dos visados nos processos sancionatórios da concorrência, tal como muito lamentavelmente aconteceu com esta nova Lei. Mas a questão da compatibilidade do *nemo tenetur* com o dever de colaboração, ao não ter sido resolvida, voltará a ser colocada. Com convicção, podemos dizer que já demos o nosso pequeno contributo para a sua solução.

125 Veja-se os artigos 22.º (procedimento de transação no inquérito), 23.º (arquivamento mediante imposição de condições no inquérito), 27.º (procedimento de transação na instrução), 28.º (arquivamento mediante imposição de condições na instrução), 70.º (dispensa e redução da coima) e 75.º e ss (regime da clemência, que foi incorporado no novo regime da concorrência, no capítulo VIII).

BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de
2011 *Comentário do Código de Processo Penal a luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.^a edição, Lisboa: Universidade Católica.
- ALEXY, Robert
2008 *Teoría de los derechos fundamentales*, tradução de Ernesto Garzón Valdés, 2.^a edição, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ALFAFAR, Diana
2012 *O nemo tenetur se ipsum accusare e o dever de colaboração no direito sancionatório da concorrência*, dissertação de mestrado, polic., Coimbra: FDUC.
- AMBOS, Kai
2008 *Derecho y proceso penal internacional. Ensayos críticos*, México: Fontamara.
- ANASTÁCIO, Catarina
2010 “O dever de colaboração no âmbito dos processos de contra-ordenação por infracções às regras de defesa da concorrência e o princípio nemo tenetur se ipsum accusare”, *Revista de Concorrência e Regulação* 1, janeiro/março, pp. 199-235.
- ANTUNES, Maria João
1992 “Direito ao silêncio e leitura em audiência de declarações do arguido”, *Sub Judice* 4, Almedina.
- BECCARIA, Cesare
2009 *Dos delitos e das penas*, tradução de José de Faria Costa, 3.^a edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- BOLINA, Helena
2009 “O regime dos processos de contra-ordenação dos reguladores independentes”, in *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?* (coord. Eduardo Paz Ferreira, Luís Silva Morais e Gonçalo Anastácio), Coimbra: Almedina.
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 de valores mobiliários”, *Revista do CEJ* 14, 2.^o semestre.
- BRIGAS GONÇALVES, Joaquim José
2002 *O conflito entre o dever de cooperação do obrigado fiscal e o direito à não autoinculpação do arguido*, dissertação de mestrado da Universidade Católica Portuguesa, polic.

CALVETE, Victor

2010 “Regulação, concorrência e all that jazz”, *Julgaz* 9, Fevereiro.

CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital

2007 *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. 1, 4.^a edição, Coimbra: Coimbra Editora.

CANOTILHO, J. J. Gomes

2011 *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 10.^a reimpressão da 7.^a edição, Coimbra: Almedina.

CATARINO, Luís Guilherme

2010 *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros. Fundamento e Limites do Governo e Jurisdição das Autoridades Independentes*, Coimbra: Almedina.

CORREIA, Carlos Pinto

2009 “As relações entre a Autoridade da Concorrência e os Reguladores sectoriais, in *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?* (coord. Eduardo Paz Ferreira, Luís Silva Morais e Gonçalo Anastácio), Coimbra: Almedina.

CORREIA, Eduardo

1973 *Direito Penal e Direito de mera ordenação social*, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. 49.

COSTA, Joana

2011 “O princípio *nemo tenetur* na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, *RMP* 128, outubro/dezembro.

COSTA ANDRADE, Manuel da

2006 *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora.

2009 “Proibições de prova em processo penal. Conceitos e princípios gerais – a experiência portuguesa”, in *Primeiras Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa de Macau – Direito processual penal, estado presente e perspectivas de evolução* (org. Assembleia Legislativa da Região Administrativa Especial de Macau), Coimbra: Coimbra Editora.

COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da

2000 “A supervisão no novo Código dos Valores Mobiliários”, *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários* 7, abril.

2009a “A supervisão do mercado, legalidade da prova e direito de defesa em processo de contra-ordenação” (parecer), *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra: Almedina.

- 2009b “As codificações sectoriais e o papel das contra-ordenações na organização do direito penal secundário”, in AAVV, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora.
- COSTA RAMOS, Vânia
- 2006 “Corpus Juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare”- Parte I, *RMP* 108, outubro/dezembro, pp. 125-149.
- 2007 Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare”- Parte II, *RMP* 109, janeiro/março, pp. 57-96.
- 2010 “*Nemo tenetur se ipsum accusare* e concorrência. Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa”, *Revista de Concorrência e Regulação* 1, ano 1, janeiro/março, pp. 175-198.
- COSTEIRA, Maria José
- 2007 “As buscas e apreensões nos processos de natureza contra-ordenacional”, *Sub Judice* 40, julho/setembro, Almedina, pp. 27-38.
- EASTON, Susan M.
- 1998 *The case for the right to silence*, 2.^a edição, Altershot: Ashgate Publishing. Ltd.
- FARIA COSTA, José de
- 2001 “Crimes e contra-ordenações (Afirmção do princípio do *numerus clausus* na repartição das infracções penais e diferenciação qualitativa entre as duas figuras dogmáticas)”, *Questões Laborais* 17, Ano VIII, Coimbra: Coimbra Editora.
- 2009 *Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris penalis) – Introdução*, Coimbra: Coimbra Editora.
- FERREIRA, Eduardo Paz
- 2001 *Direito da Economia*, Lisboa: AAFDL.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de
- 1973 “Ónus de alegar e de provar em processo penal?”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 105, Coimbra: Coimbra Editora.
- 1997 “Sobre os sujeitos processuais no novo código de processo penal”, in *Jornadas de Direito Processual Penal*, CEJ, Coimbra: Almedina.
- 2001 *Temas básicos da doutrina penal*, Coimbra: Coimbra Editora.
- 2004 *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora.
- 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.

GAGEIRO, António

2009 “Modelos de direito estrangeiro na perspectiva do enforcement (E.U.A./R.U./Europa Continental)”, in *Direito sancionatório das Autoridades Reguladoras*, (coord. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes), Coimbra: Coimbra Editora.

GARRETT, Francisco de Almeida

2007 *Sujeição do Arguido a Diligências de Prova e Outros Temas*, Fronteira do Caos.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia

2009 *Código de Processo Penal – Anotado e Legislação Complementar*, 17.^a edição, Coimbra: Almedina.

GÖSSEL, Karl-Heinz

1992 “As proibições de prova em direito processual penal”, *RPCC* 2, ano 8.

GREEN, Michael Steven

1999 “The Privilege’s Last Stand: The Privilege Against Self-Incrimination and the Right to Rebel Against the State”, *Brooklyn Law Review* vol. 65, n.º 3.

GREVI, Vittorio

1972 ‘*Nemo tenetur se detegere*’. *Interrogatorio dell’imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milão: Dott. A. Giuffrè Editore.

1998 “Il diritto al silenzio dell’imputato sul fatto próprio e sul fatto altrui”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n.º 4.

HARRIS, D. J., O’BOYLE, M., BATES, E. P. & BUCKLEY, C. M.

2009 *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press: Oxford.

HASSEMER, Winfried

1998 “A preservação do ambiente através do Direito Penal”, tradução de Carlos Eduardo Vasconcelos, adaptada para publicação por Paulo de Sousa Mendes, *Revista Brasileira de Ciência Criminal* 22.

ITALIANER, Alexander

2011 “The European Commission’s new procedural package: increasing interaction with parties and enhancing the role of the Hearing Officer”, *Revista de Concorrência e Regulação* 7 e 8, ano 2, julho/dezembro, pp. 23-34.

JONES, Alison & SUFRIN, Brenda

2010 *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*, 4.^a Edição, Oxford: Oxford University Press.

LEITÃO Marques, Maria Manuel, SANTOS, António Carlos dos & GONÇALVES, Maria Eduarda

2011 *Direito Económico*, 6.^a edição, Coimbra: Almedina.

LEONES DANTAS, António

2008 “Procedimentos de natureza sancionatória no direito da concorrência”, *Sub Judice* 40, Coimbra: Almedina.

2010 “O direitos de audição e de defesa no processo das contra-ordenações. Artigo 32.º, n.º 10, da Constituição da República”, *Revista do CEJ*, n.º 14, Almedina.

LOBO MOUTINHO, José

2008 *Direito das contra-ordenações – Ensinar e investigar*, Lisboa: Universidade Católica.

MACCULLOCH, Angus

2006 “The privilege against self-incrimination in competition investigations: theoretical foundations and practical implications”, *Legal Studies*, Vol. 26, n.º 2.

MARQUES DA SILVA, Germano

2010 *Curso de Processo Penal I – Noções gerais, elementos do processo penal*, 6.ª edição, Lisboa: Verbo.

2011 *Curso de Processo Penal II*, 5.ª edição, 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”, *Revista de Concorrência e Regulação* 1, ano 1, janeiro/março, Almedina, pp. 145-174.

MATEUS, Abel

2006 “Sobre os fundamentos do direito e economia da concorrência”, *ROA* 3, ano 66, 3, pp. Almedina, pp. 1067-1099.

MEDINA DE SEIÇA, António Alberto

1999 “O conhecimento probatório do co-arguido”, *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica* 42, Coimbra: Coimbra Editora.

MONCADA, Luís S. Cabral de

2007 “Direito Económico”, 5.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora.

NETO, Theodomiro Dias

1997 “O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 19, ano 5, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

PAIS ANTUNES, Luís Miguel

1995 *Direito da concorrência : os poderes de investigação da Comissão Europeia e a protecção dos direitos fundamentais*, Coimbra: Almedina.

PINTO, Lara Sofia

2010 “Privilégio contra a auto-incriminação versus colaboração do arguido”, in *Prova Criminal e Direito de Defesa – Estudos Sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal* (coord. Frederico da Costa Pinto e Teresa Pizarro Beleza), Coimbra: Almedina

PALMA, Maria Fernanda

1994 “A constitucionalidade do artigo 342.º do Código de Processo Penal (O direito ao silêncio do arguido)”, *RMP* 60, ano 15, outubro/dezembro, Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público.

2009 “O direito à não auto-incriminação”, *Boletim Informativo da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Ano I, 1.ª edição, dezembro de 2008/janeiro.

REIS SILVA, Maria de Fátima

2008 “O direito à não auto-incriminação”, *Sub Judice* 40, Coimbra: Almedina.

RILEY, Alan

2000 “Saunders and the power to obtain information in Community and United Kingdom competition law”, *European Law Review*, 25(3), Sweet & Maxwell.

RISTORI, Adriana Dias Paes

2007 *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no processo penal português*, Coimbra: Almedina.

ROXIN, Claus

2000 *Derecho Procesal Penal*, tradução castelhana da 26.ª edição de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor, Buenos Aires: Del Puerto.

2007 *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, tradução castelhana de Óscar Julián Guerrero Peralta, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

SÁ, Líliliana da Silva

2006 “O dever de cooperação do contribuinte versus o direito à não autoincriminação”, *RMP* 107, julho/setembro, Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público.

SANTOS, Manuel Simas & LEAL-HENRIQUES, M.

2008 *Código de processo penal anotado*, 3.ª edição, Lisboa: Rei dos Livros.

SEIDMANN, Daniel J. & STEIN, Alex

2000 “The right to silence helps the innocent: a game-theoretic analysis of the fifth amendment privilege”, *Harvard Law Review*, Vol. 114, Harvard Law Review Publishing Association.

- 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*, Coimbra: Coimbra Editora.
- SILVA DIAS, Augusto
 2010a “O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do código dos valores imobiliários”, *Revista de Concorrência e Regulação* 1, ano 1, janeiro/março, Lisboa, pp. 237-265.
 2010b “O direito à não auto-inculpação no âmbito das Contra-Ordenações do Código dos Valores Mobiliários”, separata de *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra: Coimbra Editora.
- SLATER, Donald, THOMAS, Sébastien & WAELBROECK, Denis
 2008 *Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: do need for reform?*, The Global Competition Law Centre, College of Europe.
- SOUSA MENDES, Paulo
 2007 “Estatuto de arguido e posição processual da vítima”, *RPCC* 17.
 2009a “O procedimento sancionatório especial por infracções às regras de concorrência”, in *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?* (coord. Luís Silva Morais, Eduardo Paz Ferreira e Gonçalo Anastácio), Coimbra: Almedina.
 2009b *Direito sancionatório das Autoridades Reguladoras*; (coord. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo de Sousa Mendes), Coimbra: Coimbra Editora.
 2010a “O dever de colaboração e as garantias de defesa”, *Julgar* 9, setembro/dezembro, Coimbra Editora.
 2010b “As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, *Revista de Concorrência e Regulação* 1, ano 1, janeiro/março, Almedina, pp. 121-144.
- STESSENS, Guy
 1997 “The obligation to produce documents versus the privilege against self-incrimination: human rights protection extended too far?”, *European Law Review* 22, Sweet & Maxwell.

- VAN OVERBEEK, Walter B. J.
1994 “The right to remain silent in competition investigations: the Funke decision of the Court of Human Rights makes revision of the ECJ’s case law necessary”, *European Competition Law Review* 3, Sweet & Maxwell.
- VEIGA, Raúl Soares da
2009 “Legalidade e oportunidade no direito sancionatório das autoridades reguladoras”, in *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras* (coord. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes), Coimbra: Coimbra Editora.
- VELOSO, António José
2004 “Aspectos inovadores do projecto de Regulamento da Autoridade da Concorrência”, in *Regulação e Concorrência: perspectivas e limites da defesa da concorrência* (coord. António Menezes Cordeiro e Ruy de Albuquerque), Coimbra: Almedina.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos
2009 *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.^a edição, Coimbra: Almedina.
- WARD, Tim & GARDNER, Piers
2003 “The privilege against self-incrimination: in search of legal certainty”, *European Human Rights Law Review* 4, Sweet & Maxwell.
- WARREN, Earl
1998 “O Homem prevenido: os direitos de Miranda”, *Sub Judice* 12, Almedina.
- WILS, Wouter P. J.
2003 “Self-incrimination in EC antitrust enforcement: a legal and economic analysis”, *World Competition*, vol. 26, n.º 4, Wolters Kluwer.
2010 “The increased level of EU antitrust fines, judicial review, and the European Convention of Human Rights”, *World Competition*, vol. 33, n.º 1, Wolters Kluwer.
- WILLIS Peter & WESSING, Taylor
2006 *The privilege against self-incrimination in competition investigations*, Speaker’s notes, Centre for Competition Law and Policy, University of Oxford, disponível online em «<http://denning.law.ox.ac.uk/competition/portal.php>».
- WHISH, Richard
2011 *Competition Law*, 7.^a Edição, Oxford: Oxford University Press.
- YANYOU, Yi,
2009 “Privilégio de obstar à auto-incriminação em processo penal”, in *Primeiras Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa de Macau – Direito*

processual penal, estado presente e perspectivas de evolução (org. Assembleia Legislativa da Região Administrativa Especial de Macau), Coimbra: Coimbra Editora.

ZUCKERMAN, A. A. S.

1989 *The principles of criminal evidence*, Clarendon Law Series, Oxford University press, USA.

O DIREITO AO SILÊNCIO E O ESTATUTO DOS SUPERVISIONADOS NO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS*¹

*Helena Magalhães Bolina**

ABSTRACT: *In the discharge of their supervisory powers the securities market regulator may demand from supervised entities documents in their possession, which they may not refuse to provide. The issue of whether these documents may be used as evidence in sanctioning proceedings against those entities has been recurrently raised in Portuguese Courts. In line with the majority of the court decisions on this issue, this study sustains that the privilege against self-incrimination in the case of supervised entities neither comprehends the right to refuse providing documents required by the regulator, nor inhibits the use of those documents within a sanctioning proceeding against them. The duty to provide documents imposed on these entities is a condition of their access to a regulated activity and an essential requirement for an effective regulation, of which they also stand as beneficiaries.*

SUMÁRIO: Introdução. I. Dimensão do problema: a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal ao ilícito de mera ordenação social. II. Decisões judiciais sobre proibições de prova no âmbito dos ilícitos contra o mercado de valores mobiliários. 1. Decisões do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa. 2. Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa. III. Caracterização da fase organicamente administrativa do processo de contraordenação. IV. Regime Processual do Sector Financeiro. Características específicas e consequências processuais. 1. As entidades supervisionadas como principais destinatários das normas sectoriais. 2. A confiança dos investidores como condição do funcionamento do sector. V. O dever de colaboração das entidades supervisionadas: âmbito e consequên-

* O presente texto corresponde, com algumas modificações e atualizações, ao meu artigo “O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados à luz da aplicação subsidiária do Processo Penal aos processos de contraordenação no mercado de valores mobiliários” in *Revista do CEJ*, n.º 14 (2010), pp. 383-430.

** Mestre em Ciências Jurídico-Criminais. A Autora é Diretora do Departamento Jurídico e de Contencioso da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários mas as opiniões emitidas neste texto são exclusivamente pessoais, não podendo, em caso algum, ser atribuídas à CMVM.

cias. 1. Âmbito. 2. Consequências processuais do dever de colaboração: utilização processual dos elementos obtidos. a) Tese da inadmissibilidade do uso probatório de quaisquer elementos recolhidos ao abrigo do dever de colaboração. b) Tese da restrição legítima do princípio *nemo tenetur*. c) Tese da exclusão da entrega de documentos do âmbito do direito ao silêncio. d) Posição adotada. Conclusão.

INTRODUÇÃO

O objeto do presente trabalho consiste em saber se, em processo de contraordenação no âmbito do mercado de valores mobiliários, vale sem restrições um entendimento do direito ao silêncio e do direito à não auto-incriminação, segundo o qual quaisquer elementos que as entidades supervisionadas tenham entregue ao abrigo de um dever podem ser admitidos como prova em processo de contraordenação em que sejam visadas.

Esta questão prende-se com o tema da aplicação subsidiária do Código de Processo Penal, para que remete o artigo 41.º do Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social (RGIMOS), de onde decorre que tal aplicação não é automática mas depende da avaliação, em primeiro lugar, da necessidade dessa aplicação e, em segundo lugar, da eventual adaptação das normas processuais penais aplicáveis.

Para ilustrar este tema, parte-se neste texto da descrição do já abundante acervo de decisões judiciais sobre ilícitos no âmbito do mercado de valores mobiliários, procedendo-se depois a uma breve caracterização do regime processual da fase administrativa do processo de contraordenação previsto no RGIMOS, análise que é essencial para identificar qual seja o âmbito da especificidade processual do ilícito de mera ordenação social, à luz da qual as normas processuais penais devem ser afastadas ou adaptadas.

Em seguida, serão tratados os aspetos particulares dos ilícitos de mera ordenação social no âmbito do mercado de valores mobiliários (e, em geral, do sector financeiro, uma vez que as regras são comuns) onde as questões surgem precisamente em virtude da existência nesta legislação sectorial de regras específicas, designadamente no que respeita a deveres de informação e de colaboração das entidades supervisionadas.

I. DIMENSÃO DO PROBLEMA: A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL AO ILÍCITO DE MERA ORDENAÇÃO SOCIAL

A questão do regime processual aplicável ao ilícito de mera ordenação social e da aplicação subsidiária do Código de Processo Penal tem suscitado a reflexão da doutrina que se ocupa das contraordenações e conduzido a debates judiciais, quando nos casos submetidos a julgamento há que determinar quais as regras concretamente aplicáveis.

Dispõe o artigo 41.º do RGIMOS, no seu número 1, que *sempre que o contrário não resulte deste diploma, são aplicáveis, devidamente adaptados, os preceitos reguladores do processo criminal.*

É entendimento comum da doutrina, escorada no próprio texto do artigo 41.º do RGIMOS, que a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal para que remete o artigo não é automática e deve ser adaptada às características específicas do regime do ilícito de mera ordenação social.^{1/2}

Existe, assim, desde logo um núcleo de aspetos que é expressamente regulado no RGIMOS e relativamente aos quais a questão da aplicação subsidiária do Código de Processual Penal não se coloca.

Fora do âmbito da regulação expressa do RGIMOS, a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal pode, ainda assim, não ser convocada.

Na verdade, verificada a inexistência de regime expresso – primeiro passo na determinação do regime processual (geral) do ilícito de mera ordenação social – há que determinar em segundo lugar se dessa omissão resulta efetivamente algum aspeto por regular ou se a omissão significa que o instituto em causa não tem aplicação no processo contraordenacional.

1 Nesse sentido, escreve Costa Pinto (2002: 617 e 619) acerca do referido artigo 41.º: “Esta cláusula [sempre que o contrário não resulte deste diploma] deve ser entendida num duplo sentido: por um lado, a existência de regras expressas no DMOS sobre uma matéria pode impedir a aplicação do Direito Processual Penal e, por outro lado, não se pode aplicar o Direito Processual Penal sempre que essa aplicação seja contrária à essência axiológica e estrutural do DMOS. O que significa que em caso algum a omissão de regulação de uma certa matéria no Regime Geral das Contraordenações conduz automaticamente à aplicação subsidiária do Direito Processual Penal. É sempre necessário ponderar se a omissão é ou não intencional e se, a existir, ela não equivale a uma vontade legislativa de não aplicar certos regimes do Direito Processual Penal ao Direito das Contraordenações. Uma omissão intencional de regular uma certa matéria pode ser uma decisão legislativa a respeitar pelo aplicador do Direito. [...] De forma sintética: o regime do art. 41.º, n.º 1, do RGCords supõe que o Direito Processual Penal se aplica sempre em conjugação com o regime nele contido, mas não se aplica todo e muito menos automaticamente e, quando aplicável, pode ter de ser devidamente ‘adaptado’ (como exige o citado n.º 1 do art. 41.º do RGCords).”

2 No mesmo sentido, escreve Leones Dantas, 2010: 4: “A importação das soluções daquele código [o de processo penal] não é, contudo, direta, devendo passar sempre que necessário por um processo de adaptação aos princípios e às soluções processuais próprias do Direito das Contraordenações...”

Em terceiro lugar, verificada a necessidade de regulamentação e, em consequência da aplicação subsidiária das normas do processo penal, há ainda que determinar se tais normas são aplicadas tal como delineadas no processo penal ou se carecem de adaptação ao processo do ilícito de mera ordenação social.

No caso de regras sectoriais especiais, a anteceder o primeiro passo, há que verificar, por um lado, se a regulamentação sectorial prevê normas processuais específicas para o sector do ilícito em causa. Por outro lado, caso se conclua que as normas do processo penal devem ser aplicadas subsidiariamente, a eventual adaptação há-de ter em conta, para além do regime geral, também as características específicas do sector em causa.

Na verdade, atenta a evolução de várias legislações sectoriais, verificam-se hoje significativos afastamentos do regime previsto no RGIMOS que terão de ser considerados na determinação do regime aplicável a cada um dos sectores.

Conforme afirma Augusto Silva Dias,³ “verifica-se, deste modo, uma tendência acentuada para a fragmentação e atomização do Direito das contraordenações, com manifesta perda da função central (de única lei-quadro) do RGIMOS, cujo papel é cada vez mais subsidiário. Uma tal atomização dificulta ou impede mesmo que o sentido de unidade que preside ao labor dogmático possa ser encontrado fora da lógica auto-referencial de cada sector das contraordenações.”

Atenta a necessidade de adaptação às características, princípios e soluções do regime de mera ordenação social e das legislações sectoriais, cabe indagar quais sejam as características que conferem ao ilícito de mera ordenação social autonomia processual (se não total, pelo menos parcialmente) perante o regime previsto no Código de Processo Penal.

Entre nós, esta identificação é tão mais necessária, na medida em que o RGIMOS deixa nas mãos do intérprete a identificação dessas especificidades e, em consequência, quais as normas do processo penal que serão afastadas ou adaptadas.

A questão da autonomia do ilícito de mera ordenação social tem sido sobejamente tratada na doutrina na parte relativa à autonomia substantiva, essencialmente com o objetivo de encontrar um critério diferenciador entre o ilícito de mera ordenação social e o ilícito criminal que possa iluminar a

3 Silva Dias, 2010: 238.

opção legislativa entre criminalizar uma conduta ou enquadrá-la como ilícito de mera ordenação social.⁴

Mesmo entre os Autores que entendem existir uma aproximação substantiva entre o ilícito de mera ordenação social e o ilícito criminal, é reconhecido que os regimes processuais evidenciam assinaláveis diferenças, desde logo pela intervenção no processo de contraordenação de uma autoridade administrativa com poderes para instruir e decidir os processos.⁵

Para a aplicação do artigo 41.º, torna-se, assim, necessário identificar os aspetos próprios da estrutura do processo do ilícito de mera ordenação que afastam a aplicação do regime do processo penal ou que fazem surgir a necessidade de adaptar as normas processuais penais quando são aplicadas subsidiariamente.

O presente texto procura identificar essas características na área das contraordenações do sector financeiro, onde podem ser facilmente detetadas especificidades do regime processual decorrentes das características próprias, quer das matérias reguladas, quer das entidades responsáveis pela instrução dos processos de contraordenação e aplicação das sanções, quer das entidades reguladas (principais agentes das contraordenações).

Esta norma de aplicação subsidiária do Processo Penal é geral, valendo, assim, quer para a fase administrativa, quer para a fase da impugnação judicial do processo de contraordenação. Todavia, as dúvidas têm-se suscitado mais frequentemente em relação à fase administrativa, tendo em conta a difícil comparabilidade entre esta fase e o processo penal e à ausência de concretização dos institutos e normas do processo penal desde logo afastadas.⁶

4 Da evolução desse debate e dos critérios que têm sido ensaiados dão conta Costa Andrade, 1998; Faria Costa, 1998; Costa Pinto, 1997; Lumbrales, 2006; Lobo Moutinho, 2006. O debate assenta, essencialmente na questão da possibilidade de identificação de critérios qualitativos da conduta que integra o ilícito contraordenacional, conforme preconizado por Eduardo Correia, 1973. No sentido da possibilidade de identificar uma autonomia material do ilícito de mera ordenação social em função do critério da conduta (e não do ilícito) axiologicamente neutra, cfr. Figueiredo Dias, 1998, posição que, no essencial mantém em 2007: 161-168. Também Palma (1994: 82) aponta um conjunto de características no essencial de natureza qualitativa mas integrando aspetos quantitativos relativos à intensidade da gravidade da conduta. Sustentando também uma delimitação de natureza qualitativa (material), Faria Costa, 2009: 35-49.

5 Nesse sentido, Lobo Moutinho, 2006: 38: “Com esta proximidade substantiva [...] contrasta a profunda diversidade que é emprestada aos regimes processuais pela competência da autoridade administrativa.”

6 Diferentemente do que sucede no sistema alemão, em que a norma sobre aplicação subsidiária do processo penal (§46 da *Ordnungswidrigkeitengesetz*) é mais detalhada, identificando expressamente alguns institutos do processo penal que não se aplicam ou esclarecendo em concreto quais as adaptações a realizar.

Não obstante estas questões pertencerem à fase administrativa do processo de contraordenação, atenta a recorribilidade da decisão final da autoridade administrativa e dos atos interlocutórios, o esclarecimento de quais sejam as regras aplicáveis tem relevância na fase judicial do processo de contraordenação, na medida em que a apreciação da decisão da autoridade administrativa terá necessariamente também de considerar o respeito na fase administrativa das regras processuais aplicáveis.

A questão que mais frequentemente tem sido suscitada e tratada junto dos tribunais no âmbito das contraordenações do mercado de valores mobiliários é a das regras relativas à prova aplicáveis na fase administrativa do processo, concretamente no que respeita à possibilidade de utilização como meio de prova dos elementos enviados pelas entidades supervisionadas ao abrigo de deveres de informação ou de um dever geral de colaboração.

Começaremos por recensear as decisões judiciais em que tem surgido esta questão.

II. DECISÕES JUDICIAIS SOBRE PROIBIÇÕES DE PROVA NO ÂMBITO DOS ILÍCITOS CONTRA O MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS

No âmbito dos ilícitos de mera ordenação social previstos no Código dos Valores Mobiliários, a questão tem sido, com efeito, abundantemente suscitada junto dos tribunais e sobre ela podem recensear-se várias decisões, quer do Tribunal de Pequena Instância Criminal, quer do Tribunal da Relação de Lisboa.

1. Decisões do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa⁷

a) Sentença do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa (1.º Juízo, 2.ª Secção) de 11.01.2008:

Chamado a pronunciar-se sobre a questão de saber se os elementos recolhidos pela CMVM junto das entidades supervisionadas, arguidas em processo de contraordenação, poderiam ser usados como prova no processo, decidiu o tribunal que *os elementos, sejam documentais, sejam declarações escritas, fornecidos pela própria arguida no cumprimento de um dever enquanto supervisionada não podem ser usados como prova para fundamentar a decisão condenatória em processo*

⁷ Todas as decisões do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa referidas no texto encontram-se disponíveis em www.cmvm.pt.

de contraordenação, considerando ainda que os elementos assim obtidos são provas nulas nos termos do artigo 126.º do CPP.

Acrescenta o tribunal que os elementos obtidos das entidades envolvidas em processo de contraordenação apenas podem ser usados como prova em processo de contraordenação, caso tenha sido respeitado o direito à não auto-incriminação, fazendo aplicação do disposto no Código de Processo Penal (isto é, do regime do direito ao silêncio).

A decisão descrita não distingue os documentos dos demais elementos obtidos das entidades supervisionadas (como as declarações, por exemplo), aplicando, em geral, o direito à não autoincriminação à totalidade dos elementos obtidos das entidades supervisionadas que venham a ser arguidas em processo de contraordenação.

O tribunal apenas admitiria a utilização dos referidos elementos, caso a CMVM tivesse respeitado duas condições: tivesse informado a entidade supervisionada que os elementos poderiam ser usados em processo de contraordenação contra ela; tivesse dado a essa entidade o direito de não entregar os elementos de que pudessem resultar indícios de contraordenação.

Tais condições deveriam ser respeitadas, quer os elementos fossem obtidos já na fase de instrução de um processo de contraordenação, quer o tivessem sido ainda em fase preliminar de desempenho pela CMVM das funções de supervisão contínua do mercado.

Esta decisão veio a ser revogada pelo acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 30.10.2008, descrito *infra*.

b) Sentença do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa (2.º Juízo, 2.ª Secção) de 16.10.2008

Limitando também a possibilidade de utilização da prova recolhida junto das entidades supervisionadas, entendeu, noutra decisão, o Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa que a CMVM não pode utilizar como prova para fundamentar a sua decisão condenatória elementos, sejam documentais, sejam declarações escritas, fornecidos pela própria arguida, quando esta já é suspeita da prática de um ilícito contraordenacional, sem que a CMVM a tenha informado que existe um inquérito contra si e que não está sujeita ao dever de colaboração.

Esta decisão abrange expressamente, quer a entrega de documentos, quer a obtenção de outros elementos mas restringe o entendimento à obtenção de provas já em sede de processo de contraordenação.

Considera igualmente nulas, ao abrigo do 126.º CPP, as provas obtidas (sem que seja dado o direito ao silêncio) após ter sido deliberado apurar a eventual responsabilidade contraordenacional da arguida, admitindo todavia a utilização dos elementos recolhidos na fase de supervisão.

Esta decisão veio a ser revogada pelo acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22.07.2009, descrito *infra*.

c) Decisão do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa (1.º Juízo, 1.ª Secção), de 11.03.2010

Entendeu o tribunal, nesta decisão, que são admissíveis as provas obtidas das entidades supervisionadas, ao abrigo de um dever de colaboração, quer antes, quer após a instauração de processo de contraordenação.

O Tribunal fundamenta esta decisão no facto de o direito ao silêncio e o direito à não incriminação sofrerem restrições no processo de contraordenação e, no caso dos mercados de valores mobiliários, a obtenção de elementos das entidades supervisionadas constituir um ato necessário para assegurar a efetividades dos princípios referidos no artigo 358.º do CódVM.

Entendeu, ainda que a solicitação de documentos e informações pela CMVM, ao abrigo dos poderes e competências que lhe são atribuídos por lei constitui recolha de prova documental, recaindo sobre o arguido o dever de se sujeitar a diligências de prova, nos termos do disposto no artigo 61.º, n.º 3, alínea *d*) do CPP.

d) Sentença do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa (1.º Juízo, 2.ª Secção) de 22.04.2010

Considerou nulas as provas entregues pelas entidades supervisionadas em cumprimento do dever de colaboração, por entender que a obtenção de tais provas sem que tivesse sido dado ao arguido o direito ao silêncio viola o princípio da presunção de inocência. Não obstante, o tribunal deu os factos como provados com base em outras provas constantes dos autos, não considerando que a nulidade daquelas provas inquinasse os demais elementos de prova constantes do processo.

e) Sentença do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa (1.º Juízo, 1.ª Secção) de 21.07.2008

Considerou como prova válida em processo de contraordenação os documentos obtidos ao abrigo dos poderes de supervisão e de instrução de pro-

cessos, considerando que tais atos de obtenção de prova documental não constituem meios enganosos de obtenção de prova, na medida em que uma instituição financeira não pode ignorar as competências da entidade supervisora e também que a entrega de documentos por parte do arguido se inclui no dever de se sujeitar a diligências de prova previsto no artigo 61.º, n.º 3, alínea *d)* do Código de Processo Penal.

2. Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa

Sobre este tema, no âmbito dos ilícitos de mera ordenação, pronunciou-se já o Tribunal da Relação de Lisboa, nos acórdãos⁸ que revogaram a primeira e a segunda decisões de primeira instância acima descritas, com os seguintes fundamentos que se sintetizam em seguida:

- Os poderes de supervisão do regulador compreendem o poder de instruir processos sancionatórios e aplicar sanções, poder que vem expressamente referido no artigo 360.º, n.º 1, alínea *e)* do CódVM (“Procedimentos de supervisão”);⁹
- As entidades supervisionadas têm um dever de colaboração que é essencial ao desempenho da função de supervisão, função sem a qual o mercado não funciona com regularidade;
- O funcionamento regular do mercado é também do interesse das entidades supervisionadas e, em consequência, as entidades supervisionadas devem assegurar as condições para uma supervisão adequada dessa atividade; o dever de colaboração é a contrapartida do acesso ao mercado;
- O direito ao silêncio não é um direito absoluto: o dever de colaboração é uma restrição legalmente prevista no CódVM e constitucionalmente admitida, atenta a ponderação dos valores em causa: artigos 81.º, alínea *f)* e 101.º da CRP.

8 Acórdãos de 30 de outubro de 2008, processo n.º 2140/08-9, 9.ª Secção e de 22 de julho de 2009, processo n.º 3839/06.0TFLSB.L1, 3.ª Secção, ambos disponíveis em www.cmvm.pt.

9 Nesse sentido, pode ler-se no acórdão de 30 de outubro de 2008: “O regime legal de supervisão admite que a CMVM possa solicitar às entidades supervisionadas informações, ainda que estas informações se destinem a instruir um processo contraordenacional, nos termos do art. 361.º;” e no acórdão de 22 de julho de 2009: “A solicitação dos documentos, a que acima fizemos referência [documentos fornecidos pela recorrente, arguida em processo de contraordenação da competência da CMVM], efetuada pela CMVM, ainda que depois da aludida deliberação do seu Conselho Diretivo [para o apuramento da responsabilidade contraordenacional da arguida], integra-se na prática dos “atos necessários para assegurar a efetividade dos princípios referidos no artigo 358.º” (art. 361.º, n.º 1, do CdVM).”

No mesmo sentido – o de que as provas recolhidas pela CMVM no exercício dos seus poderes de supervisão não são provas nulas – voltou a pronunciar-se o Tribunal da Relação de Lisboa, em acórdão de 16.12.2009, confirmando, em sede de recurso, um despacho interlocutório do Tribunal de Pequena Instância Criminal que as havia admitido.¹⁰

O mesmo entendimento foi sufragado no acórdão de 06.04.2011, confirmando a decisão que nesse processo havia já sido tomada pelo Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa.¹¹

Ainda no âmbito da questão da validade da prova obtida pela CMVM, outra questão tem sido colocada que abrange também as entidades supervisionadas e, de certa forma, acresce à questão da entrega de documentos ao abrigo do dever de colaboração, que é o facto de o Código dos Valores Mobiliários prever no seu artigo 361.º, n.º 2, alínea *a*) que as entidades supervisionadas estão obrigadas a entregar os documentos solicitados, não podendo invocar qualquer segredo.

Este regime constitui um afastamento parcial do regime previsto no RGI-MOS, na medida em que neste não se permite (artigo 44.º) a utilização de provas obtidas com violação do segredo profissional. O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 30.10.2008 já referido afirma também quanto a este aspeto que “quando a CMVM obtém elementos exercendo os seus poderes legais de supervisão junto de entidades que têm um dever de colaboração enquanto profissionais do mercado, sem que estes possam opor o segredo profissional por determinação da lei, não estamos perante provas ilegais ou proibidas.”¹²

10 Afirma o Tribunal da Relação de Lisboa neste acórdão (processo n.º 5523/07.8TFLSB.L1, 3.ª Secção, disponível em www.cmvm.pt) que “nada há a censurar à decisão do Tribunal *a quo* por ter entendido que os esclarecimentos prestados pelo arguido, ocorridos na sequência de fiscalização levada a cabo pela CMVM e no exercício dos seus poderes de supervisão, e não no âmbito estrito da supervisão sancionatória, não consubstanciam provas nulas.” Esta questão tem sido analisada também na área do Direito da Concorrência: entendeu também, no seu acórdão de 25 de novembro de 2008 (processo 6057/08-5, 5.ª Secção), o Tribunal da Relação de Lisboa, confirmando a decisão do Tribunal do Comércio de Lisboa proferida no processo n.º 1050/06.9TYLSB, 3.º Juízo, que os deveres de entrega de elementos ao supervisor não são limitados pelo direito a não colaborar na sua própria incriminação. Do tratamento jurisprudencial nesta área dá relato e comentário Costa Ramos, 2010.

11 Processo n.º 1724/09.2TFLSB.L1, 3.ª secção, disponível em www.cmvm.pt. Este acórdão veio confirmar o entendimento sufragado nesse processo, na decisão do Tribunal de Pequena Instância Criminal descrita *supra*, no ponto 2.1.e).

12 Sobre a questão (diferente) da utilização em processo crime – aberto na sequência de participação da CMVM nos termos do artigo 386.º do CódVM – de provas recolhidas ao abrigo da disposição que impede

O único acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa recenseado em sentido contrário ao que se sustenta nos demais acórdãos descritos foi proferido em 15.02.2011,¹³ confirmando o entendimento defendido pelo Tribunal de Pequena Instância Criminal nesse mesmo processo.

Entendeu o Tribunal da Relação neste acórdão que por via da aplicação do princípio da presunção de inocência ao processo de contraordenação, a utilização como meio de prova de elementos fornecidos pelo próprio arguido em cumprimento de um dever de colaboração no âmbito da supervisão traduz um meio enganoso de obtenção de prova, ofensivo da integridade moral das pessoas, sendo, em consequência, tais provas nulas por aplicação do disposto no artigo 126.º do Código de Processo Penal.¹⁴

Diferentemente da tendência que tinha inicialmente despontado nas decisões do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa, a conclusão que pode extrair-se da maioria dos acórdãos do Tribunal da Relação aqui referenciados é a de que, no caso das contraordenações no âmbito do mercado de valores mobiliários, o direito à não incriminação não abrange a entrega de documentos pelas entidades supervisionadas e que os documentos assim entregues valem como prova em processo de contraordenação em que sejam visadas as entidades que os entregaram.

III. CARACTERIZAÇÃO DA FASE ORGANICAMENTE ADMINISTRATIVA DO PROCESSO DE CONTRAORDENAÇÃO

A instrução dos processos de contraordenação e aplicação das coimas é da competência de uma autoridade administrativa (artigo 33.º RGIMOS), pelo que, não obstante tratar-se de um processo de natureza sancionatória, esta fase é designada em função da natureza da autoridade que a ela preside, tratando-se, assim de uma fase organicamente administrativa.

Com efeito, não obstante a qualidade da entidade que é competente para a instauração e decisão dos processos, não são aplicadas (nem a título subsidiá-

as entidades supervisionadas de oporem segredo à CMVM já se pronunciou também o Tribunal da Relação de Lisboa no sentido da sua admissibilidade: cfr. o acórdão de 05 de julho de 2005, proferido no âmbito do Processo n.º 620/05, da 5.ª Secção, sumário disponível em www.pgdlisboa.pt.

13 Processo n.º 3501/06.3TFLSB.L1, 5.ª Secção, disponível em www.cmvm.pt.

14 Admitiu todavia o tribunal, à semelhança do que sucedera na decisão da primeira instância, que os factos poderiam ser dados como provados com base noutros elementos de prova validamente produzidos no processo.

rio) as normas do Código de Procedimento Administrativo mas as normas processuais de direito sancionatório, seja do RGIMOS, seja do Código de Processo Penal.¹⁵

A fase administrativa do processo de contraordenação é tratada no RGIMOS, nos artigos 48.º a 58.º.

O RGIMOS contém poucas disposições especificamente dirigidas à tramitação desta fase do processo. Determina, no artigo 50.º a necessidade de audição do arguido, define no artigo 54.º as normas que atribuem às autoridades administrativas a competência para a instrução do processo e, finalmente, no artigo 58.º elenca o conteúdo mínimo obrigatório da decisão condenatória.

Do regime geral resulta, assim, uma tramitação processual da fase administrativa que, desde que respeitado o direito de audição e defesa do arguido, é relativamente simplificada.

A decisão final da autoridade administrativa pode ser judicialmente impugnada nos termos do artigo 59.º do RGIMOS e as decisões interlocutórias podem ser impugnadas nos termos do artigo 55.º.

Quanto à produção de prova na fase administrativa, o RGIMOS regula, sob a epígrafe “meios de coação”, a questão das provas admissíveis no artigo 42.º (regime de que se destaca a utilização de provas que impliquem a violação de segredo profissional); a não ajuramentação de testemunhas, no artigo 44.º; a apreensão de objetos no artigo 48.º-A; e os deveres de testemunhas e peritos, no artigo 52.º.

O exercício do direito de defesa é garantido, nos termos do artigo 50.º, podendo o arguido fazer-se acompanhar por defensor (incluindo defensor

15 Assim, Beleza, 1985: 145. No mesmo sentido, Costa Pinto que afirma (1997: 81) que “uma solução diferente criaria o risco de um bloqueio completo da atividade sancionatória da administração por cruzamento de regimes e garantias jurídicas”. Todavia, sustenta Lumbrals (2006: 149-150) que “a aplicação subsidiária do processo penal não exclui de modo absoluto a aplicação do CPA quanto aos aspetos não previstos no CPP e, por remissão do artigo 4.º, no CPC; efetivamente, desde que não preconize, para as mesmas situações, soluções contraditórias com as previstas no RGCO, no CPP e no CPC, o CPA continua a ser aplicável, enquanto diploma regulador do funcionamento das autoridades administrativas, na medida em que a promoção do processo de contraordenação constitui apenas mais uma das muitas atividades a que essas entidades se dedicam”. Algumas legislações sectoriais mandam aplicar expressamente as normas do Código de Procedimento Administrativo a certos atos praticados no âmbito dos processos de contraordenação (artigo 19.º da Lei da Concorrência). Neste caso, as normas do RGIMOS e do Processo Penal têm de considerar-se afastadas. Todavia, nos casos em que não exista tal regra expressa, não parece existir a possibilidade (ou, até, âmbito) de aplicação do Código de Procedimento Administrativo ao processo de contraordenação, na medida em que o regime aplicável é claramente definido na lei que manda aplicar o RGIMOS e as normas do Processo Penal.

oficiosamente nomeado), nos termos do artigo 53.º, em qualquer fase do processo.

Constituem, assim, características essenciais desta fase: a competência de uma autoridade administrativa para a instrução do processo e aplicação das sanções; a ausência de intervenção das autoridades judiciárias, a não ser em sede de recurso dos atos interlocutórios ou da decisão final.¹⁶

O processamento desta fase administrativa é, assim, distinto do processo penal, em função principalmente da intervenção de uma autoridade administrativa. Nesta fase os únicos sujeitos processuais são, assim, apenas a autoridade administrativa e o arguido.¹⁷

Com efeito, a existência de uma só entidade encarregue da instrução do processo, da imputação dos factos ao arguido e da decisão torna dificilmente comparável a fase administrativa do processo de contraordenação com o processo penal.

Afirma António Leones Dantas¹⁸ que “o processo das contra-ordenações não conhece [...] ao nível da sua estrutura, a diferenciação entre impulso processual e decisão que caracteriza o processo penal, nem conhece a divisão entre fases preliminares e fases subsequentes que se verifica naquela forma de procedimento.”

É verdade que, atendendo ao facto de ser a mesma entidade que é responsável por toda a fase administrativa do processo, o processo não tem uma diferenciação orgânica entre os vários momentos da fase administrativa.

Todavia, o facto de todo o processamento estar a cargo da mesma entidade não exclui uma distinção – feita desde logo no próprio RGIMOS e mais acentuadamente ainda nos regimes sectoriais que prevêem a existência de uma acusação formal – entre dois momentos processuais: o que antecede a concessão ao arguido de prazo para se pronunciar, nos termos do artigo 50.º do RGIMOS, sobre a contraordenação que lhe é imputada e o momento

16 “...concebido o Direito das Contraordenações como um instrumento de intervenção administrativa de natureza sancionatória no sentido de dar maior eficácia à ação administrativa, o núcleo fundamental dos poderes sancionatórios, quer ao nível da iniciativa processual, quer ao nível decisório propriamente dito, é atribuído à Administração, relegando a intervenção judiciária para um nível de subsidiariedade.” Leones Dantas (2010: 17).

17 “Nem o Ministério Público, nem o Tribunal têm aqui qualquer intervenção suscetível de condicionar os termos do processo. O primeiro é completamente alheio a esta fase do processo. O Juiz intervém apenas como instância de recurso das decisões interlocutórias proferidas pelas autoridades administrativas, nos termos do artigo 55.º do Regime Geral.” Leones Dantas, 2010: 21.

18 Leones Dantas, 2010: 18.

processual subsequente que vai até à prolação da decisão pela autoridade administrativa.

Não obstante em toda a fase administrativa haver lugar à investigação e instrução do processo – nesse sentido, dispõe o número 2 do artigo 54.º do RGIMOS que, finda a investigação e a instrução, a autoridade administrativa arquivará o processo ou aplicará uma coima – a verdade é que podem identificar-se dois momentos processuais distintos na fase administrativa do processo de contraordenação: uma fase de apuramento dos factos pela entidade administrativa que conduz à comunicação ao arguido dessa factualidade apurada, dando-lhe a possibilidade de se pronunciar sobre ela; uma segunda fase em que se toma em conta o eventual contributo do arguido para o processo e se desenvolvem as diligências de prova por ele requeridas. Nada obsta a que a entidade administrativa tome a iniciativa, em função dos factos trazidos ao processo pelo arguido, de desencadear outras diligências de prova neste momento, uma vez que a autoridade administrativa se encontra sujeita a um estatuto de objetividade e imparcialidade, devendo nortear a sua atuação pela busca da verdade. O que significa que pode haver ainda lugar a instrução da iniciativa da própria autoridade mesmo após o momento previsto no artigo 50.º.

Contudo, a autoridade administrativa só poderá dar cumprimento ao artigo 50.º após o apuramento dos factos essenciais que constituem a contraordenação, de modo a que o arguido saiba sobre que contraordenação há-de pronunciar-se.

A fase administrativa, tal como se encontra descrita no RGIMOS caracteriza-se, assim, pelos seguintes aspetos:

- Competência de uma mesma autoridade administrativa para a instrução e decisão do processo;
- Simplificação da tramitação

IV. REGIME PROCESSUAL DO SECTOR FINANCEIRO. CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS E CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS

As decisões judiciais referenciadas no ponto 2. *supra* tiveram lugar no âmbito de processo de contraordenação por violação das disposições do Código dos Valores Mobiliários. Todavia, as questões aí suscitadas são comuns aos processos de contraordenação instaurados por outros reguladores do sector financeiro, na medida em que, na matéria aqui tratada, são também comuns

as disposições processuais relativas aos ilícitos de mera ordenação social deste sector, bem como certas características da regulamentação substantiva.

Na verdade, diferentemente do que era a sua génese – a de abranger infrações que revestiam um carácter bagatelar –, o direito de mera ordenação social alargou a sua intervenção “a sectores para os quais este sistema sancionatório não foi pensado, em particular a circuitos económicos e tecnológicos complexos”.¹⁹

Esta circunstância gerou uma inadequação do regime processual simplificado previsto no RGIMOS para regular as contraordenações destas áreas, acabando por dar origem ao surgimento de soluções processuais específicas nos vários sectores que, no caso do sector financeiro, revestem uma assinalável aproximação, constituindo, em vários aspetos, um regime processual diferente do estabelecido no RGIMOS e comum (ou seja, geral, dentro deste subsistema) aos ilícitos de mera ordenação do sector financeiro.²⁰

O regime processual diferenciado comum ao sector financeiro assenta também em características partilhadas pelas diferentes áreas desse sector que inclui a banca, a atividade seguradora e o mercado de valores mobiliários.

Em comum e com consequências ao nível da definição do regime processual, as três áreas do sector financeiro partilham as seguintes características:²¹ a complexidade técnica das matérias reguladas, os montantes elevados das coimas, a regulamentação abundante, o facto de os principais destinatários das normas serem entidades supervisionadas e de a confiança dos investidores ser condição essencial do funcionamento do sector.

Revestem especial relevo para a análise da questão colocada no presente trabalho as duas últimas características que se desenvolvem seguidamente.

19 Costa Pinto, 1997: 16.

20 Nesse sentido, assinalava já Costa Pinto, 1997: 99-100: “... o regime geral do ilícito de mera ordenação social, por não estar a dar resposta aos problemas específicos que se fazem sentir nas diversas áreas regulamentadas por este sistema sancionatório, potencia o aparecimento de soluções especiais dentro de cada uma das áreas, como acontece já em inúmeros casos. E deve frisar-se que este tipo de fenómeno corresponde à negação implícita da própria vocação ordenadora de um *regime geral* das contraordenações.”

21 Essa uniformidade do regime relativo ao ilícito de mera ordenação social no sector financeiro foi já assinalada no meu anterior trabalho (Bolina, 2009), onde se encontram desenvolvidamente explicitadas as características da complexidade técnica das matérias reguladas, montantes elevados das coimas e regulamentação abundante e respetivas consequências processuais.

1. As entidades supervisionadas como principais destinatários das normas sectoriais

O sector financeiro é constituído por atividades para cujo acesso é necessário um ato de avaliação das autoridades administrativas que supervisionam o sector que se traduz numa autorização ou registo e que só é concedido na medida em que as entidades que se propõem exercer atividade reúnam as condições para o fazer com profissionalismo e respeito pelas regras aplicáveis.

Esta circunstância não é privativa do sector financeiro, na medida em que, no âmbito do direito de mera ordenação social, são tratadas muitas atividades cujo exercício depende de autorização das autoridades administrativas e que, por esse motivo, são qualificadas como atividades reservadas.²²

Apesar de os destinatários das normas não se esgotarem nas entidades que prestam essa atividade no âmbito da autorização que lhes foi concedida (também os clientes podem, através das ordens que dão aos intermediários financeiros, por exemplo, praticar contraordenações, não obstante não serem entidades supervisionadas), o essencial das normas destina-se a estabelecer regras para o bom funcionamento dessa atividade e tem como principais destinatários os intervenientes profissionais no sector.

O que significa que a instauração de processos de contraordenação surge enquadrada numa tarefa de supervisão e que pode legitimamente supor-se que os agentes conhecem as regras que regulam a atividade que exercem.

2. A confiança dos investidores como condição do funcionamento do sector

Característica destas atividades é o facto de a confiança do público investidor ser condição essencial do seu funcionamento.²³

O que significa que as entidades sujeitas ao conjunto de regras decorrente da sua qualidade de prestadores profissionais da atividade são também, por outro lado, beneficiários do seu cumprimento por todos os intervenientes

22 O critério das normas de segurança das atividades reservadas tem, até, sido considerado por alguns autores como o critério que permitiria delimitar o âmbito da autonomia substantiva do direito de mera ordenação social. Nesse sentido Lobo Moutinho, 2006: 61-63. Saliente-se, contudo, que nem todo o direito de mera ordenação social regula as chamadas atividades reservadas – veja-se, por exemplo, o caso das contraordenações ambientais. Todavia, sobretudo no que ao sector financeiro diz respeito, a descrição de que os ilícitos de mera ordenação social constituem violações das regras de segurança próprias de um sector de atividade para cujo acesso é necessário uma avaliação prévia de uma autoridade administrativa parece rigorosa e desta circunstância resultam, até, aspetos específicos do estatuto das entidades envolvidas.

23 “Para atrair investidores para o mercado é indispensável assegurar a *confiança* na correção do seu funcionamento, em condições de transparência e igualdade”, afirmam Figueiredo Dias & Costa Andrade, 2009: 19.

envolvidos, na medida em que este cumprimento é o garante da confiança dos investidores e, em consequência, da manutenção da atividade.

Atenta a circunstância de serem sectores que vivem da captação de poupanças, o elemento de confiança é determinante para que o público canalize o seu investimento para estas atividades.

Elemento essencial para assegurar essa confiança é o facto de a atividade estar sujeita a uma vigilância contínua de uma entidade pública.

O exercício da função de supervisão, ou seja de vigilância sobre todos os intervenientes do mercado, quanto ao cumprimento das normas é, assim, determinante para o bom funcionamento da atividade e, em consequência feita também em benefício dos próprios profissionais.

Circunstância que os próprios profissionais reconhecem ter um valor efetivo na captação de clientes, ao referenciarem (até para além do que lhes é legalmente exigido) nos seus *sites* e na publicidade aos seus produtos a aprovação, o registo e, em geral, a sujeição à supervisão do regulador.²⁴

As entidades supervisionadas retiram, assim, benefícios do exercício de uma atividade a que acedem e que é supervisionada e, de certa forma, garantida por uma autoridade pública quanto aos aspetos básicos do seu funcionamento.

A garantia que é conferida ao investimento do público por via da sujeição da atividade à supervisão contínua de uma entidade pública depende, todavia, do facto de essa supervisão poder ser efetivamente exercida, não sendo apenas uma afirmação formal de um função que carece de condições para ser exercida.

A necessidade de reunir condições para o exercício efetivo da supervisão tem reflexos sobre as normas aplicáveis, designadamente através do estabelecimento de um dever de colaboração das entidades supervisionadas perante o regulador.

Das duas características enunciadas (o facto de os principais destinatários das normas sectoriais serem entidades supervisionadas e a confiança ser uma condição de funcionamento do sector) resulta, assim, o estabelecimento de deveres de informação e de colaboração a cargo das entidades supervisona-

24 O que evidencia o valor económico desse elemento de confiança que é desencadeado pela referência à supervisão. Na verdade, até em situações em que entidades não registadas se propõem prestar ilicitamente serviços financeiros, há casos de anúncios em que surgem referências ao regulador, elemento que serve para induzir o público na ideia (errada) de que pode confiar no investimento que lhe é proposto.

das que são instrumentos indispensáveis para que a supervisão da atividade possa ser desenvolvida de forma efetiva e eficaz.

É o caso do Código dos Valores Mobiliários, onde se dispõe, no número 3 do artigo 359.º, que *as entidades sujeitas à supervisão da CMVM devem prestar-lhe toda a colaboração solicitada*, para além da previsão de deveres regulares de informação.

Sem a obrigação de as entidades supervisionadas entregarem os documentos essenciais à avaliação pelos reguladores de que as normas estão a ser adequadamente cumpridas pelas entidades que prestam serviços profissionais no mercado, perde-se a possibilidade de essa supervisão ser efetivamente exercida e a garantia providenciada ao público investidor de que entrega as suas poupanças a entidades que estão a ser adequadamente controladas por uma entidade pública deixa de existir.

Eliminada essa garantia, desaparece também a confiança do público nesse investimento, o que, particularmente no caso dos valores mobiliários, pode ter sérias consequências no funcionamento do próprio mercado e na atividade das empresas que nele se financiam.

Ora o regular funcionamento do mercado é um bem jurídico público essencial ao funcionamento da economia e que tem tutela constitucional nos artigos 81.º, alínea e) e 101.º da Constituição.

A consagração desses deveres de informação e de colaboração consiste, assim, num instrumento essencial para assegurar a garantia do funcionamento do mercado e, em consequência, a tutela das poupanças do público investidor.

O debate acerca destes deveres das entidades supervisionadas tem sido aceso, quer na doutrina, quer nas instâncias judiciais, como, de resto, se comprova pelas decisões referenciadas. A questão que tem suscitado o debate prende-se, não já com a própria consagração desse dever de colaboração, cuja validade não tem, em geral, sido questionada mas com a questão de saber, por um lado, qual é o âmbito desse dever e, por outro, se os elementos assim obtidos podem ser utilizados em sede de processo de contraordenação como prova dos factos que se imputam às entidades supervisionadas. É esta a questão que se tratará em seguida.

V. O DEVER DE COLABORAÇÃO DAS ENTIDADES SUPERVISIONADAS: ÂMBITO E CONSEQUÊNCIAS

1. Âmbito

a) *Âmbito subjetivo*

Em primeiro lugar, cumpre fazer uma distinção que está subjacente ao tratamento do tema do dever de colaboração. As entidades sujeitas à supervisão da CMVM são as únicas entidades que estão, nos termos do artigo 359.º, n.º 3 do CódVM, obrigadas ao dever de colaboração.

O elenco destas entidades consta do número 1 do artigo 359.º do Código dos Valores Mobiliários:

- a) *Entidades gestoras de mercados regulamentados, de sistemas de negociação multilateral, de sistemas de liquidação, de câmara de compensação ou contraparte central e de sistemas centralizados de valores mobiliários;*
- b) *Intermediários financeiros e consultores para investimento;*
- c) *Emitentes de valores mobiliários;*
- d) *Investidores qualificados referidos nas alíneas a) a f) do n.º 1 do artigo 30.º e titulares de participações qualificadas;*
- e) *Fundos de garantia e sistemas de indemnização dos investidores e respetivas entidades gestoras;*
- f) *Auditores e sociedades de notação de risco, registados na CMVM;*
- g) *Sociedades de titularização de créditos;*
- h) *Sociedades de capital de risco;*
- i) *Entidades que se proponham a celebrar ou mediar contratos de seguro ligados a fundos de investimento ou a comercializar contratos de adesão individual a fundos de pensões abertos, no âmbito destas atividades;*
- j) *Outras pessoas que exerçam, a título principal ou acessório, atividades relacionadas com a emissão, a distribuição, a negociação, o registo ou o depósito de instrumentos financeiros ou, em geral, com a organização e o funcionamento dos mercados de instrumentos financeiros.*

Deste elenco resulta claramente que as entidades sujeitas à supervisão da CMVM são-no em função de uma intervenção específica no mercado de valores mobiliários.²⁵

²⁵ Com exceção dos titulares de participações qualificadas. Todavia, estes colocam-se no âmbito do mercado ao adquirirem uma participação social que tem uma dimensão que lhes permite contribuir para as decisões tomadas por uma sociedade que é aberta ao investimento público. Por esse motivo, o Código

Trata-se também, na maioria dos casos, de pessoas coletivas.²⁶ E são as entidades supervisionadas, enquanto pessoas coletivas, que estão sujeitas aos deveres de colaboração e de informação, e não individualmente os seus colaboradores, não obstante poderem ser agentes dos ilícitos previstos na legislação mobiliária. Isto significa que nem todas as pessoas que podem praticar ilícitos no âmbito do mercado de valores mobiliários estão sujeitas a esse dever de colaboração. Também não o estão os clientes das entidades supervisionadas, não obstante poderem, através das ordens que canalizam para um intermediário financeiro, perturbar o funcionamento do mercado e, em consequência, praticar o ilícito previsto no artigo 311.º do Código dos Valores Mobiliários.

O âmbito do dever de colaboração restringe-se, assim, às entidades incluídas naquela disposição do código, uma vez que o seu fundamento assenta, precisamente, no facto de intervirem profissionalmente num mercado regulado e vigiado por uma autoridade pública.

b) Âmbito objetivo

Uma segunda distinção que cumpre fazer é entre o tipo de elementos que se obtêm das entidades supervisionadas.

Às entidades supervisionadas a CMVM pode solicitar, para o desempenho das suas funções, a entrega de documentos, muitos dos quais as entidades têm a obrigação legal de conservar, ao abrigo dos artigos 307.º e 307.ºB do CódVM, para que seja possível reconstituir posteriormente as operações realizadas. Pode também solicitar esclarecimentos das entidades supervisionadas acerca das matérias sujeitas à supervisão.

A CMVM pode, assim, ao abrigo dos seus poderes de supervisão, exigir a entrega de documentos e tomar declarações.

Todavia, a questão em análise nos processos em que tiveram lugar as decisões *supra* referidas prende-se exclusivamente com a obtenção de documentos, uma vez que em nenhum dos casos submetidos a julgamento estava em

dos Valores Mobiliários exige destes acionistas que divulguem as suas participações e é nessa medida que estão sujeitos à supervisão da CMVM: com o objetivo de poder ser verificado se é realizada a divulgação devida do montante da sua participação. O objetivo desta divulgação é o de disponibilizar aos investidores informação sobre quem são os acionistas de referência das sociedades em que investem.

26 Esta circunstância não afeta o eventual reconhecimento do direito ao silêncio, uma vez que, como afirma Costa Pinto (2009: 97), “às pessoas coletivas também há-de reconhecer-se o direito ao silêncio pois, “se se admite que a pessoa coletiva pode prestar declarações em processo através do seu representante, tem de se reconhecer que o oposto (o direito a não prestar declarações) é compatível com a sua natureza, desde que tal silêncio seja uma decisão legitimamente imputada ao ente coletivo”.

causa a prestação de declarações pelos arguidos (antes ou durante o processo de contraordenação).²⁷

2. Consequências processuais do dever de colaboração: utilização processual dos elementos obtidos

Tendo sido carreados para o processo de contraordenação, como prova dos factos imputados à entidade supervisionada os elementos dela obtidos ao abrigo daquele dever de colaboração, colocou-se a questão da licitude da sua utilização como meio de prova no processo de contraordenação em que vieram a ser visadas.

A questão foi colocada, por alguns Autores em função do direito ao silêncio e, por outros, em função de um princípio mais amplo, o do direito à não auto-incriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*) que entendem abranger não apenas a prestação de declarações, mas a adopção de qualquer comportamento (nele compreendido a entrega de documentos) apto a providenciar provas para a imputação ao próprio de infrações.

São três as soluções avançadas que em seguida se descrevem, sendo certo, como se evidenciará no texto, que a primeira das posições descritas não se compatibiliza com as características já identificadas dos ilícitos deste sector, o que justifica uma análise crítica autónoma.

a) Tese da inadmissibilidade do uso probatório de quaisquer elementos recolhidos ao abrigo do dever de colaboração

Esta é a tese sufragada na decisão do Tribunal de Pequena Instância Criminal de 11.01.2008 e que, no geral, é acompanhada por Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos.²⁸

Sustentam estes Autores, acompanhando o entendimento exposto naquela decisão, que o direito à não auto-incriminação impossibilitaria a utilização em processo de contraordenação dos elementos obtidos das entidades super-

27 As decisões de primeira instância *supra* referenciadas e que sustentaram a inadmissibilidade dessas provas em processo de contraordenação, fizeram incluir no entendimento quaisquer elementos obtidos das entidades visadas nos processos de contraordenação. Contudo, estava exclusivamente em causa a utilização de documentos solicitados às entidades supervisionadas, pelo que as decisões do Tribunal da Relação de Lisboa tiveram esse aspeto em consideração. Não obstante o Tribunal da Relação de Lisboa se ter pronunciado no sentido da admissibilidade dessas provas, a verdade é que a questão da utilização como prova de depoimentos obtidos dos arguidos ao abrigo de um dever de colaboração nunca foi efetivamente tratada, uma vez que não se colocava em qualquer dos processos.

28 Silva Dias & Costa Ramos, 2009, Silva Dias, 2010 e Costa Ramos, 2010.

visionadas, no exercício da função de supervisão e entregues em cumprimento do dever de colaboração.

Afirmam AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS, tratando a questão a propósito da CMVM e da Autoridade da Concorrência, que “a partir do momento em que surja a suspeita da comissão de uma infração relativamente a um determinado agente e a AdC ou a CMVM lhe peçam informações, documentos, etc., relacionados com a investigação em curso, devem comunicar-lhe, nos termos da alínea *a*) do n.º 1 do art. 58.º do CPP, que, a partir daquele momento, é constituído arguido num processo de natureza contraordenacional ou criminal²⁹, consoante o caso. Tal qualidade implica, como sublinhámos, a assunção de determinados direitos e deveres (artigos 60.º e 61.º do CPP) e, concretamente, do direito à não auto-inculpação. Este deve ser compreendido no sentido exposto *supra*, não se limitando às declarações verbais (ou gestuais), que dão corpo ao direito ao silêncio, mas estendendo-se a outras formas de cooperação, designadamente a entrega de documentos.”³⁰

Segundo os Autores, o dever de colaboração existiria apenas no âmbito do exercício dos poderes de supervisão, não considerando nestes incluído o poder de instruir processos de contraordenação.³¹

29 No âmbito das averiguações preliminares, tal não seria possível, na medida em que, nem a CMVM, nem a Autoridade da Concorrência têm competências em matéria de inquérito criminal mas apenas a de desenvolver averiguações preliminares tendentes à identificação da notícia do crime (que, atenta as matérias em causa, carece de uma avaliação especializada antes que possa afirmar-se a existência duma notícia do crime que justifique a conseqüente participação). Não sendo a CMVM, nem a AdC autoridades competentes para o processo criminal, não podem constituir arguidos num processo (o criminal) que ainda não se iniciou e para o qual carecem de competência. Acresce que os dois crimes previstos no Código de Valores Mobiliários, relativamente aos quais a CMVM pode desenvolver averiguações preliminares, são imputáveis apenas a pessoas singulares, pelo que também não será uma ocorrência comum estarem obrigadas a dever de colaboração que abrange quase exclusivamente pessoas coletivas. A questão da ponderação entre o dever de colaboração e o direito à não auto-incriminação, no que respeita aos elementos recolhidos no âmbito das averiguações preliminares, por esse motivo, nunca se colocou junto dos tribunais, uma vez que também nunca ocorreu (e dificilmente ocorrerá) no âmbito das averiguações desenvolvidas pela CMVM. Questão diferente é a da utilização em processo criminal contra clientes de um intermediário financeiro de elementos por eles enviados relativos aos seus clientes, sem que possam a tal escusar-se ao abrigo do segredo bancário. Neste caso, não é um problema relativo ao direito à não auto-incriminação (uma vez que a entidade que envia os elementos não é a entidade visada no processo) mas a da utilização de provas sujeitas a segredo bancário. Todavia, conforme se referenciou já *supra* na nota 3, também o Tribunal da Relação de Lisboa decidiu já no sentido da admissibilidade dessa utilização.

30 Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 76.

31 Todavia, Silva Dias (2010: 248) afirma que “[n]ão oferece igualmente contestação a afirmação de que o CVM, nos arts. 358.º, al. *e*), 360.º, n.º 1, al. *e*) e 364.º, n.º 1, al. *b*), integra a investigação, a instrução de processos e a punição de infrações cometidas no âmbito do mercado dos valores mobiliários nos procedimentos de supervisão da CMVM.” Esta afirmação não parece contudo compatibilizar-se com a solução defendida pelo Autor.

Ou seja, com os elementos recolhidos das entidades supervisionadas ao abrigo daquele dever de colaboração, a CMVM poderia emitir ordens e formular recomendações mas não instruir processos pelas infrações evidenciadas pelos elementos recolhidos.

Os Autores partem da consagração na Constituição do princípio *nemo tenetur*, admitindo embora que o princípio não tem validade absoluta e que pode, portanto, estar exposto ao conflito com outros direitos ou interesses consagrados na Constituição e sujeito à concordância prática para dirimir esses conflitos.³²

Seria, segundo os Autores, na aceitação da existência de um dever de colaboração no âmbito da supervisão e da valência irrestrita do direito à não incriminação no âmbito do processo de contraordenação que se encontraria o equilíbrio constitucional entre o direito à não auto-incriminação e “os fins prosseguidos pela supervisão no mercado dos valores mobiliários e no domínio das normas concorrenciais, designadamente os constantes da al. f) do art. 81.º da CRP”. De acordo com o entendimento dos Autores “só esta solução consegue aliviar a tensão entre o interesse público tutelado pelos deveres de cooperação e o direito individual, garantindo a ambos um certo espaço de realização.”³³

Crítica da solução

A solução preconizada no trabalho de AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS não traduz, na verdade, qualquer conciliação entre o princípio *nemo tenetur* e as necessidades de tutela do sistema financeiro.

Com efeito, do que trata é do apanágio da vigência irrestrita e sem quaisquer limitações no âmbito do processo de contraordenação do princípio *nemo tenetur*.

Sendo seu entendimento que o dever de colaboração apenas pode valer no âmbito dos poderes de supervisão e que os elementos assim recolhidos não podem ser utilizados em processo de contraordenação, nem neste processo podem ser recolhidos elementos ao abrigo daquele dever de colaboração, não se compreende qual é a restrição que se está a levar a efeito do princípio *nemo*

32 Silva Dias, 2010: 246.

33 Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 77.

tenetur, uma vez que este vigora para os processos de contraordenação e, nesta sede, os Autores admitem a sua vigência irrestrita.³⁴

Na verdade, a tese sufragada pelos Autores não faz qualquer ponderação entres os dois valores constitucionais: limita-se a afirmar a prevalência sem quaisquer restrições do princípio *nemo tenetur* sobre os valores constitucionais de tutela do sistema financeiro.

É que a solução apontada pelos Autores no sentido que a CMVM poderia, ainda assim, exercer as suas funções de supervisão, emitindo ordens, parece desconhecer o alcance e âmbito deste tipo de atos.

Na verdade, as ordens que a CMVM pode emitir, ao abrigo do disposto no artigo 360.º, n.º 1, al. f) do CódVM, valem apenas para imposição de um comportamento futuro. Não afetam as violações das regras que tenham ocorrido anteriormente.

O que significaria que, ao sustentar que a função de supervisão se pode cumprir através da emissão de ordens,³⁵ os Autores admitem deixar completamente sem tutela todas as situações anteriores de não cumprimento das normas a que as entidades supervisionadas estão vinculadas, assim inutilizando a função de supervisão.

Com efeito, qual o objetivo de detetar que as normas não estão a ser cumpridas, se não se admite que, com os elementos recolhidos, se possa apurar a responsabilidade contraordenacional que a lei faz decorrer desse incumprimento?

Este entendimento de que o exercício das funções de supervisão se bastaria com a emissão de ordens é também contraditório, quando se ponderam as respetivas consequências.

As ordens da CMVM são vinculativas. Essa vinculatividade advém-lhes do facto de o seu incumprimento constituir a infração contraordenacional prevista no artigo 399.º do CódVM.

Admitindo que a função de supervisão possa ser desenvolvida através da emissão de ordens, os Autores terão de admitir que, em caso de incumprimento das referidas ordens, se instaure o correspondente processo con-

34 Com efeito, Silva Dias (2010: 250) afirma que não considera que o dever de colaboração constitua uma restrição ao *nemo tenetur*, uma vez que este não tem aplicação fora do quadro de um processo sancionatório.

35 Já sem referir a questão das recomendações que os Autores também apontam como caminho à supervisão: estas, pela sua natureza facultativa, são obviamente inaptas à imposição de um comportamento.

traordenacional, reação sem a qual as ordens se transformariam em meras sugestões.

Veja-se, então, em que condições se podem emitir ordens. As ordens são atos administrativos que, nos termos dos artigos 123.º a 125.º do Código de Procedimento Administrativo, devem ser fundamentados.

Na lógica apontada pelos Autores de a emissão de uma ordem constituir a normal reação da supervisão a uma situação de não conformidade com as regras aplicáveis, a fundamentação da ordem necessariamente terá de descrever, nos termos do disposto no artigo 123.º do CPA, os factos que conduziram à necessidade de ordenar que o agente passe a adotar comportamento diferente.

O que sucede se a ordem não for cumprida? Estipula o Código dos Valores Mobiliários, no seu artigo 399.º, que constitui contraordenação grave o incumprimento de ordens ou mandados legítimos da CMVM transmitidos por escrito aos seus destinatários.

O que significa que a ordem emitida legitimamente constitui pressuposto dessa contraordenação e que, portanto, deverão ser carreados para o processo os elementos que a fundamentaram, de forma a demonstrar o pressuposto de que depende a responsabilidade contraordenacional por incumprimento da ordem.

Ora, tais elementos serão justamente os elementos recolhidos no âmbito da supervisão, ao abrigo do dever de colaboração e que fundamentaram a emissão do ato administrativo (a ordem). Elementos esses que os Autores não admitem que possam ser usados contra os próprios visados em processo de contraordenação. Do que resultaria, assim, a impossibilidade de demonstrar os fundamentos da ordem e, em consequência, de responsabilizar contraordenacionalmente os infratores pelo seu incumprimento.

Ou seja, o entendimento dos Autores conduz a que a reação que sugerem como sendo apta a conferir eficácia à supervisão fique absolutamente vazia de eficácia (e de vinculatividade), considerando o ponto de que partem: o de que os elementos obtidos das entidades supervisionadas no âmbito da supervisão e ao abrigo do dever de colaboração nunca poderão ser usados como prova em processo de contraordenação em que sejam visadas essas entidades. É que a reação contra o incumprimento de uma ordem, é ela própria também, uma reação contraordenacional.

Do exposto resulta que a solução proposta pelos Autores inutiliza a função de supervisão, uma vez que a eficácia da supervisão depende essencialmente

da possibilidade de reagir com a aplicação de sanções ao incumprimento das regras que regem a atividade, não garantindo qualquer conteúdo ao valor constitucionalmente consagrado de tutela do sistema financeiro.

Acresce que o problema colocado, na verdade, é bem mais abrangente do que a questão do dever de colaboração previsto no n.º 3 do artigo 360.º do CódVM.

Aquilo que é identificado pelos Autores como constituindo o problema que colidiria com a aplicação do direito à não auto-incriminação é o facto de as entidades visadas em processo de contraordenação estarem obrigadas a entregar elementos que, posteriormente, seriam usados como prova no processo de contraordenação para lhes imputar uma infração.

Sucedem, porém, que as entidades supervisionadas não estão apenas sujeitas ao dever de entrega de elementos na sequência da previsão de um dever geral de colaboração.

Na verdade, em todo o Código dos Valores Mobiliários e demais legislação complementar (Regime Jurídico dos Organismos de Investimento Coletivo, etc.), se prevêem deveres de informação e de entrega de elementos ao regulador, cujo incumprimento faz incorrer em contraordenação as entidades supervisionadas.

Estas são obrigações de prestação de informação regulares, cujo objetivo é exclusivamente o de permitir ao regulador a verificação do cumprimento ou incumprimento de outras regras do código.

É o caso, por exemplo, da obrigação de os intermediários financeiros comunicarem à CMVM as operações que realizem sobre instrumentos financeiros admitidos à negociação em mercado (artigo 315.º do CódVM). O objetivo deste dever de comunicação é o de permitir à CMVM analisar as referidas operações por forma a verificar a sua conformidade com as regras aplicáveis, designadamente com o disposto no artigo 311.º do CódVM que impõe aos intermediários financeiros o dever de se absterem de participar em operações que ponham em risco a regularidade do funcionamento do mercado. Se a CMVM detetar nessa informação transações que constituem infração ao dever de defesa de mercado, não poderá usá-la como prova no processo de contraordenação que tem o dever de instaurar? Que razão haveria, então, para receber tal informação e onerar o intermediário financeiro com os custos relativos ao cumprimento regular desse dever?

Muitos outros exemplos de deveres de informação podem ser colhidos na legislação que regula o mercado de valores mobiliários.³⁶ Estes deveres representam um custo, tanto para as entidades a eles obrigadas, como para o regulador que deverá analisar os elementos enviados. O objetivo dessa análise não é outro senão o de verificar, através desses elementos, se as normas reguladoras do mercado estão a ser cumpridas, função que é dever da CMVM prosseguir.

Entender que tais elementos não podem ser usados como prova nos processos de contraordenação em que sejam visadas as entidades que os enviaram inutiliza e torna completamente injustificada parte dos deveres de informação previstos na legislação dos valores mobiliários, invalidando em absoluto o exercício da supervisão.

A solução apontada pelos defensores deste entendimento de que a CMVM poderá sempre proceder a buscas e apreensões³⁷ é, por um lado, incomportável para os próprios destinatários: com efeito, se sempre que a CMVM necessita para o desempenho da sua função de vigilância do mercado de obter documentos das entidades supervisionadas, realizar buscas e apreensões no local, a atividade de parte substancial dessas entidades (muitas quais Bancos) seria completamente paralisada, para além dos riscos reputacionais que resultam da sujeição a uma diligência de busca.

Por outro lado, tal solução conduz a resultados juridicamente duvidosos perante os próprios pressupostos em que assenta. Para os defensores dessa solução, a atuação da CMVM deveria processar-se do seguinte modo:

Na fase de supervisão, as entidades supervisionadas estariam sujeitas a um dever de colaboração (e aos demais deveres de informação regular previstos na legislação mobiliária) e, na sequência do cumprimento desses deveres, entregariam ao regulador todos os documentos solicitados. O regulador analisaria esses documentos e, caso detetasse indícios de contraordenação, abriria o correspondente processo, no âmbito do qual procederia a buscas junto da entidade supervisionada para obtenção de documentos, cuja relevância lhe tinha vindo ao conhecimento por via da receção desses mesmos elementos

36 No âmbito da regulamentação dos fundos de investimento, por exemplo, várias regras constantes do Regime Jurídico dos Organismos de Investimento Coletivo (republ. pelo DL 71/2010, de 18 de junho) e dos Regulamentos da CMVM impõem às sociedades gestoras dos fundos a comunicação regular das operações realizadas para permitir que a CMVM verifique se foram realizadas, por conta dos fundos, operações proibidas.

37 Costa Ramos, 2010: 76.

anteriormente entregues pelas entidades supervisionadas, agora arguidas em processo de contraordenação.

Sustentar que não podem ser usados como prova em processo de contraordenação documentos entregues pelas entidades supervisionadas ao abrigo dos deveres de informação que a lei lhe impõe, mas que podem ser utilizados exatamente os mesmos elementos se forem posteriormente recolhidos no âmbito de uma busca às instalações da entidade constitui uma densificação formalista do direito à não autoincriminação.

E onerosa, sobretudo para as entidades supervisionadas sujeitas a uma diligência paralisante para obtenção de documentos que elas próprias já providenciaram anteriormente e que têm, até, obrigação de conservar e, em alguns casos como vimos, de enviar à CMVM, ao abrigo de um dever regular de informação.

Com efeito, mal se compreenderia a obrigação de conservação de documentos que permitam o registo e a futura reconstituição das operações se tais documentos não puderem ser facultados precisamente para comprovar a existência de tais operações e avaliar a sua regularidade.³⁸

Nem as próprias entidades supervisionadas compreenderiam tal comportamento da parte do regulador. Tomando o exemplo do envio de informação sobre operações realizadas: se detetada uma infração ao artigo 311.º, a CMVM realizasse posteriormente uma busca ao intermediário financeiro (eventualmente, até, acompanhada pela polícia), para obter os documentos comprovativos das operações que o intermediário financeiro já enviara em cumprimento do dever regular de informação, certamente a própria entidade estranharia tal comportamento e questionar-se-ia muito legitimamente sobre a razão de ser do encargo que lhe é imposto com o cumprimento dos deveres de informação periódicos e de conservação de documentos.

E do ponto de vista da validade desta prova, é muito duvidoso que possa entender-se, por um lado, que um certo conjunto de elementos constitui prova inválida em processo de contraordenação e, por outro lado, admitir-se que a recolha posterior, no âmbito de uma diligência de busca, dos mesmos elementos, cujo conhecimento e relevância se obteve por via da sua obtenção prévia ao abrigo de um dever de informação, já possa constituir prova válida.

38 Essa é a argumentação essencial que levou os tribunais espanhóis a decidir que o direito a não declarar contra si mesmo compreende unicamente a obrigação de prestar depoimento e não abrange os documentos que a CNVM (congénere da CMVM) exija das empresas e que estas estejam obrigadas a entregar: referência colhida em Belano Garín, 2004: 182.

Ou seja, ao estenderem aos elementos recolhidos na fase da supervisão a aplicação do regime das proibições de prova, afirmando que tais provas são inadmissíveis em processo de contraordenação e, por conseguinte nulas, os Autores deveriam em coerência concluir também pela inadmissibilidade das provas que tenham sido recolhidos na sequência do conhecimento daquelas, assim impossibilitando que aqueles elementos (quer tenham sido entregues ao abrigo de deveres de informação, quer tenham sido obtidos através da realização de uma busca) possam vir a ser utilizados em processo de contraordenação.

Esta solução preconizada pelos Autores redundaria, assim, como bem afirma FREDERICO DA COSTA PINTO³⁹, na criação de “uma zona franca de responsabilidade: qualquer elemento entregue à supervisão que viesse mais tarde a ser relacionado com uma infração não poderia ser usado como prova. Como não há processo sancionatório sem prova, as competências contraordenacionais das autoridades ficariam inutilizadas através de uma espécie de imunização antecipada conseguida na fase da supervisão.”

De onde se retira que a tese defendida por estes Autores não pode ser acolhida, na medida em que inutiliza, pelos pressupostos em que assenta e consequências a que conduz, a possibilidade de exercer a tarefa de supervisão de que a lei incumbe a CMVM e cujo exercício é condição essencial para a tutela do sistema financeiro prevista na Constituição.

Cumpre, assim, encontrar uma solução que efetivamente realize uma ponderação entre os valores em conflito, não se limitando a fazer prevalecer em absoluto um deles, aniquilando na totalidade o outro.

b) Tese da restrição legítima do princípio nemo tenetur

Sobre este tema pronunciaram-se também JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL DA COSTA ANDRADE. Os Autores partem igualmente da consagração constitucional do princípio *nemo tenetur*, entendendo que o direito à não auto-incriminação e o direito ao silêncio encontram “o seu fundamento imediato nas garantias processuais que a Constituição impõe, no artigo 32.º, cumprindo-se de igual modo a exigência constitucional de um processo (penal) equitativo, prevista no n.º 4 do artigo 20.º da CRP.”⁴⁰

Entendem os Autores que as garantias de defesa são extensíveis a qualquer processo onde possam ser aplicadas sanções de carácter punitivo, incluindo

³⁹ Costa Pinto, 2009: 106 e 107.

⁴⁰ Figueiredo Dias & Costa Andrade, 2009: 42.

não penal, pelo que o direito ao silêncio e o direito a não se auto-incriminar decorrente dessas garantias são também aplicáveis em processo de contraordenação e que devem ser aplicados analogicamente nos casos de cumprimento de prestação de uma informação, quando tal informação possa expor a pessoa ao perigo de uma perseguição penal.⁴¹

Contudo, reconhecem que essa vigência alargada não impede que tais direitos possam ser legalmente restringidos, exemplificando com diversas limitações no ordenamento jurídico português.

As referidas restrições existiriam justamente no quadro do desempenho pelo Estado ou por entidades públicas de funções de vigilância de certas atividades económicas, atento o carácter essencial dessas atividades e simultaneamente pelo facto de poderem constituir fonte de riscos para bens fundamentais de natureza social ou coletiva.

Só por esta via, segundo os Autores, “se garante o cumprimento do princípio da proporcionalidade, previsto no artigo 18.º, n.º 2, da CRP [...]; só assim se preserva, por outras palavras, o núcleo essencial das garantias processuais, assim como o núcleo essencial das funções estaduais de controlo e vigilância necessárias ao cumprimento das tarefas fundamentais que a Constituição reconhece ao Estado no artigo 9.º, al. a) e d), no artigo 81.º, al. f), e a tutela do sistema financeiro a que refere o artigo 101.º daquele diploma.”⁴²

Os Autores salientam, todavia, que deste entendimento fica ressalvado o direito de o arguido não responder a interrogatório realizado no âmbito de um processo de processo sancionatório (criminal ou contraordenacional).

Analisando, em concreto o regime previsto para o mercado de valores mobiliários, entendem, por um lado, que nos termos dos artigos 358.º, al. e), 360.º, n.º 1, alínea e) e 408.º, n.º 1 do CódVM, “torna-se absolutamente inequívoco que *o processamento das contraordenações é parte integrante da supervisão cumprida pela CMVM*. É este quadro legal traçado pelo CdVM, em perfeita consonância com a natureza e sentido do ilícito de mera ordenação social, por um lado, e com as especificidades e dificuldades próprias do mercado de valores mobiliários, por outro. Não se compreenderia que, em razão da matéria, a entidade a quem compete supervisionar (e já se referiram as razões que sustentam a necessidade dessa supervisão) não pudesse, no âmbito dessa supervisão, processar e sancionar os ilícitos administrativos de que tomasse

41 *Idem*, p. 44.

42 *Idem*, pp. 47-48.

conhecimento. [...] A supervisão, traduzida na necessidade de controlar e fiscalizar com carácter preventivo e repressivo as irregularidades cometidas pelas entidades supervisionadas, tem de abranger, para que possa ser efetivada, a possibilidade destes ilícitos administrativos serem sancionados pela entidade reguladora, como forma de garantir a eficácia dessa supervisão.”⁴³

Ou seja, de acordo com os Autores, os poderes de instruir processos e aplicar sanções estão incluídos, como resulta do artigo 360.º do CódVM, no âmbito da supervisão.

Daqui retiram a possibilidade e necessidade, para o desempenho eficaz das funções de supervisão, da utilização dos elementos recolhidos junto das entidades supervisionadas que estes entregaram ao abrigo de um dever de prestação de informação. Concluindo que o regime do Código dos Valores Mobiliários corresponde justamente a uma restrição legalmente prevista e constitucionalmente admitida do direito ao silêncio e do direito à não auto-incriminação. Tal restrição seria possível, uma vez que cumpre os dois requisitos que os Autores identificam como necessários à sua conformidade com a Constituição: “estarem previstas em lei expressa e serem impostas em nome da proteção e salvaguarda de interesses constitucionalmente protegidos e em obediência ao princípio da proporcionalidade previsto no artigo 18.º, n.º 2, da CRP”.^{44/45}

A orientação defendida pelos Autores veio a ser acolhida pelo Tribunal Constitucional, tratando de questão análoga mas no âmbito do regime da Concorrência, no acórdão nº 461/2011.⁴⁶

Em suma defende o Tribunal Constitucional que no âmbito contraordenacional o regime garantístico é menor do que no processo penal e que se justifica que o conteúdo potencial máximo do direito à não auto-incriminação sofra compressão face à consagração legal de deveres de colaboração que funcionam como uma contrapartida pelo exercício de atividades económicas sujeitas a regulação.

43 *Idem*, pp. 24 e 25.

44 *Idem*, conclusão 18, p. 55.

45 Este entendimento que o dever de colaboração constitui uma restrição legítima do direito à não autoincriminação é igualmente sustentado, na área da concorrência, por Sousa Mendes, 2010 e Reis Silva, 2007: 59-74.

46 Processo 366/11, 2.ª Secção, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

Tal compressão é admissível, de acordo com o Tribunal Constitucional, na medida em que se encontram respeitados os requisitos constitucionalmente impostos para as restrições de direitos fundamentais: existe previsão prévia em diploma geral e abstrato; a restrição é funcionalmente dirigida à salvaguarda de um princípio constitucional e o princípio da proporcionalidade encontra-se respeitado, uma vez que a restrição é adequada, necessária e equilibrada.

c) Tese da exclusão da entrega de documentos do âmbito do direito ao silêncio

Nas decisões *supra* descritas, estava apenas em causa, como já referido, a entrega de documentos pelas entidades supervisionadas. Em nenhum dos casos submetidos a julgamento se analisou a circunstância de terem sido obtidas declarações dos arguidos ao abrigo de um dever de colaboração ou de informação.

Essa distinção é relevante para a posição sustentada por FREDERICO DA COSTA PINTO. Segundo o Autor, “o direito ao silêncio abrange apenas e só 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.”⁴⁷

O Autor enquadra, assim, a impossibilidade de recusar a entrega de elementos no âmbito do dever de se sujeitar a diligências de prova previsto no artigo 61.º, n.º 3, alínea *d*) do CPP e corroborado pela ressalva prevista no artigo 60.º, segundo o qual o acervo de direitos e deveres do arguido não prejudica a efetivação de diligências probatórias.⁴⁸

Segundo FREDERICO DA COSTA PINTO, “a possibilidade de recurso ao silêncio para não prestar declarações e, como tal, para não ser confrontado com uma inquirição que leve o arguido a declarar a sua culpabilidade só pode, entre nós, reconduzir-se a uma dimensão tática do direito de defesa, previsto no artigo 31.º, n.º 1 da Constituição.”⁴⁹

O Autor parte, assim, também da ideia de que o direito ao silêncio tem fundamento constitucional na previsão dos direitos de defesa mas não enquadra o dever de colaboração das entidades supervisionadas expressa na obri-

47 Costa Pinto, 2009: 95.

48 Costa Pinto, 2009: 96 -97.

49 Costa Pinto, 2009: 99.

gatoriedade de entrega de documentos como uma restrição desse direito, na medida em que entende que o mesmo não abrange a entrega de documentos.

Por outro lado, justifica também a existência desse dever de colaboração, bem como dos demais deveres de informação a cargo das entidades supervisionadas, na consagração, pela CRP, no artigo 81.º, alínea *f*), como incumbência do Estado a garantia de funcionamento eficiente dos mercados e, no artigo 101.º, a proteção das condições de funcionamento do sistema financeiro.

Os mercados de valores mobiliários são “um segmento importante do sistema financeiro e permitem a legítima realização de interesses públicos e privados. O mercado – enquanto, nomeadamente, espaço de encontro entre as poupanças dos investidores e as necessidades de financiamento das empresas – constitui um bem económico em si mesmo e está numa interação permanente com o sistema financeiro e com a economia em geral.”⁵⁰

Entende, tratar-se, assim de um bem público com tutela constitucional e que o Estado tem como tarefa efetivar. Tarefa que é desempenhada pelo Estado, através do regime legal de supervisão, a cargo de entidades públicas independentes.

Acrescenta, ainda, que “uma entidade sujeita à supervisão da CMVM por atuar profissionalmente no mercado de valores mobiliários não está perante um processo sancionatório na mesma posição que um cidadão constituído arguido num processo criminal. Este não tem em regra um dever de colaboração com a entidade que conduz o processo, enquanto o profissional do mercado tem um dever de colaboração com a autoridade de supervisão que, como se referiu, é contrapartida do privilégio de acesso ao mercado.”

Podemos, em suma, resumir a posição do Autor do seguinte modo:

O direito ao silêncio decorre da consagração constitucional do direito de defesa. O direito ao silêncio, na configuração da lei portuguesa, consiste apenas no direito a não prestar depoimento contra si próprio, não abrangendo a entrega de elementos de carácter material.

A obrigação de entrega de elementos enquadra-se no dever de sujeição a diligências de prova previsto nos artigos 61.º, n.º 3, alínea *d*) do CPP, ademais tratando-se de documentos que retratam a atividade de entidades que intervêm num sector regulado e que, na maioria dos casos, estas têm, até a obrigação de conservar (designadamente para esse efeito).

50 (2009: 71).

O dever das entidades supervisionadas de entregar estes elementos existe, quer na fase de supervisão, quer no momento em que esteja já em curso um processo de contraordenação.

Os deveres de informação a cargo das entidades supervisionadas são indispensáveis para a eficaz supervisão de uma atividade em que elas próprias intervêm, constituindo este dever uma contrapartida do acesso a essa atividade.

Os deveres de informação e colaboração das entidades supervisionadas têm origem neste estatuto e não no processo e, por isso, têm autonomia relativamente a qualquer outro estatuto processual posterior.

d) Posição adotada

Âmbito do direito ao silêncio na Jurisprudência Comunitária e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH)

A primeira tese enunciada que sustenta a inadmissibilidade da utilização em processo de contraordenação dos documentos recolhidos ao abrigo do dever de colaboração das entidades supervisionadas é, como se procurou demonstrar, totalmente inaceitável, na medida em que aniquila a possibilidade do exercício da supervisão do mercado de valores mobiliários, fazendo letra morta da tutela do sistema financeiro que a Constituição consagra.

Considerando as decisões sobre esta matéria no âmbito da jurisprudência comunitária, é questão pacificada a de que os documentos entregues por entidades supervisionadas, ao abrigo de um dever de colaboração, são prova válida em processos infracionais e a tal não obsta, nem o direito ao silêncio, nem o direito à não autoincriminação.

Na jurisprudência comunitária que trata esta matéria, assentou o acórdão *Orkem versus Comissão* (Ac. do TJC de 18.10.1989) numa investigação da Comissão Europeia sobre acordos e práticas concertadas, o seguinte entendimento:

- As empresas são obrigadas a fornecer à Comissão todas as informações e a entregar documentos, ainda que estes possam servir para comprovar a existência do comportamento ilícito;
- As empresas podem recusar fornecer respostas através das quais sejam levadas a admitir a existência de infração.

Assim, à luz da jurisprudência comunitária (que se pronunciou em matéria de práticas restritivas da concorrência), o direito à não auto-incriminação não

permite a recusa de entrega de documentos, nem sequer de fornecimento de informação factual em resposta a pedido da Comissão Europeia, desde que, neste último caso, estas respostas não impliquem a admissão direta de uma infração ao Direito da Concorrência.

Esta jurisprudência comunitária que teve expressão noutros acórdãos do TJCE⁵¹ veio a ser incluída no considerando 23 do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, onde se estabelece que as empresas são obrigadas, no âmbito de um inquérito da Comissão Europeia para detetar práticas restritivas da concorrência, a responder a perguntas de natureza factual e a exibir documentos, mesmo que essas informações possam ser utilizadas para determinar que elas próprias cometeram uma infração. Este dever de informação é concretizado no próprio articulado do Regulamento, no artigo 18.º, prevendo-se, no artigo 23.º, a aplicação de sanções às empresas que não cumpram esse dever.

Ao nível da jurisprudência do TEDH, estabeleceu o tribunal no acórdão *Saunders versus Reino Unido* – Ac. de 17.12.1996 – que a utilização em processo criminal de declarações obrigatórias (no caso, tomadas pelos Inspectores do Departamento do Comércio e Indústria) violava o princípio da não auto-incriminação, mas que, todavia, esse princípio não abrange a utilização em processo criminal de elementos que podem ser obtidos coercivamente mas que existem independentemente da sua vontade, como é o caso dos documentos obtidos a coberto de mandado.

É certo que a Jurisprudência do TEDH tem um entendimento mais abrangente do princípio da não auto-incriminação do que o exposto na jurisprudência comunitária mas os acórdãos do TEDH que são normalmente referenciados nesta matéria abrangem situações em que os elementos são obtidos de pessoas singulares e com o objetivo de virem a ser utilizados em processo-crime.

Nos acórdãos do TEDH não se trata, assim, na generalidade dos casos apreciados, de elementos fornecidos por entidades supervisionadas, pelo que a jurisprudência do TEDH (que, ainda assim, admite que não viola o princípio da não auto-incriminação a obtenção de documentos) não pode ser transposta sem mais para o caso das entidades reguladas.

51 Veja-se o relato circunstanciado sobre a jurisprudência comunitária nesta matéria realizado por Sousa Mendes, 2010 e por Martinho, 2010).

O próprio TEDH admite que, no caso de atividades reguladas, essa transposição não pode ser assim realizada. Com efeito, num caso em que se tratava de analisar sobre se violaria o princípio *nemo tenetur* o facto de o proprietário de um veículo estar obrigado a fornecer a identificação do condutor (no caso, a sua própria identificação), elemento que seria usado como prova no processo infracional decorrente de violação ao Código da Estrada, afirma o TEDH o seguinte:

“Those who choose to keep and drive motor cars can be taken to have accepted certain responsibilities and obligations as part of the regulatory regime relating to motor vehicles, and in the legal framework of the United Kingdom, these responsibilities include the obligation, in the event of suspected commission of road traffic offences, to inform the authorities of the identity of the driver on that occasion.”⁵²

O que significa que o TEDH, no caso de atividades reguladas, também aplica um entendimento mais restritivo do direito à não auto-incriminação. Saliente-se que a atividade regulada em causa era a circulação rodoviária, atividade que pode ser desenvolvida por qualquer cidadão habilitado com carta de condução, situação que é muito diferente daquela que enquadra as entidades que intervêm profissionalmente no sector financeiro.

No caso das entidades supervisionadas que tiram o benefício do exercício de uma atividade regulada, por maioria de razão, não poderia ser outro o entendimento.

Conclui-se, assim, deste breve excuro pela jurisprudência comunitária e do TEDH que a ideia da vigência irrestrita do princípio da não auto-incriminação, abrangendo a adoção de qualquer comportamento do qual possa resultar algum contributo para o fornecimento de provas contra si próprio, incluindo a entrega de documentos, não tem qualquer acolhimento.

Razão de ser da Supervisão

Os deveres a cargo das entidades supervisionadas são, como se viu, condição essencial para a efetiva supervisão do mercado e não podem ser esvaziados, sob pena de o mercado deixar de ser controlado e a garantia que as

52 O'Halloran e Francis vs Reino Unido (acórdão de 29 de Junho de 2007). Sobre a conformidade da jurisprudência comunitária com a do TEDH, veja-se também Martinho, 2010.

próprias entidades supervisionadas valorizam e apresentam aos seus clientes como um fator de segurança do investimento ficar completamente vazia de conteúdo.

E as consequências da diminuição da confiança dos investidores são, como a experiência bem tem demonstrado, completamente lesivas para o funcionamento (e, em última análise, para a própria existência) do mercado que tem essa confiança como sua condição essencial.

Ora, essencial também para que a supervisão não se traduza num mero acompanhamento consultivo mas numa fiscalização efetiva que garanta que as normas de segurança da atividade são respeitadas é o facto de o regulador ter competência e poder para instaurar os correspondentes processos de contraordenação, quando verifica o incumprimento das normas.

Não é outra a função da supervisão, que não seja a da verificação do cumprimento da lei pelas entidades que intervêm no mercado. Como bem afirma FREDERICO DA COSTA PINTO⁵³ “a supervisão é fundamentalmente um controlo regular da legalidade da atuação dos agentes, da sua organização (no caso dos intermediários financeiros) e das operações que são executadas no mercado, já que a mesma não se estende ao mérito intrínseco das operações e das decisões de investimento.”

Ou seja, a supervisão não existe para outro fim que não seja o de controlar o cumprimento das regras. E não há controlo eficaz, ou sequer possível, se uma vez detetadas infrações, não se responsabilizar os infratores.

Por isso, o Código dos Valores Mobiliários enquadra entre as funções de supervisão a instauração de processos de contraordenação, atividade que é dever da CMVM prosseguir.

Com efeito, atenta a vigência no RGIMOS do princípio da legalidade e a consagração do dever de promoção oficiosa, o regulador incorreria inclusivamente em violação daquelas regras se, uma vez, detetados indícios de infração, não promovesse o correspondente processo.

Para que essa promoção seja efetiva, não pode estar vedada a utilização como prova da documentação que o regulador legitimamente recebe e que é dever das entidades supervisionadas conservar e entregar (em alguns casos, até, como se descreveu, ao abrigo de deveres de comunicação regulares expressamente previstos no código) e que constitui, em muitos casos, o principal meio de prova da infração.

53 Costa Pinto, 2009: 79.

Como bem afirma PAULO DE SOUSA MENDES⁵⁴: “Se partirmos do princípio que as atividades económicas ligadas ao exercício da iniciativa privada (art. 61.º CRP) não são absolutamente livres, mas estão sujeitas a restrições e condicionamentos que resultam da necessidade de proteção do interesse público em geral e dos interesses de terceiros em particular, bem se compreende que o legislador possa exigir, da parte dos particulares que queiram desenvolver tais atividades, a máxima lealdade para com o Estado, especialmente quando estiverem defronte de Reguladores, o que implicará que tenham um dever de colaborar com essas autoridades, nos termos legalmente impostos.”

Consequências processuais dos deveres das entidades supervisionadas perante a autoridade de Supervisão

Seja por via do entendimento de que o dever de colaboração constitui uma restrição do princípio da não auto-incriminação, como sustentam JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL DA COSTA ANDRADE, justificada pela necessidade de assegurar a incumbência constitucional da tutela do sistema financeiro e legítima por expressamente prevista na legislação que enquadra as competências da CMVM; seja pelo entendimento de que a entrega de documentos não está abrangida pelo direito ao silêncio, tese que é apoiada pelas decisões comunitárias em matéria análoga⁵⁵, não pode negar-se valor como prova aos documentos entregues pelas entidades supervisionadas ao abrigo dos deveres que o exercício de uma atividade regulada lhes impõe.

Este entendimento vale também para a prestação de informação sobre elementos factuais relativos à atividade da entidade supervisionada (designadamente esclarecimentos sobre o momento de inserção de ofertas em mercado, datas de realização de acordos entre empresas, etc.), elementos que são essenciais para a avaliação das operações realizadas. É, assim, de acolher a jurisprudência assente, quer a nível comunitário, quer nacional, que acima se descreveu.

Estes deveres de informação mantêm-se mesmo depois de instaurado o processo de contraordenação.

54 Sousa Mendes, 2010: 138.

55 Que, aliás, para além da entrega de documentos, sustentam também, como se referiu, que as entidades estão também obrigadas a responder a perguntas de natureza factual.

É que, em qualquer das fases, o fundamento para a obtenção desses elementos é o mesmo: o de permitir o exercício de uma supervisão efetiva, cujo objeto é o de verificar o cumprimento das normas reguladoras da atividade.

E, quer num momento, quer no outro, as entidades não podem escusar-se, nem a providenciar os documentos que a lei os obriga a manter precisamente com o objetivo de poder ser verificado o exercício da atividade a que decidiram aceder, nem a relatar os aspetos factuais das operações supervisionadas.

A posição aqui sustentada decorre das características dos ilícitos contraordenacionais em geral e do sector financeiro identificadas neste texto.

Com efeito, do facto de a fase administrativa do processo de contraordenação ser da responsabilidade de uma única autoridade e do facto de no sector financeiro os ilícitos dizerem respeito a uma atividade supervisionada, resulta que o processamento das contraordenações está indissociavelmente ligado ao exercício da função de supervisão pela mesma entidade que é responsável pela fase administrativa dos processos de contraordenação.

Carece, assim, de sentido sustentar uma posição que assente, ao nível dos elementos recolhidos pelo regulador junto das entidades supervisionadas, numa cisão entre a fase da supervisão e a fase do processo de contraordenação, na medida em que os deveres a cargo das entidades supervisionadas são-lhe impostos precisamente para permitir a verificação pelo regulador do cumprimento das normas que regem a atividade. E indissociada dessa verificação está a possibilidade de dela retirar as devidas consequências.

A verificação do cumprimento das normas pelos agentes do mercado não tem como objetivo produzir relatórios estatísticos sobre o funcionamento do mercado mas visa, em primeira linha, exercer um efeito de correção dos comportamentos que delas se afastem, condição sem a qual a confiança dos investidores fica irremediavelmente posta em causa.

Para que os agentes venham efetivamente a corrigir os comportamentos contrários às normas, torna-se essencial que desses comportamentos sejam retiradas as devidas consequências ao nível da aplicação de sanções. Sem esse instrumento, não pode o regulador exercer qualquer efeito corretivo nem sequer preventivo sobre os agentes do mercado, uma vez que o cumprimento das regras tem custos para as entidades supervisionadas⁵⁶ e, não havendo con-

56 Com efeito, o cumprimento das regras implica para as entidades que intervêm profissionalmente no mercado custos relacionados com registos, mecanismos de informação, elaboração e aplicação de procedimentos de controlo, formação dos colaboradores, etc.

seqüências do respetivo incumprimento, não há qualquer motivação económica para que as entidades suportem os custos do cumprimento.

Sem a possibilidade de fazer cumprir as normas que regem o funcionamento do mercado, o exercício da supervisão torna-se numa tarefa vazia de conteúdo. Por isso, o Código dos Valores Mobiliários integra, no seu artigo 360.º, como se referiu, a instrução de processos e a punição de infrações entre os procedimentos de supervisão.

Não pode ser outra a conclusão de todo o exposto senão a de que os elementos recolhidos pela CMVM junto das entidades supervisionadas, ao abrigo de um dever geral de colaboração ou na seqüência de deveres de informação que a estas são impostos, devem ser admitidos como prova em processo de contraordenação em que sejam visadas as entidades que entregaram esses elementos.

E, sendo validamente recolhidas no âmbito da fase administrativa, tais provas terão de ser tomadas em consideração na fase judicial do processo de contraordenação, perante o que se dispõe no artigo 416.º do Código dos Valores Mobiliários e que o RGIMOS também pressupõe.⁵⁷

A ser necessário encontrar um equilíbrio entre os direitos de defesa constitucionalmente consagrados e a proteção do sistema financeiro, ele só poderá ser encontrado na salvaguarda do direito a não prestar depoimento contra si próprio, núcleo essencial do direito à não auto-incriminação e conteúdo do direito ao silêncio.

CONCLUSÃO

Finalmente, cabe concluir sobre a questão da aplicação subsidiária das normas processuais penais de que a questão tratada neste texto constitui ilustração.

Esta é precisamente uma situação em que as normas do Código de Processo Penal devem ser adaptadas às características específicas dos ilícitos de mera ordenação social.

Com efeito, em primeiro lugar, verifica-se que, do catálogo de direitos previsto no artigo 61.º do CPP, o RGIMOS apenas consagra, no artigo 53.º, o direito de se fazer acompanhar por defensor (previsto na alínea *f*) do n.º 1 do

57 Com efeito, a possibilidade prevista no artigo 64.º do RGIMOS de o tribunal decidir, condenando o arguido, sem a realização de audiência de julgamento pressupõe que a prova considerada pelo tribunal seja nesse caso exclusivamente a que foi produzida na fase administrativa, ou seja, a prova produzida na fase administrativa do processo serve de base e deve ser considerada na decisão judicial. Nesse sentido, também Leones Dantas, 2010: 85.

artigo 61.º do CPP), e, no artigo 55.º, o direito de impugnar as decisões da autoridade administrativa que tem correspondência na alínea *i*) do n.º 1 do referido artigo 61.º.

Há que determinar, então, se a omissão de referência pelo RGIMOS aos demais direitos previstos naquele artigo do CPP significa que os mesmos não são aplicáveis nos processos de contraordenação ou se, pelo contrário, estamos perante uma situação em que as normas do processo penal devem ser subsidiariamente aplicadas.

A questão que concretamente se coloca é a de saber se, no âmbito do processo contraordenacional terá aplicação o direito do arguido ao silêncio ou se a omissão do RGIMOS quanto a esta matéria significa o seu afastamento.

Das várias posições descritas neste trabalho resulta que o direito ao silêncio é uma decorrência da consagração constitucional do direito de defesa que o n.º 10 do artigo 32.º da CRP estende aos processos de contraordenação, pelo que o núcleo essencial daquele direito de não depor contra si próprio há-de ter de ser preservado no âmbito dos processos de contraordenação.

Todavia, a previsão do Código de Processo Penal não pode ser aplicada sem a devida adaptação às características acima apontadas dos ilícitos de mera ordenação no âmbito do sector financeiro: ilícitos que decorrem da violação de normas que regulam uma atividade sujeita a supervisão pública, atenta a sua relevância para a integridade do sistema financeiro que a Constituição tutela, dirigidas essencialmente a entidades que intervêm profissionalmente nessa área e para cujo funcionamento é essencial a confiança dos investidores assente na garantia da existência de uma supervisão pública efetiva.

Destas características resulta, como se descreveu, a imposição de deveres de informação e colaboração sobre as entidades que acedem a esse mercado, na sequência dos quais estas podem ser obrigadas a entregar elementos que venham a ser usados como prova em processos de contraordenação em que sejam visadas.

Na medida em que se entenda que o direito ao silêncio abrange qualquer comportamento que contribua para fornecer elementos que possam constituir prova contra si próprio, a aplicação deste direito ao ilícitos de mera ordenação social do sector financeiro terá de ser adaptada à existência daqueles deveres sobre as entidades supervisionadas e, em consequência, não vale nestes processos com essa extensão mas apenas com o sentido de que a entidade supervisionada não pode ser obrigada a prestar depoimento contra si própria.

Em tudo o mais, mantêm-se os deveres de informação e de colaboração dessas entidades, estando estas obrigadas a enviar todos os elementos, ainda que deles possa resultar a evidência da prática de uma infração contraordenacional no âmbito do mercado de valores mobiliários, uma vez que, se assim não fosse, o direito subsidiário estaria a adulterar o regime da supervisão.

BIBLIOGRAFIA

BELANO GARÍN, Beatriz

2004 *La protección Pública del inversor en el mercado de valores*, Madrid: Thomson/Civitas.

BELEZA, Teresa

1985 *Direito Penal*, vol. I, 2.^a ed., Lisboa: AAFDL.

BOLINA, Helena

2009 “O regime dos processos de contra-ordenação dos Reguladores independentes”, in Eduardo Paz Ferreira, Luís Silva Morais & Gonçalo Anastácio (coord.), *Regulação em Portugal: Novos tempos, novo modelo?*, Coimbra: Almedina, pp. 737-771.

CORREIA, Eduardo

1973 “Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, XLIX, pp. 257-281.

COSTA ANDRADE, Manuel da

1998 “Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)”, in *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 75-107.

COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da

1997 “O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 7, pp. 7-100.

2002 “Acesso de particulares a processos de contra-ordenação arquivados – Um estudo sobre o sentido e limites da aplicação subsidiária do Direito Processual Penal ao processo de contra-ordenação”, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II, Coimbra: Almedina, pp. 601-624.

2009 “Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito de defesa em processo de contra-ordenação (Parecer)”, in *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra: Almedina, pp. 57-125.

COSTA RAMOS, Vânia

2010 “*Nemo tenetur se ipsum accusare* e Concorrência – Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 1, pp. 175-198.

FARIA COSTA, José de

1998 “A importância da recorrência no pensamento jurídico. Um exemplo: a distinção entre o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social», in *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 109-143.

2009 *Noções Fundamentais de Direito Penal*, 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de

1998 “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social in *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 19-33.

2007 *Direito Penal, Parte Geral*, t. I, 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de & COSTA ANDRADE, Manuel

2009 “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas”, in *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra: Almedina, pp. 11-56.

LEONES DANTAS, António

2010 *Direito das Contra-ordenações – questões gerais*, Braga: AEDUM.

LOBO MOUTINHO, José

2006 *Direito das contra-ordenações – ensinar e investigar*, Lisboa: Universidade Católica Editora.

LUMBRALES, Nuno

2006 *Sobre o conceito material de Contra-ordenação*, Lisboa: Universidade Católica Editora.

MARTINHO, Helena Gaspar

2010 “O direito ao silêncio e à não auto-incriminação nos processos sancionatórios do Direito da Concorrência”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 1, pp. 145-174.

PALMA, Maria Fernanda

1994 *Direito Penal, Parte Geral*, Lisboa: AAFDL.

REIS SILVA, Maria de Fátima

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

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*, Coimbra: Coimbra Editora.

SOUSA MENDES, Paulo de

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.

ENTRE O DEVER DE COLABORAR E O DIREITO DE NÃO SE AUTOINCUPLPAR: O CASO DA SUPERVISÃO DO ICP-ANACOM

*Ana Proença Coelho**

ABSTRACT: Sectorial regulation undertakes a latent conflict between regulatory entities' duty to collaborate and their privilege against self-incrimination. In this paper the Author discusses how reconcile both said duty and privilege regarding the Portuguese communications' sector using the analysis of a fictitious case study as a starting point.

SUMÁRIO: Introdução. I. O *case study*. II. O caminho para a solução. 1. O fenómeno regulador e as autoridades reguladoras. 2. O ICP-ANACOM: a) Contextualização e estatutos; b) A Lei das Comunicações Eletrónicas. 3. O DMOS, o processo de contraordenação no âmbito do fenómeno regulador e o caso do ICP-ANACOM: a) Aspectos gerais; b) O Regime Quadro das Contraordenações no Sector das Comunicações. 4. O direito à não autoinculpção: a) Origem e significado; b) Vigência e alcance na supervisão do ICP-ANACOM. III. A solução. Conclusão.

INTRODUÇÃO

A complexificação da sociedade e da economia fez surgir o fenómeno regulador e a criação de autoridades dotadas de amplos poderes de regulação, supervisão e sancionatórios.

O sucesso e efetividade da missão reguladora destas autoridades – que aproveitará ao mercado e, nesse sentido, a cada um de nós – depende em larga medida da colaboração dos seus regulados, porquanto frequentemente são eles os únicos a dispor de informação essencial à regulação.

* Técnica Superior Jurista na Direção de Contencioso e Contraordenações do ICP-ANACOM. O presente trabalho apenas vincula a Autora e corresponde ao relatório entregue em setembro de 2012 na disciplina de Direito Processual Penal no âmbito do Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Criminais, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

A importância nevrálgica do conhecimento dessas informações por parte das autoridades reguladoras é reconhecida por todas as entidades envolvidas e encontra-se prevista nos diversos regimes jurídicos sectoriais, impondo-se aos regulados um verdadeiro dever de colaboração, sob pena de incorrerem na prática de ilícitos de mera ordenação social.

Contudo, se a questão é pacífica sempre que os dados revelados se mostram abonatórios para o regulado ou lhe são simplesmente inócuos, o mesmo não pode ser afirmado quando a prestação de determinada informação ao abrigo do dever de colaboração permite verificar a existência de indícios de infração e conduz à instauração de um processo de contraordenação em que o regulado cooperante é arguido, sendo o processo instruído com a informação prestada.

Nestas circunstâncias – cada vez mais comuns no dia a dia da regulação – tem sido defendido pelos regulados que a utilização em sede sancionatória da informação por si prestada ao abrigo do dever de colaboração viola o seu direito à não autoinculpação.

A questão da tensão entre o dever de colaboração e o direito à não autoinculpação no âmbito do fenómeno regulador tem sido objeto de estudo doutrinário e de decisões judiciais, quer nacionais, quer internacionais, e tem gerado opiniões e decisões divergentes.

Apesar de – crê-se – existir um quadro comum a toda a regulação e ao dever de colaboração aí vigente, não deixam de existir especificidades quanto a cada uma das autoridades reguladoras, na medida em que cada uma prossegue fins próprios, sendo dotada de competências e poderes específicos, adaptados em função do sector regulado.

Assim, por ainda não ter sido objeto de decisão judicial (apesar de ser amiúde defendido pelos regulados), propõe-se analisar o caso do ICP – Autoridade Nacional de Comunicações (ICP-ANACOM). Concretamente, pretende-se verificar se o dever de colaboração dos regulados no âmbito do sector das comunicações tem como limite o seu direito à não autoinculpação e, em caso afirmativo, em que medida e porquê; ou se, pelo contrário, este direito não tem aplicação nos processos contraordenacionais da competência do ICP-ANACOM, circunstância em que, do mesmo modo, será necessário encontrar uma justificação.

O itinerário que se propõe percorrer parte da apresentação de um *case study* fictício, posto o que se passará ao enquadramento das diversas matérias envolvidas nesta temática e cuja compreensão se crê ser essencial para alcançar a solução correta. Assim, começar-se-á por compreender o fenómeno

regulador – quer numa perspetiva geral, quer no que respeita especificamente ao ICP-ANACOM –, passando-se depois à análise das especificidades do processo contraordenacional – ponto em que se exporão as regras processuais próprias vigentes no sector das comunicações – para, então, se questionar acerca da vigência do direito à não autoinculpação nos processos de contraordenação da competência do ICP-ANACOM e da sua relação com o dever de colaboração dos regulados.

As conclusões alcançadas ao longo do percurso permitirão solucionar o *case study* e – espera-se – contribuir para a discussão sobre a tensão existente entre o dever de colaboração e o direito à não autoinculpação no âmbito da supervisão do sector das comunicações em Portugal.

1. O *CASE STUDY*

Tendo em vista a atribuição de um direito de utilização de uma frequência radioelétrica até então não consignada, o ICP-ANACOM lançou um concurso público, tendo divulgado o respetivo caderno de encargos.

O caderno de encargos exigia, entre outras condições, a prestação aos cidadãos de informações concretas e com determinado grau de detalhe acerca do novo serviço a prestar através da frequência a consignar.

Tendo sido apresentadas várias propostas, foi encontrada a entidade vencedora a quem foi atribuído o direito de utilização de frequências. Em conformidade com o previsto no caderno de encargos e com a proposta ganhadora, o direito de utilização de frequências previa, sob a forma de condição e nos termos do disposto no artigo 32.º, n.º 1, alínea g) da Lei das Comunicações Eletrónicas (LCE), deveres de informação específicos a cargo da entidade ganhadora.

Na sequência da atribuição do referido direito de utilização de frequências, no âmbito dos seus poderes de supervisão e por sua autoiniciativa, o ICP-ANACOM solicitou à entidade vencedora que, ao abrigo do previsto no artigo 108.º, n.º 1 e 109.º, n.º 1, alínea c), ambos da LCE, no prazo de 15 dias, prestasse informações concretas, juntando documentos, sobre a informação que se encontrava a fornecer aos cidadãos e o grau de detalhe da mesma.

Em cumprimento do solicitado e dentro do prazo concedido, a entidade vencedora remeteu ao ICP-ANACOM um relatório em que descrevia o tipo de informações que estava a prestar aos cidadãos.

Da análise do relatório apresentado pela entidade vencedora foi possível ao ICP-ANACOM verificar a existência de indícios de incumprimento da

condição de prestação de informação aos cidadãos prevista no direito de utilização de frequências, motivo pelo qual, ao abrigo do previsto no artigo 115.º, n.º 2 da LCE, instaurou o respetivo processo de contraordenação por alegada prática da contraordenação muito grave prevista no artigo 113.º, n.º 3, alínea g) da referida Lei.

Não obstante, já depois de instaurado o processo de contraordenação, o ICP-ANACOM voltou a dirigir um pedido de informações à entidade vencedora para que esta, no prazo de 15 dias, apresentasse outros documentos que permitissem detalhar a informação que se encontrava a ser dada aos cidadãos no âmbito da prestação do novo serviço.

Uma vez mais, em cumprimento do solicitado e tempestivamente, a entidade vencedora juntou os documentos requeridos.

Os dados constantes dos novos documentos entregues ao ICP-ANACOM reforçaram os indícios de incumprimento que tinham despoletado a instauração do processo de contraordenação e o ICP-ANACOM elaborou a acusação na qual considerou os documentos juntos pela entidade vencedora, então arguida, e que foram juntos aos autos.

Perante este quadro factual, estará o ICP-ANACOM impedido, no âmbito do processo de contraordenação, de valorar os documentos entregues pela entidade vencedora (e arguida) ao abrigo do dever de colaboração, quer na fase anterior à instauração do processo, quer já no seu decurso, tomando uma decisão que os considere?

II. O CAMINHO PARA A SOLUÇÃO

1. O fenómeno regulador e as autoridades reguladoras

A partir de meados do século passado, a crise do Estado providência e a integração europeia puseram em evidência a necessidade de repensar a forma de intervenção do Estado na economia de modo a que este não se imiscuísse demasiado, mas fosse capaz de assegurar a concorrência em cada um dos sectores considerados nevrálgicos.

Apesar de ser um processo complexo, a reestruturação do modelo de intervenção do Estado na economia aconteceu, sucintamente, nas palavras de Paz Ferreira¹, por via de dois movimentos: o de privatização de empresas públicas e o de liberalização, consubstanciado no desaparecimento dos monopólios

1 Paz Ferreira, 2009: 19-20.

públicos existentes nos sectores essenciais da economia que até aí se encontravam subtraídos à concorrência².

A relação do Estado com a economia passa, então, a ocorrer a um outro nível: o Estado deixa de ser um interveniente direto na economia para passar a ser um mero agente indireto – *rectius*, um regulador da iniciativa privada³.

A regulação revela-se, assim, um fenómeno de cariz económico mas, simultaneamente, uma realidade jurídica porquanto caracterizada pelo “[...] *desenvolvimento de processos jurídicos de intervenção indireta na atividade económica produtiva – indireta, porque se exclui a participação pública direta na atividade empresarial – incorporando algum tipo de condicionamento ou coordenação daquela atividade e das condições do seu exercício, visando garantir o funcionamento equilibrado da mesma atividade em função de determinados objetivos públicos*”⁴.

É neste contexto, e com o propósito de assegurar a efetividade e eficiência da nova função reguladora do Estado, que foram criados novos organismos públicos independentes perante o Governo, a administração pública direta e os agentes regulados: as denominadas autoridades reguladoras autónomas ou autoridades independentes⁵, de que são exemplos em Portugal, entre outras, a Autoridade da Concorrência (AdC)⁶, a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM)⁷ e o ICP-ANACOM⁸.

2 O sector paradigmático neste ponto, por ter sido o primeiro, é o das telecomunicações, cujo processo de privatização se iniciou na década de 80 do século passado, conforme se exporá mais detalhadamente no ponto 2.2.1., abaixo.

3 Ou, tal como afirma Helena Bolina, a “[...] *abstenção de intervenção [do Estado na economia] teria como contrapeso o facto de o Estado intervir ativamente na definição do funcionamento desses sectores [que se revestem de importância fundamental para o funcionamento da economia], enunciando as regras e vigiando o seu cumprimento*” (Bolina, 2009: 740).

4 Paz Ferreira, 2009: 22.

5 Paz Ferreira, 2009: 28 e Moreira, 1997: 47 ss.

6 A AdC foi criada pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro – que aprovou os respetivos estatutos. Esta Autoridade foi precedida pela Direção-Geral da Concorrência e Preços e pelo Conselho da Concorrência, criados através do Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de dezembro (posteriormente sujeito a alterações, designadamente mediante o Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de outubro).

7 A CMVM foi criada pelo Decreto-Lei n.º 142-A/91, de 10 de abril, tendo os seus estatutos sido aprovados em diploma legal autónomo pelo Decreto-Lei n.º 473/99, de 8 de novembro e posteriormente alterados, designadamente pelo Decreto-Lei n.º 169/2008, de 26 de agosto, que procedeu igualmente à sua republicação.

8 O ICP foi criado pelo Decreto-Lei n.º 188/81, de 2 de julho, tendo a sua designação sido alterada para ICP-ANACOM pelo Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de dezembro, que aprovou os estatutos atualmente em vigor, tudo conforme se exporá mais detalhadamente no ponto 2.2.1., abaixo.

A fim de poderem desenvolver a sua atividade e realizar o seu fim último – exercer a regulação sectorial –, estas entidades foram genericamente dotadas de três tipos de poderes públicos: de ordem normativa, de cariz executivo e de natureza sancionatória (parajudicial).

Sucintamente pode afirmar-se que os poderes de ordem normativa consistem na competência das entidades reguladoras para elaborarem regulamentos com carácter geral e abstrato aplicáveis ao respetivo sector de atividade ou às matérias reguladas. Já os poderes executivos exprimem-se nas ações de supervisão desenvolvidas pelas autoridades reguladoras autónomas, no âmbito das quais estas entidades investigam e inspecionam o comportamento e a atividade dos seus regulados, podendo mesmo emitir ordens destinadas a impor-lhes determinados comportamentos. Por fim, os poderes parajudiciais relacionam-se com as competências sancionatórias no âmbito das contraordenações previstas em cada um dos setores e matérias regulados, concedendo-se às autoridades reguladoras a missão de verificarem, em concreto, se os agentes económicos cumprem as normas legais e regulamentares em vigor e, conseqüentemente, de aplicarem coimas e/ou sanções acessórias aos seus autores.

Na verdade, e como salienta Costa Pinto⁹, as autoridades reguladoras “[...] *concentram competências que, com outra densidade, estão tradicionalmente repartidas na lógica tradicional da separação de poderes, mas, por outro lado, estão simultaneamente sujeitas à lei e ao poder judicial*”.

A circunstância de as autoridades reguladoras concentrarem poderes de naturezas tão diversas (e geralmente atribuídos a entidades distintas, numa lógica de *checks and balances*) gera questões jurídicas nem sempre de simples resolução – nomeadamente porque a lógica regulatória foge aos quadros jurídicos tradicionais do Estado liberal. Assim – e por isso mesmo – a sua solução terá de passar pela compreensão do fenómeno regulador, dos poderes concretamente atribuídos a estas autoridades, dos motivos que subjazeram a tal atribuição e do regime sancionatório que lhes é aplicável.

No que tange aos poderes sancionatórios das autoridades reguladoras é significativo que nos quadros organizativos destas entidades esses poderes não surjam autonomamente, sendo antes previstos como parte da atividade

9 Costa Pinto, 2009: 74-75.

de supervisão¹⁰, tendo por fim último garantir o cumprimento das normas vigentes.

De facto, a atividade de supervisão (que consiste num constante acompanhamento e numa ininterrupta monitorização dos mercados e da atividade dos regulados – quer ao nível organizacional, quer ao nível comportamental) seria desprovida de consequências e, por isso, de eficácia e efetividade, caso, detetados comportamentos violadores das normas em vigor, as autoridades reguladoras não dispusessem de poderes para (com carácter preventivo geral e especial) os sancionarem¹¹.

Nesta perspetiva, o poder sancionatório das autoridades reguladoras não pode ser equiparado ao poder judicial, enquanto poder autónomo e independente, mas antes entendido como uma vertente da supervisão que se consubstancia na garantia da sua própria eficácia.

Do mesmo modo, determinadas prerrogativas concedidas às autoridades reguladoras – designadamente a de formular pedidos de informações e solicitar a entrega de documentos aos seus regulados, sob pena de, incumprindo estes, responderem em sede contraordenacional¹² – não podem ser interpretadas como possibilidades que lhes cabem em sede sancionatória *qua tale*, mas antes como soluções normativas encontradas no âmbito da supervisão

10 Confirmam esta afirmação, desde logo, a sistemática dos diplomas legais em causa. Assim, no caso da CMVM, por exemplo, o artigo 4.º, n.º 1, alínea b) dos seus estatutos estabelece como uma das atribuições desta Comissão o exercício das funções de supervisão nos termos do Código dos Valores Mobiliários (CVM), diploma legal cuja alínea e) do n.º 1 do seu artigo 360.º prevê como um procedimento a adotar pela CMVM no âmbito das suas atribuições de supervisão a instrução de processos e a punição de infrações que sejam da sua competência. No mesmo sentido cfr. Costa Pinto, 2009: 79-81; Figueiredo Dias & Costa Andrade, 2009: 24-26; o Ac. do TRLx 2008, pp. 40-42, onde pode ler-se “[...] o processamento de contraordenações não é assim uma atribuição legal da CMVM distinta da supervisão – é antes, isso sim, uma das competências da CMVM para prosseguir essa atribuição”; e o Ac. TRLx 2009, pp. 33-34. No que respeita ao ICP-ANACOM, cfr. os pontos 2.2.1. e 2.2.2, abaixo.

11 Acerca dos poderes sancionatórios como condição de eficácia da função de supervisão, cfr., no que respeita à AdC, o Ac. do TC 2011, p. 14 e, no que concerne à CMVM, o Ac. do TRLx 2011b; Figueiredo Dias & Costa Andrade, 2009: 25 e Bolina, 2010: 425-426.

12 Cfr., quanto à AdC, o artigo 8.º dos respetivos estatutos, cujo incumprimento é cominado como ilícito de mera ordenação social pelo artigo 43.º, n.º 3, alínea b) da Lei da Concorrência (LdC), aprovada pela Lei n.º 18/2003, de 11 de junho (e posteriormente alterada pelo Decreto-Lei n.º 219/2006, de 2 de novembro, pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro e pela Lei n.º 52/2008, 28 de agosto), bem como o artigo 17.º da referida Lei, cujo incumprimento é igualmente qualificado como contraordenação, nos termos do artigo 43.º, n.º 3, alínea c) do mesmo diploma legal. No que respeita à CMVM, cfr. o artigo 361.º, n.º 2, alínea a) do CVM, cujo incumprimento corresponde à prática de contraordenação muito grave, nos termos do artigo 389.º, n.º 1, alínea c) do mesmo Código. Relativamente ao ICP-ANACOM, cfr. o artigo 108.º, n.ºs 1 e 2 da LCE, cujo incumprimento é considerado contraordenação grave, nos termos do disposto na alínea mm) do n.º 2 do artigo 113.º da mesma Lei, nos termos melhor descritos no ponto 2.2.2., abaixo.

em que os poderes sancionatórios se integram. Com efeito, quer a prerrogativa de solicitar informações e documentos, quer os poderes sancionatórios das autoridades reguladoras concorrem para o mesmo fim: a efetividade da supervisão¹³.

Acresce, por outro lado, que a referida prerrogativa das autoridades reguladoras é do prévio conhecimento de todos os regulados e a sua vigência deverá ser interpretada como uma verdadeira condição para o exercício de determinada atividade regulada por parte de um privado, tendo em conta o interesse geral no regular e eficiente funcionamento dos mercados, tal como previsto no artigo 61.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa (CRP)¹⁴.

Com efeito, muitas das atividades sujeitas a regulação revestem cariz reservado¹⁵, na medida em que, devido à sua relevância, complexidade e exigência, o respetivo exercício depende de autorização prévia¹⁶ – autorização essa geralmente concedida pela própria entidade reguladora sectorial –, circunstância de onde se pode retirar que as pessoas (singulares e coletivas) sujeitas à regulação conhecem, à partida, as regras a que estão sujeitas, nomeadamente no que concerne ao dever de colaborar com a respetiva autoridade reguladora. Deste modo, não pode dizer-se que as entidades reguladas sejam induzidas em *erro* ou *coagidas*^{17 18} pelas autoridades reguladoras quando têm de lhes

13 Na verdade, para além dos casos em que as autoridades administrativas independentes desenvolvem ações de fiscalização e, nos casos em que a lei o prevê, realizam exames, buscas e apreensões, o cabal desempenho das funções de regulação e supervisão depende da colaboração das entidades reguladas, motivo pelo qual, ciente desta realidade e da sua relevância vital, o legislador investiu as referidas autoridades de tais poderes e, simetricamente, fez recair sobre as pessoas singulares e coletivas o dever de colaborarem, sancionando o incumprimento desse dever. Ainda que exclusivamente no que concerne à AdC, pode encontrar-se uma referência à necessidade de colaboração dos regulados com o regulador em Sousa Mendes, 2010: 122. Em Bolina, 2010: 406, faz-se uma referência equivalente, ainda que reportada à CMVM.

14 No mesmo sentido Anastácio, 2010: 204; Sousa Mendes, 2010: 138; Bolina, 2010: 426; e Ac. do TRLx 2008a, p. 33.

15 Assim, Bolina, 2010: 404.

16 Esta autorização pode assumir diversas formas, de que são exemplos a autorização geral, a licença e o registo.

17 Neste sentido, Figueiredo Dias & Costa Andrade, 2009: 27-36 e Costa Pinto, 2009: 112-119.

18 Este entendimento foi sufragado pela sentença do JPICLx 2008a, que decidiu no sentido da inadmissibilidade da prova recolhida pela CMVM junto de uma sua supervisionada ao abrigo do dever de colaboração na medida em que "[...] a utilização destes meios enganosos, através dos quais se obteve a prova junto da arguida perturbou a liberdade de os seus representantes decidirem, pelo que são ofensivos da integridade moral das pessoas, sendo, por isso, nulas as provas. A tal conclusão chegamos, não só por aplicação do disposto no art.º 126.º, n.º 1 e n.º 2, al. a) [do CPP], por força do art.º 41.º, n.º 1, do RGCO, e dos arts. 32.º, n.º 2, e 18.º, n.º 1, da C.R.P., mas também por aplicação do art.º 32.º, n.º 8, da C.R.P." – cfr. p. 15. Esta sentença foi integralmente revogada pelo Ac. do TRLx 2008a, que, a este propósito, decidiu a

prestar informações das quais pode decorrer responsabilidade contraordenacional, porquanto, por um lado, essa realidade é do prévio conhecimento de todos os envolvidos e, por outro, as entidades reguladas são as mais das vezes assessoradas por diversos especialistas (nomeadamente na área jurídica), o que lhes permite responder de forma premeditada e consciente às perguntas e solicitações das autoridades reguladoras.

p. 49 que “[...] a CMVM agiu ao abrigo de um quadro legal, também conhecido pela arguida, que representa a obrigatoriedade estabelecida legalmente de prestar as informações solicitadas. Por isso, o meio através do qual se obtém a prova não só não é enganoso, porque inexistente qualquer erro, como antes se encontra previsto na própria lei. [...] Entendimento diverso obrigaria a considerar que o próprio legislador teria induzido o legitimado o recurso a meios enganosos e, como tais, ética e juridicamente insustentáveis”. Também o JPICLx, na sentença 2008b, decidiu no sentido do carácter enganoso da prova obtida com recurso ao dever de colaboração, concluindo que “[...] a CMVM não pode utilizar como prova para fundamentar a sua decisão condenatória, elementos, sejam documentais, sejam declarações escritas em nome da sociedade, fornecidos pela própria arguida quando já é suspeita da prática de um ilícito contraordenacional e por conseguinte quando a CMVM já exerce o seu poder sancionatório sem que esta informe a suspeita nas solicitações que lhe dirige que existe um inquérito contra si e que não está sujeita ao dever de colaboração dada a sua qualidade de sujeito processual. [...] a omissão da CMVM de informar a arguida que investigava a prática de determinadas contraordenações e que a mesma era suspeita, não estando, por isso sujeita, a partir desse momento, ao dever de colaboração, perturbou a liberdade dos representantes da arguida decidirem, pelo que as provas obtidas mediante solicitação à arguida após a deliberação de 19 de setembro de 2003 (início do processo contraordenacional) até ao momento que lhe foram comunicados os factos são ofensivos da integridade moral das pessoas, sendo, por isso, nulas, por aplicação do disposto no art. 126.º, n.º 1 e n.º 2 al a) do CPP aplicável por força do art. 41.º, n.º 1, do RGCO, e dos arts 32.º, n.º 2, e 18.º, n.º 1, da C.R.P., mas também por aplicação do art. 32.º, n.º 8, da C.R.P.” (cfr. p. 9 e 12). Esta decisão foi revogada pelo Ac. do TRLx 2009 que considerou “[...] não se justific[ar], assim, a aplicação ao processo contra-ordenacional, de uma forma directa, global e sem limites, especialmente na sua fase administrativa, dos princípios que vigoram no direito processual penal, ‘máxime’ dos princípios – de todos os princípios – que nesta matéria a Constituição estabelece” – cfr. p. 31. Seguindo a mesma corrente acerca da inadmissibilidade da prova, o TRLx, no Ac. 2011a, prolatado na sequência e de acordo com o decidido pelo JPICLx na sentença 2010, pronunciou-se no sentido da vigência do direito ao silêncio e do direito à não autoincriminação no processo de contraordenação, afirmando que “[s]e o artigo 41.º, n.º 1 do supra mencionado Regime [RGCO] manda aplicar subsidiariamente as normas do processo penal ao processo contra-ordenacional e se uma análise, mesmo que perfunctória, demonstra que aquele diploma legal não regula a questão, não se nos afigura existir motivo para excluir a vigência do direito ao silêncio e do direito à não auto-incriminação deste domínio. [...] É certo que as autoridades administrativas podem adquirir a notícia do ilícito ao abrigo dos seus poderes de fiscalização ou por qualquer outro meio legalmente admissível, podendo utilizar os elementos colhidos no exercício das suas atribuições não sancionatórias para instruir os processos contra-ordenacionais, sendo isso que acontece na prática. O momento chave a partir do qual as Autoridades Administrativas deverão despir as vestes de Administração, substituindo-as pelas vestes de Autoridade Administrativa com poderes sancionatórios, será o momento em que adquirem a notícia do ilícito contra-ordenacional” – cfr. pp. 50-51. Acrescentando, na esteira de Silva Dias & Ramos, 2009: 76-77, que “[...] no que se prende com as consequências da violação ilegítima do direito à não auto-incriminação, do direito ao silêncio e do direito à presunção de inocência, inexistem dúvidas de que bem andou o TPIC [Tribunal de Pequena Instância Criminal, no processo n.º 3501/06.3TFLSB] ao considerar que a solicitação daqueles documentos se tratou de um meio enganoso de obtenção de prova, nos termos e para os efeitos do disposto no art. 126.º, n.ºs 1 e 2, alínea a) do C. P. Penal” – cfr. p. 54.

De notar, ainda, que as autoridades reguladoras exercem os poderes que lhes foram confiados de acordo com o princípio da legalidade¹⁹, sendo independentes na sua atuação (aspeto para que contribuem os seus orçamentos próprios, a forma de nomeação dos respetivos órgãos e as incompatibilidades estabelecidas) e que os atos que praticam são sujeitos ao escrutínio judicial (seja dos tribunais comuns – em matéria sancionatória –, seja dos tribunais administrativos – no caso de impugnação dos atos que revistam esta natureza)²⁰.

De resto, da análise dos regimes jurídicos aplicáveis às autoridades reguladoras portuguesas resulta que ao instituí-las nos termos vigentes a opção do legislador foi, inequivocamente, a de concentrar numa só autoridade (cujas competências estão delimitadas em função da área de atividade do sector regulado²¹ ou da matéria em causa²²) poderes de natureza regulatória, executiva e sancionatória tendo em vista um efetivo controlo dos mercados no seio de um Estado liberal²³. O legislador entendeu – na senda de outros legisladores europeus e do americano – que a concentração na mesma entidade dos referidos três poderes de natureza diversa (mas complementar) consubstanciava a solução prática e jurídica mais adequada a dar resposta aos desafios da regulação e à nova forma de intervenção do Estado na economia. E é de salientar neste ponto que a solução encontrada tem sido renovada ao longo do tempo, o que é patente, por exemplo, nos atuais estatutos do ICP-ANACOM, da AdC e da CMVM, aprovados, respetivamente, nos anos de 2001, 2003 e

19 No que respeita aos processos de contraordenação, o princípio da legalidade encontra-se plasmado nos artigos 43.º e 54.º, n.º 1 do RGCO.

20 De notar que os despachos e as decisões da AdC proferidos no âmbito de processos administrativos não são impugnáveis perante os tribunais administrativos, mas antes perante os tribunais comuns – atualmente, depois da instalação levada a cabo pela Portaria 84/2012, de 29 de março, o tribunal de recurso das decisões da AdC em todas as matéria e em primeira instância é o 1.º Juízo do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (cfr., ainda, o artigo 89.º-B, n.º 1, alínea *a*) e n.º 2 da Lei n.º 3/99, de 13 de janeiro, introduzido pela Lei n.º 46/2011, de 24 de junho).

21 Como é exemplo o ICP-ANACOM, que tem poderes no âmbito do sector das comunicações.

22 Como sucede no caso da AdC, que tem por missão garantir a aplicação da política de concorrência em Portugal.

23 Neste sentido, cf. o Ac. do TRLx 2011b, p. 75, onde pode ler-se que “[n]ão foi por acaso que o legislador a dotou [a CMVM] de tão amplos poderes – de supervisão, de inspeção, instrutórios e sancionatórios”.

2008. Este facto demonstra que, não obstante ter tido oportunidade de alterar o modelo vigente, o legislador português optou por mantê-lo²⁴.

2. O ICP-ANACOM

a) Contextualização e estatutos

No início da década de 80 do século passado o sector das comunicações complexificou-se e passou a ocupar uma posição nevrálgica na economia em virtude do seu contributo decisivo para o desenvolvimento. Esta circunstância conduziu à publicação do Decreto-Lei n.º 188/81, de 2 de julho, cujos principais objetivos foram reformar a legislação aplicável ao sector e criar o Instituto das Comunicações de Portugal (ICP) (entidade que, lê-se no preâmbulo, “[...] irá desenvolver ação relevante no indispensável apoio à coordenação e intervenção do Governo em matéria de comunicações”).

Nos termos do previsto no artigo 7.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 188/81, de 2 de julho, o ICP assumia a forma de instituto público, dotado de autonomia administrativa e financeira – ainda que hierarquicamente dependente do Ministério dos Transportes e Comunicações –, incumbindo-lhe, nomeadamente, aplicar sanções²⁵.

Não obstante ter sido criado, a instalação do ICP dependia da aprovação dos respetivos estatutos²⁶, o que apenas veio a suceder mediante o Decreto Regulamentar n.º 70/83, de 20 de julho, e que previu a implementação do Instituto no prazo de 6 meses, o que não veio a acontecer.

Entretanto Portugal aderiu à Comunidade Económica Europeia, fator que contribuiu decisivamente para a necessidade de separar os agentes económicos das comunicações do regulador e que, atendendo igualmente à crescente importância e complexificação do sector, conduziu a que fosse necessário repensar os estatutos do ICP, adequando-os às suas necessidades específicas. Assim, o Decreto Regulamentar 25/88, de 17 de junho, procedeu à criação de uma Comissão Instaladora do ICP, cujo principal objetivo consistia em

24 Denota a intenção do legislador de concentrar na mesma autoridade os poderes de regulação, supervisão e sancionatórios o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro, que aprovou os estatutos da AdC, e segundo o qual “[a]o reconhecer à Autoridade o estatuto de independência compatível com a lei e a Constituição da República e ao conferir-lhe as atribuições, os poderes e os órgãos indispensáveis ao cumprimento da sua missão, o Governo pretende, antes de mais, restaurar a credibilidade das instituições responsáveis pela defesa da concorrência em Portugal e assegurar a sua plena integração no sistema comunitário e internacional de reguladores da concorrência”.

25 Cfr. o artigo 7.º, n.º 3, alínea e), do Decreto-Lei n.º 188/81, de 2 de julho.

26 Cfr. os n.ºs 1 e 2 do artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 188/81, de 2 de julho.

propor as medidas para que aquele Instituto pudesse efetivamente iniciar a sua atividade. Em conformidade, o Decreto-Lei n.º 283/89, de 23 de agosto, procedeu à aprovação dos novos estatutos do ICP²⁷.

Do preâmbulo do referido Decreto-Lei resulta clara a necessidade de adaptar as soluções encontradas à realidade do sector – designadamente aos movimentos de privatização que já se vislumbravam²⁸ –, bem como de prosseguir os desígnios comunitários adotados neste âmbito.

De acordo com os novos estatutos, o ICP “[...] *é um instituto público dotado de personalidade jurídica, com autonomia administrativa, financeira e património próprio, e exerce a sua ação na tutela do Ministro das Obras Públicas, Transportes e Comunicações*”²⁹. Nos termos do artigo 4.º, alínea e), parágrafo 4.º, competia ao ICP efetuar a gestão do espectro radioelétrico, incumbindo-lhe “*fiscalizar as condições de utilização do espectro das atividades licenciadas, bem como controlar e fiscalizar utilizações abusivas e as interferências radioelétricas, aplicando coimas quando for caso disso*”.

Ao longo da década de 90 do século XX assistiu-se, uma vez mais, a uma complexificação do sector das comunicações em Portugal, cujo crescimento e relevância económica e social não cessavam de aumentar, resultado para que terá contribuído a sua privatização e liberalização. O ICP foi então adquirindo novas competências e progressivamente ocupando o lugar de verdadeira entidade reguladora, essencialmente no sector das telecomunicações, concentrando em si poderes de regulação e supervisão. Contudo, verificando-se uma grande dispersão de diplomas reguladores das competências deste Instituto, em 2001 foram aprovados os novos estatutos, o que aconteceu através do Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de dezembro³⁰, revogando-se aqueles então em vigor.

Atenta a realidade do sector à época, sentiu-se necessidade que o regulador do sector das comunicações fosse uma entidade sujeita a um “[...] *regime misto que conjugue as prerrogativas de direito público, indispensáveis para o desempenho dos seus poderes de autoridade, com a flexibilidade e eficiência do*

27 Os estatutos aprovados pelo Decreto Regulamentar n.º 70/83, de 20 de julho, nunca chegaram a entrar em vigor.

28 Relembre-se que os TLP foram transformados em sociedade anónima (ainda que integralmente detida pelo Estado) em 1989 e que a Portugal Telecom foi sendo privatizada de forma faseada a partir de 1995.

29 Cfr. o n.º 1 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 283/89, de 23 de agosto.

30 Atualmente em vigor.

direito privado, uma vez que intervém num sector em mutação constante [...]”³¹. Assim, de acordo com o artigo 1.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de dezembro, o ICP passou a denominar-se ICP-Autoridade Nacional das Comunicações, abreviadamente designado ICP-ANACOM, acrescentando-se no artigo 2.º do mesmo diploma legal a sua equiparação ao Estado no exercício das suas atribuições, designadamente quanto “à utilidade pública dos serviços de comunicações, sua fiscalização, definição de infrações respetivas e aplicação das competentes penalidades”.

De acordo com os estatutos, o ICP-ANACOM é uma pessoa coletiva de direito público, dotada de autonomia administrativa e financeira e de património próprio, sendo independente na sua atuação e tendo por objeto a regulação, supervisão e representação do sector das comunicações.

Nos termos do artigo 6.º dos estatutos, é atribuição do ICP-ANACOM, nomeadamente, assegurar a regulação e a supervisão do sector das comunicações, competindo-lhe fiscalizar o cumprimento da lei e dos regulamentos aplicáveis ao sector das comunicações e instaurar e instruir os processos sancionatórios e punir as infrações que sejam da sua competência³².

Estabelecendo os procedimentos sancionatórios, dita o artigo 10.º dos estatutos que “*competete ao ICP-ANACOM processar e punir as infrações administrativas às leis e regulamentos cuja implementação ou supervisão lhe compete, bem como as resultantes do incumprimento das suas próprias determinações*”.

De modo a exercer os respetivos poderes de supervisão, nos termos do previsto no n.º 1 do artigo 12.º, no n.º 1 do artigo 13.º e no artigo 48.º, todos dos estatutos, o ICP-ANACOM pode proceder a averiguações e exames em qualquer entidade ou local, no quadro do desempenho dessas funções, gozando os respetivos funcionários, designadamente, de prerrogativa para requisitar documentos para análise e recaindo sobre as entidades concessionárias ou licenciadas, os operadores e demais prestadores de serviços registados o dever de prestarem ao ICP-ANACOM toda a cooperação que este lhes requeira para o cabal desempenho das suas funções, nomeadamente as informações e documentos que lhes sejam solicitados, consubstanciando um verdadeiro dever de colaboração.

Organicamente, a instauração e o arquivamento dos processos de contraordenação, assim como a aplicação de coimas, são da competência do con-

31 Cfr. o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de dezembro.

32 Cfr., respetivamente, as alíneas c) e f) do artigo 9.º dos estatutos do ICP-ANACOM.

selho de administração do ICP-ANACOM, sem prejuízo da possibilidade de delegação e subdelegação, em virtude de essas atribuições não competirem a nenhum outro órgão desta autoridade, conforme decorre da conjugação dos artigos 26.º, alínea *l*), 27.º, n.º 1, 33.º e 37.º do estatutos.

Da análise dos estatutos do ICP-ANACOM acabada de fazer resulta que, nos termos já acima apontados no exame genérico sobre as autoridades reguladoras, os seus poderes sancionatórios se inscrevem dentro dos poderes de supervisão, de modo a garantir uma monitorização efetiva do mercado e dos seus intervenientes. Demonstra-o, desde logo, a alínea *f*) do artigo 9.º, acima referida, que elenca a instauração e instrução de processos de contraordenação no âmbito dos poderes de supervisão do ICP-ANACOM, ainda que o artigo 10.º detalhe os seus procedimentos, referindo implicitamente, na parte final do seu n.º 2, a aplicação do Regime Quadro das Contraordenações do Sector das Comunicações (RQCOSC) e do Regime Geral das Contraordenações (RGCO) aos processos de contraordenação do sector das comunicações.

Acresce, por outro lado, que, nos termos acima expostos, os poderes sancionatórios do ICP-ANACOM correspondem a uma das competências deste Instituto – em concreto, fazem parte dos poderes mais amplos de supervisão.

Não pode, assim, deixar de concluir-se que o dever de colaboração a cargo dos regulados previsto no n.º 1 do artigo 13.º dos estatutos do ICP-ANACOM tem como objetivo, também – e para além de outras funções desempenhadas pelo ICP-ANACOM – o cabal exercício da supervisão, dentro da qual se inserem os poderes sancionatórios desta Autoridade. Ou seja, de acordo com a previsão dos estatutos do ICP-ANACOM, esta Autoridade tem a prerrogativa de exigir aos seus regulados que lhe prestem informações ou entreguem documentos, sendo-lhe possível (exigível e expectável³³) exercer os respetivos poderes sancionatórios, caso as informações prestadas venham a revelar incumprimento das normas vigentes. O mesmo é dizer que o dever de colaboração dos regulados está ao serviço da supervisão desenvolvida pelo ICP-ANACOM e, nesse contexto, dos procedimentos sancionatórios da competência desta Autoridade.

33 Note-se que, como já foi apontado, nos termos do previsto nos artigos 43.º e 54.º, n.º 1 do RGCO, o ICP-ANACOM exerce as suas competências sancionatórias ao abrigo do princípio da legalidade, pelo que é seu dever investigar, perseguir e punir os casos de incumprimento, sem exceção.

b) A Lei das Comunicações Eletrónicas

A LCE estabelece o regime jurídico aplicável às redes e serviços de comunicações eletrónicas e aos recursos e serviços conexos e define as competências da Autoridade Reguladora Nacional (ARN) neste domínio, tendo transposto para a ordem jurídica portuguesa várias diretivas.

De acordo com o previsto no artigo 3.º, alínea *g*) da LCE o ICP-ANACOM é a ARN e desempenha funções de regulação, supervisão, fiscalização e sancionamento no âmbito das redes e serviços de comunicações eletrónicas, bem como dos recursos e serviços conexos³⁴, acrescentando o n.º 3 do artigo 4.º que “*a ARN deve exercer as suas competências de forma imparcial, transparente e tempestiva*”, circunstância para a qual contribuem os mecanismos de independência deste Instituto previstos nas três alíneas do n.º 2 do mesmo artigo 4.º.

Nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 108.º da LCE – sistematicamente inserido no capítulo II do Título IV, relativo à supervisão e fiscalização – “*as entidades que estão sujeitas a obrigações nos termos da presente lei devem prestar à ARN todas as informações relacionadas com a sua atividade, incluindo informações financeiras e informações sobre os futuros desenvolvimentos das redes ou dos serviços que possam ter impacto nos serviços grossistas que disponibilizam aos concorrentes, para que a ARN possa exercer todas as competências previstas na lei*”, acrescentando-se no n.º 4 do mesmo artigo que “*os pedidos de informações da ARN devem obedecer a princípios de adequabilidade ao fim a que se destinam e de proporcionalidade e devem ser devidamente fundamentados*”.

Por seu turno, o n.º 1 do artigo 109.º da LCE estabelece exemplificativamente³⁵ os fins para os quais a ARN pode solicitar aos seus regulados que lhe prestem informação, encontrando-se estes obrigados a fornecê-la, sob pena de incorrerem na prática de contraordenação grave, conforme disposto no artigo 113.º, n.º 2, alínea *mm*) da LCE.

De acordo com o estabelecido no artigo 112.º da LCE, a fiscalização do cumprimento do disposto nesse diploma compete à ARN, sem prejuízo das competências residualmente atribuídas a outras autoridades, prevendo o artigo 113.º o rol de contraordenações – leves, graves e muito graves – decorrentes do incumprimento do regime legal previsto na LCE, bem como as coimas aplicáveis.

34 Cfr., no mesmo sentido, o artigo 4.º, n.º 1 da LCE.

35 Cfr. a redação do preceito: “*a ARN pode solicitar informações especialmente para os seguintes fins [...]*”.

No quadro da LCE, a competência para instaurar e arquivar processos de contraordenação e decidir sobre a aplicação de sanções é do conselho de administração do ICP-ANACOM – podendo ser delegada –, cabendo a instrução dos mesmos aos respetivos serviços, tudo de acordo com a previsão do artigo 115.º.

As decisões do ICP-ANACOM adotadas no âmbito de processos de contraordenação são impugnáveis junto do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão e as decisões deste são recorríveis, em última instância, para o Tribunal da Relação territorialmente competente, tendo as impugnações judiciais efeito suspensivo, conforme resulta do artigo 13.º, n.ºs 1, 3 e 12 da LCE.

Da análise acima formulada do regime sancionatório previsto na LCE, bem como dos poderes do ICP-ANACOM enquanto ARN, resulta que os pedidos de informações previstos nos artigos 108.º e 109.º da LCE – de resto na esteira do que já se demonstrou acerca dos estatutos do ICP-ANACOM – têm como escopo último o exercício por esta Autoridade das funções previstas nesta Lei, ou seja, também dos poderes sancionatórios que lhe competem, nos termos *supra* referidos.

Comprovam-no, designadamente e a título meramente exemplificativo, a previsão da alínea *c*) do n.º 1 do artigo 109.º da LCE que dispõe de forma categórica que o ICP-ANACOM pode solicitar informações aos regulados para verificação do cumprimento do previsto no artigo 32.º do mesmo diploma legal (condições associadas aos direitos de utilização de frequências), norma cujo incumprimento é cominado com a prática de contraordenação, nos termos do genericamente previsto na alínea *g*) do n.º 3 do artigo 113.º do mesmo diploma legal. Ora, de facto, seria totalmente incoerente que a Lei previsse especificamente a possibilidade de o ICP-ANACOM solicitar informações aos seus regulados – que são obrigados a fornecê-las, sob pena de incorrerem na prática de ilícito de mera ordenação social – tendo em vista a verificação do cumprimento de determinada norma cuja violação constitui ilícito se, verificando um incumprimento a partir das informações prestadas pelos regulados, não pudesse despoletar o competente processo de contraordenação – sendo que, por outro lado, e conforme já se referiu, quer os estatutos, quer a LCE impõem que o ICP-ANACOM atue de forma isenta e no estrito cumprimento do princípio da legalidade.

3. O DMOS, o processo de contraordenação no âmbito do fenómeno regulador e o caso do ICP-ANACOM

a) *Aspetos gerais*

Depois de devidamente enquadrado o fenómeno regulador, considerando que os poderes sancionatórios das autoridades administrativas em geral (e do ICP-ANACOM em particular) se enquadram no âmbito do “Direito de Mera Ordenação Social (DMOS)”, sendo aí que se suscita a problemática do direito à não autoinculpação aqui em análise, dever-se-á atentar na origem e na natureza específica desta disciplina a fim de questionar sobre a aplicação daquele direito no âmbito do DMOS.

O DMOS surgiu em Portugal no final da década de 70 do século passado, através do Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de julho e por forte inspiração germânica. Com efeito, em função da crescente intervenção da Administração na economia e consciente da necessidade de tutelar valores e realidades emergentes dotados de uma menor ressonância ética e caracterizados por uma maior volatilidade punitiva (variável em função das normas administrativas vigentes), o legislador deixou-se seduzir pelo fácil mas pernicioso alargamento do direito penal administrativo, consubstanciado nas agora inexistentes contravenções. Esta circunstância, aliada à ideia da dignidade punitiva do direito penal, como disciplina de última *ratio* e à necessidade de agilização destes processos, conduziu a um movimento de descriminalização e à criação de normas punitivas de natureza diversa da penal: o DMOS³⁶. Este novo direito caracteriza-se por ter natureza sancionatória administrativa (não penal) e, por isso mesmo, por redundar na aplicação de coimas e sanções acessórias (e não de multas).

No preâmbulo do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro – que, ainda que alterado por vários diplomas³⁷, permanece o atual RGCO –, ficou expressa a relação entre o DMOS e a intervenção do Estado em novos domínios (fenómeno relacionado com o da regulação, acima referido), bem como a

36 No preâmbulo do Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de julho, pode ler-se o que em parte corresponde a uma citação de Eduardo Correia: “[h]oje é pacífica a ideia de que entre os dois ramos de direito [direito penal e DMOS] Medeia um autêntica diferença: não se trata de uma diferença de quantidade ou puramente formal, mas de uma diferença de natureza. A contraordenação ‘é um aliud que se diferencia qualitativamente do crime na medida em que o respetivo ilícito e as reações que lhe cabem não são diretamente fundamentáveis num plano éticojurídico, não estando, portanto, sujeitas a princípios e corolários do direito criminal”.

37 A alteração mais relevante foi introduzida pelo Decreto-Lei n.º 244/95, de 14 de setembro. Não obstante, o Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, foi ainda alterado pelos seguintes diplomas: Lei n.º 109/2001, de 24 de dezembro, Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de dezembro e Decreto-Lei n.º 356/89, de 17 de outubro.

necessidade premente de diferenciar estes novos ilícitos daqueles de natureza penal, dotando-os de meios de resposta diversos³⁸.

Com efeito, os ilícitos de mera ordenação social respeitam, em regra, a comportamentos eticamente pouco ou nada gravosos e que a consciência coletiva da sociedade não considera delituosos³⁹. Os ilícitos de mera ordenação social consubstanciam um mecanismo de política sancionatória cujo objetivo é determinar os seus destinatários ao cumprimento de normas administrativas, não tendo correspondência eticossocial, diferentemente do que sucede com os ilícitos criminais.

Por outro lado, correspondendo as sanções de mera ordenação a coimas, ou seja, a sanções meramente pecuniárias (ainda que algumas de montantes elevados) – sem prejuízo de, quando expressamente previstas, ser possível aplicar as sanções acessórias que se mostrem adequadas em função da situação concreta e da gravidade da conduta –, a sua gravidade é menor que a daquelas aplicáveis no âmbito penal, circunstância que permite que o processo de contraordenação seja menos garantista e mais célere⁴⁰.

Ora, surgindo como uma disciplina diversa do direito penal e visando dar resposta a realidades diversas das criminalmente tuteladas, o DMOS apresenta, face àquele, autonomia material, processual e sancionatória, o que é perceptível a partir da análise do RGCO.

Na perspetiva material, o DMOS caracteriza-se por tutelar o cumprimento de normas ou imposições vigentes mas eticamente indiferentes (e não bens jurídicos em sentido tecnicojurídico próprio), pelo que os valores protegidos são axiológicossocialmente neutros, na medida em que a sua violação não causa repulsa ou desvalor social. Do lado subjetivo, a desobediência às normas ou imposições que gera responsabilidade de mera ordenação social é moralmente indiferente, pelo que não contém qualquer referência à personalidade

38 No preâmbulo do referido Decreto-Lei pode ler-se “[r]esumidamente, o aparecimento do direito das contraordenações ficou a dever-se ao pendor crescentemente intervencionista do Estado contemporâneo, que vem progressivamente alargando a sua ação conformadora aos domínios da economia, saúde, educação, cultura, equilíbrios ecológicos, etc. [...] Mas são, sobretudo, as necessárias reformas em domínios como as práticas restritivas da concorrência, as infrações contra a economia nacional e o ambiente bem como a proteção dos consumidores que tornam o regime das contraordenações verdadeiramente imprescindível. Só ele, com efeito, viabilizará uma política criminal racional, permitindo diferenciar entre os tipos de infrações e os respetivos arsenais de reações”.

39 Assim, veja-se Figueiredo Dias, 1998a: 23-29, 1998b: 46-47 e 2007: 161-162; Costa Pinto, 1997: 14-15; Eduardo Correia, 1998: 8-11; Costa Andrade, 1998: 94-95 e Ac. do TC. 2011, p. 17.

40 Acerca do caráter menos garantista do processo de contraordenação, atendendo à sua natureza e aos valores que visa tutelar, cfr. os Acs. do TC 2006 e 2011.

do agente. No que concerne ao objeto regulado, o DMOS estabelece uma relação entre o cidadão e a Administração (e não entre dois particulares).

Já de um ponto de vista processual, a autonomia do DMOS patenteia-se na própria tramitação do processo de contraordenação, composto apenas por duas fases – uma administrativa (obrigatória), a outra judicial e facultativa, apenas reservada para o caso de impugnação judicial, mas sempre admissível⁴¹.

De facto, a fase administrativa do processo de contraordenação é uma, não sendo possível proceder à distinção clássica existente no processo penal entre inquérito, instrução e julgamento⁴², porquanto a entidade competente é apenas uma: a entidade reguladora; não sendo possível, por isso, descortinar entre a autoridade que investiga, a autoridade que instrui (quer no sentido daquela que constrói o processo, quer no sentido daquela que verifica se a decisão de acusar e submeter a decisão final foi correta) e a autoridade que decide⁴³. A característica de unidade da autoridade competente acabada de referir mostra-se adequada à relação intrínseca entre supervisão e poderes sancionatórios das autoridades reguladoras e tem como consequência a vigência limitada do princípio do acusatório previsto no artigo 32.º, n.º 5 da CRP no processo de contraordenação face à sua aplicação no processo criminal^{44/45}. De notar, todavia, que o que acaba de dizer-se não significa que a autoridade administrativa não tenha o dever de decidir de forma isenta, estando obrigada

41 Diferentemente do que sucede no Direito Penal, no DMOS é sempre admissível interpor recurso da decisão final da autoridade administrativa que aplique uma coima. Cfr. a este propósito os artigos 59.º do RGCO, 416.º, n.º 1 do CVM, 50.º, n.º 1 da LdC e 32.º, n.º 1 do RQCOSC.

42 Nota-se, contudo, que no caso da LdC é definida uma fase de inquérito (artigos 24.º e 25.º), uma fase de audição do arguido e instrução (artigo 26.º) e uma fase decisória (artigo 28.º), ainda que todas sejam da competência da AdC.

43 Criticando o modelo em que a mesma autoridade “[...] investiga, organiza o contraditório e avalia os seus resultados, e no fim toma a decisão de punir ou absolver [...]”, Veloso, 2000: 74-81.

44 Afastando a vigência no processo de contraordenação do princípio do contraditório, tal como previsto no artigo 32.º, n.º 5 da CRP, o TC afirmou no seu Ac. 2004b que “[...] a garantia constitucional dos direitos de audiência e de defesa em processo contra-ordenacional (n.º 10 do artigo 32.º da Constituição) não pode comportar a consagração de um princípio da estrutura acusatória do processo idêntico ao que a Constituição reserva, no n.º 5 do artigo 32.º, para o ‘processo criminal’ [...]” – cfr. p. 8.

Sobre o conteúdo do princípio do acusatório veja-se, *inter alia*, o Ac. do TRP 2007 onde se afirma “[...] que com este princípio se estabelece que aquele que é submetido a julgamento só o pode ser após haver sido deduzida uma acusação, em princípio por escrito [...] contra si, pela prática de infracção penal, deduzida por uma entidade distinta da pessoa que o vai julgar, sendo a acusação condição e limite do julgamento. Quer isto dizer que cabe ao Tribunal julgar os factos constantes da acusação, e não conduzir oficiosamente a investigação da responsabilidade penal do arguido (princípio do inquisitório)”.

45 No sentido do total afastamento do processo de contraordenação do princípio do contraditório (ainda que na área da supervisão financeira), Veloso, 2000: 81-89.

a perseguir a verdade dos factos e decidir em função dela; mas tão-só que não há separação (no que concerne à pessoa coletiva de direito público – mas já não quanto à pessoa singular concretamente considerada) entre quem investiga e quem decide. Assim sendo, atendendo a esta característica do DMOS, não lhe serão subsidiariamente aplicáveis as normas e os princípios vigentes em matéria penal e processual penal que impliquem ou pressuponham a separação entre aquele que investiga e aquele que decide porque essa solução é contrária ao espírito do DMOS e ao regime previsto no RGCO, designadamente nos seus artigos 32.º e 41.º⁴⁶.

Na sua vertente sancionatória, o DMOS autonomiza-se do direito penal em virtude da natureza da sanção principal aplicável que, conforme já referido, é sempre patrimonial, não havendo possibilidade de a converter em pena de prisão (contrariamente ao que sucede no campo criminal⁴⁷), e da finalidade meramente admonitória da sanção aplicável (e não de cariz retributivo), característica que se relaciona com a ausência de um juízo ético sobre a conduta do agente e com o facto de no DMOS inexisterem as finalidades expiatória e ressocializadora presentes na multa e nas penas privativas da liberdade⁴⁸.

Perante a autonomia material, processual e sancionatória do DMOS, acabada de expor, não pode senão concluir-se que os ilícitos de mera ordenação social são uma realidade completamente diversa dos ilícitos penais, sendo igualmente diversos os regimes processuais a seguir e, conseqüente e coerentemente, as sanções aplicáveis. Pode assim afirmar-se com propriedade que o ilícito de mera ordenação social representa, face aos ilícitos criminais, um *aliud*⁴⁹ qualitativo, de tramitação e quantitativo.

Não obstante a natureza autónoma do DMOS, em virtude da proliferação dos ilícitos contraordenacionais, do seu acolhimento no âmbito de matérias complexas e do aumento da gravidade das sanções principais e acessórias aplicáveis – fenómeno para que muito contribuiu a regulação e a complexificação das matérias envolvidas e que redundou no afastamento do DMOS

46 De resto, “[c]onstitui afirmação recorrente na jurisprudência do Tribunal Constitucional a da não aplicabilidade direta e global aos processos contraordenacionais dos princípios constitucionais próprios do processo criminal” – cfr. Ac. do TC 2006.

47 Cfr. o artigo 49.º do Código Penal (CP).

48 Neste sentido, Figueiredo Dias, 1998a: 29-31 e 2007: 165-166.

49 Expressão inicialmente utilizada por Eduardo Correia e depois correntemente referida no âmbito do DMOS.

das realidades bagatelares⁵⁰ – na revisão constitucional de 1989 foi aditado o n.º 8 ao artigo 32.º da CRP, passando a constar da Lei Fundamental que “[n]os processos de contra-ordenação são assegurados os direitos de audiência e defesa”. Mais tarde, na revisão constitucional de 1997, o então n.º 8 do artigo 32.º da CRP passou a constar do n.º 10 do mesmo preceito, tendo a referência aos direitos de audiência e defesa sido alargada a todos os processos sancionatórios – redação que se mantém atualmente em vigor.

Cumprido no entanto salientar que, quer no entendimento do TC, quer segundo alguma doutrina⁵¹, o conteúdo do referido n.º 10 do artigo 32.º da CRP apenas permite concluir “[...] ser inconstitucional a aplicação de qualquer tipo de sanção, contra-ordenacional, administrativa, fiscal, laboral, disciplinar ou qualquer outra, sem que o arguido seja previamente ouvido (direito de audiência) e possa defender-se das imputações que lhe são feitas (direito de defesa), apresentando meios de prova e requerendo a realização de diligências tendentes a apurar a verdade”⁵² e não serem extensíveis ao processo de contraordenação outras garantias do processo criminal previstas nos restantes n.ºs do artigo 32.º do texto constitucional. Contribuí decisivamente para este entendimento o facto de na revisão constitucional de 1989 ter sido afastada a introdução do artigo 32.º-A que propunha que se estabelecesse que “[n]os processos disciplinares e, em geral, nos processos sancionatórios são asseguradas ao arguido as garantias do processo criminal, designadamente a presunção de inocência e os direitos de audiência, defesa e produção de prova”⁵³, assim como o facto de na revisão constitucional de 1997 ter sido igualmente rejeitada uma proposta tendente a assegurar “todas as garantias do processo criminal” nos processos disciplinares e demais processos sancionatórios⁵⁴ – circunstâncias que demonstram que o legislador constitucional, apesar de reconhecer a importância de dotar o processo de contraordenação de mecanismos garantistas para o arguido, não deixou de reconhecer, em dois momentos distintos, a autonomia e singularidade do DMOS, não o equiparando aos ilícitos criminais.

50 Sobre o afastamento do DMOS da lógica bagatelar cfr. Costa Pinto, 1997: 71-74 e Bolina, 2009: 744-745.

51 Cfr. neste sentido Miranda & Medeiros, 2010: 740; Leones Dantas, 2010: 328-331 e o Ac. do TRLx 2009, pp. 31-32.

52 Cfr. o Ac. TC 2006, p. 8.

53 Cfr. DAR, 1989a: 2157.

54 Cfr. DAR, 1996: 72.

No mesmo ensejo de dotar o RGCO de maiores garantias para os arguidos foi aprovado o Decreto-Lei n.º 244/95, de 14 de setembro que, sucintamente, alterou a redação do artigo 50.º daquele Regime Geral, que passou a mencionar a necessidade de conceder ao arguido “*um prazo razoável*” para exercer o respetivo direito de defesa e a exigir a fundamentação da decisão administrativa e procedeu ao alargamento para 20 dias do prazo para impugnação judicial.

Percorrido este caminho, considerando a autonomia do DMOS e o seu regime jurídico próprio plasmado quer no artigo 32.º, n.º 10 da CRP, quer no RGCO – sem prejuízo das normas sectoriais próprias de cada autoridade reguladora –, não pode deixar de concluir-se que a aplicação subsidiária “*dos preceitos reguladores do processo criminal*”⁵⁵, para além de depender da respetiva adaptação, nos precisos termos contidos no artigo 41.º, n.º 1 do Regime Geral, pressupõe que haja uma verdadeira lacuna no DMOS e não uma mera ausência de regulação intencionada pelo legislador, porque imbuída do espírito próprio deste Direito⁵⁶.

b) O Regime Quadro das Contraordenações no Sector das Comunicações

O sector das comunicações dispõe de um regime especial aplicável às contraordenações verificadas no seu âmbito, o RQCOSC, aprovado pela Lei n.º 99/2009, de 4 de setembro, sem prejuízo da aplicação subsidiária do RGCO, nos termos do disposto no artigo 36.º do RQCOSC.

O RQCOSC determina, no n.º 1 do seu artigo 13.º, que a fiscalização do cumprimento das normas relativas ao sector das comunicações é da competência do ICP-ANACOM, cabendo a aplicação de sanções e o arquivamento de processos ao conselho de administração (ainda que com possibilidade de delegação e subdelegação, de acordo com o previsto no artigo 14.º) e a instrução dos processos aos serviços do ICP-ANACOM, conforme resulta da previsão do artigo 19.º.

O artigo 22.º do RQCOSC impõe que no processo comum⁵⁷ haja uma acusação e que a mesma seja comunicada ao arguido para que este se pronuncie sobre aquela, juntando prova e requerendo a realização de outra, num

55 E note-se que a redação do n.º 1 do artigo 41.º do RGCO refere os “*preceitos reguladores do processo criminal*” – entendidos enquanto normas – e não os seus princípios.

56 Em sentido idêntico Bolina, 2010: 384-386; Costa Pinto, 2002: 617; Leones Dantas, 2010: 295 e Ac. do TCLx 2007, pp. 79-80.

57 Estão ainda previstos neste regime a advertência (artigo 15.º) e o processo sumaríssimo (artigo 21.º).

prazo a fixar entre os 10 e os 20 dias – preceito que garante, em sede de processos de contraordenação no sector das comunicações, o cumprimento da norma constitucional contida no artigo 32.º, n.º 10 da CRP.

De acordo com o estabelecido no artigo 32.º do RQCOSC, e em sintonia com o previsto na LCE, as decisões do ICP-ANACOM proferidas no âmbito de processos de contraordenação são sempre impugnáveis perante o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão⁵⁸, com efeito suspensivo.

Assim, da análise do RQCOSC resulta que, apesar de existir um regime próprio para as contraordenações da competência do ICP-ANACOM, o espírito que preside aos processos de mera ordenação social no sector das comunicações não difere daquele previsto no RGCO, pelo que, também neste âmbito, a aplicação dos preceitos do processo penal dependerá de uma análise criteriosa sobre se existe uma lacuna ou, pelo contrário, se está ante um silêncio intencional do legislador⁵⁹.

Enquadrados o fenómeno regulador, as autoridades reguladoras em geral e o ICP-ANACOM em particular, o DMOS enquanto direito aplicável nos processos sancionatórios das autoridades reguladoras e as normas específicas vigentes no sector das comunicações – tendo-se concluído pela natureza *sui generis* deste ramo do direito e pela sua adequação ao fenómeno da regulação – cumpre agora questionar se o direito à não autoincriminação tem aplicação nos processos de contraordenação que corram ante o ICP-ANACOM e, em caso afirmativo, em que termos e com que extensão, de modo a, no final, se poder retirar consequências para o *case study*.

4. O direito à não autoinculpação

a) Origem e significado

O direito à não autoinculpação, ou *nemo tenetur se ipsum accusare*, consubstancia-se na garantia dada ao arguido de que não tem de contribuir para a formação de um juízo de culpa que impenda sobre si⁶⁰.

58 Cfr. o artigo 89.º-B, n.º 1, alínea b) da Lei n.º 3/99, de 13 de janeiro, introduzido pela Lei n.º 46/2011, de 24 de junho, bem como o artigo 20.º, n.º 1 deste diploma legal, em conjugação com o disposto no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 67/2012, de 20 de março e com os artigos 1.º e 2.º da Portaria n.º 84/2012, de 29 de março.

59 De todo o modo, é de salientar que nos processos sancionatórios do sector das comunicações o regime aplicável é, em primeiro lugar, o previsto no RQCOSC, subsidiariamente o constante do RGCO e apenas em terceira linha – e por remissão da remissão – os preceitos do CPP.

60 Sobre a origem e conteúdo do *nemo tenetur se ipsum accusare vide* Ramos, 2007: 58-69; Silva Dias, 2011: 18-20; Silva Dias & Ramos, 2009: 9-34 e Ac. do TC n.º 461/2011, pp. 14-15.

Concretamente, e em termos processuais, o direito à não autoinculpação decompõe-se no direito ao silêncio *stricto sensu* – o arguido tem o direito de permanecer calado, não respondendo às perguntas que lhe são feitas – e no direito de não carrear provas para o processo⁶¹.

Analisado segundo uma perspetiva mais alargada, o direito à não autoinculpação surge no seio de um amplo direito de defesa do arguido que tem lugar num processo equitativo e acusatório, relacionando-se, de um ponto de vista substantivo, com o princípio de presunção de inocência e com a própria dignidade da pessoa humana.

Com efeito, o direito à não autoinculpação terá tido origem no âmbito do direito processual penal anglo-saxónico com a passagem do processo inquisitório para o processo de estrutura acusatória, em que o arguido deixa de ser visto como um objeto do processo para passar a ocupar o lugar de verdadeiro sujeito processual, com direitos, deveres e garantias.

Apesar de ser unânime a sua vigência constitucional implícita⁶², o *nemo tenetur se ipsum accusare* não tem previsão expressa na CRP, diversamente do que sucede no âmbito do Código de Processo Penal (CPP), onde são várias as normas que estabelecem a possibilidade de o arguido permanecer em silêncio e de não contribuir para a sua própria inculpação⁶³ – regime que, de resto, está de acordo com a estrutura acusatória do processo penal imposta pelo n.º 5 do artigo 32.º da CRP.

b) Vigência e alcance na supervisão do ICP-ANACOM

No que respeita aos processos sancionatórios do sector das comunicações, nem o RQCOSC, nem o RGCO preveem o direito ao silêncio do arguido, vigorando antes, nos termos acima referidos, o dever de colaboração dos regulados para com o ICP-ANACOM, sem que os estatutos ou a LCE o façam cessar em função da instauração de um eventual processo de contraordenação.

Por outro lado, e igualmente nos termos *supra* referidos, a CRP apenas impõe, no n.º 10 do seu artigo 32.º, que nos processos de contraordenação seja assegurado ao arguido o direito de audiência e defesa (que pode consubs-

61 Assim, Ac do TC 2011; Sousa Mendes, 2010: 125-126 e Anastácio, 2010: 205. Sobre o fundamento constitucional do *nemo tenetur se ipsum accusare* cfr. o Ac. do TRLx 2008a, p. 52.

62 Veja-se a este propósito, por todos, Silva Dias & Ramos, 2009: 14-17. No que respeita a jurisprudência, cfr., designadamente, os Acs. do TC. 1995, 1997, 2004a, 2005 e 2007.

63 Como é o caso dos artigos 61.º, n.º 1, alínea d), 132.º, n.º 2, 141.º, n.º 4, alínea a), 143.º, n.º 2, 144.º, n.º 1 e 343.º, n.º 1.

tanciar-se na possibilidade que o arguido tem de se remeter ao silêncio e de, por sua autoiniciativa, não juntar aos autos prova que contribua para formular um juízo de culpa sobre si) – e não que lhe sejam dispensadas todas as garantias vigentes no processo penal⁶⁴.

Ao nível infraconstitucional, o direito de audiência e defesa nos processos de contraordenação encontra-se previsto no artigo 50.º do RGCO – que impõe que seja concedido prazo razoável para o efeito –, o que, no sector das comunicações, é densificado pelo artigo 22.º do RQCOSC, que dispõe que seja fixado um prazo entre os 10 e os 20 dias úteis para que o arguido apresente defesa e indique meios de prova, caso assim o entenda.

É ainda em virtude da vigência do direito de defesa nos processos contraordenacionais que a impugnação judicial das decisões do ICP-ANACOM

64 Com bastante interesse para a compreensão da *mens legislatoris* na introdução do n.º 10 do artigo 32.º da CRP (originariamente n.º 8 do mesmo preceito), vejam-se as atas da Comissão Eventual para a II Revisão Constitucional, concretamente as n.ºs 69 e 73 (publicadas, respetivamente, nos DAR, 1989a e 1989b), que documentam a rejeição da proposta de inserção no texto constitucional de um artigo 32.º-A que visava estabelecer que “[n]os processos disciplinares e, em geral, nos processos sancionatórios são asseguradas ao arguido as garantias do processo criminal, designadamente a presunção de inocência e os direitos à audiência, defesa e produção de prova” na medida em que se vislumbravam “[...] dificuldades de transpor, para o processo de mera ordenação social, todas as normas do processo penal, porque isso era inutilizar o processo de mera ordenação social. Foi justamente uma razão de simplicidade e celeridade que deu origem ao processo de mera ordenação social” – cfr. pp. 2147 e 2152.

Ainda com o mesmo objetivo, mas no que concerne à revisão constitucional de 1997, pode consultar-se o DAR, 1996, onde se lê “[s]omos sensíveis [...] ao facto de haver no âmbito dos processos disciplinares e de outro tipo de processos sancionatórios defeitos e problemas que subsistem e que causam, ou podem provocar, situações de injustiça ou de menor defesa dos direitos dos arguidos nesses processos. No entanto, não nos parece que para resolver essas preocupações a solução seja a de pura e simplesmente igualar em termos de dignidade no tratamento os processos disciplinares e qualquer tipo de processos sancionatórios ao processo criminal. No fundo, isso redundaria numa quase ‘desdignificação’ da preocupação social que existe em torno do processo criminal e que justifica toda a panóplia de cautelas especiais de que o legislador constituinte entendeu rodear o processo criminal” (cfr. p. 74) e o DAR, 1997 que documenta a aprovação do n.º 10 do artigo 32.º na sua redação atual – cfr. p. 64.

No sentido de que o artigo 32.º, n.º 10 da CRP apenas impõe que no processo de contraordenação sejam assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa, cfr. a sentença do TRLx 2006, pp. 10-12, que foi integralmente mantida pelo TRLx (Ac. 2007). Esta matéria foi subsequentemente levada ao TC que, contudo, no Ac. 2009, não conheceu do objeto do recurso por ter entendido que a inconstitucionalidade invocada se reportava à própria decisão do TRLx e não à norma LdC alegada pela recorrente. Ainda no mesmo sentido, cfr. Ac. TRLx 2009, pp. 31-33. Para conhecer o entendimento do TC sobre a extensão ao processo de contraordenação das garantias constitucionalmente previstas para o processo criminal, vide, com ampla referência a outros Acs. deste Tribunal, o Ac. 2006, em cuja página 10 se afirma que “[...] a diferente natureza dos ilícitos em causa e a menor ressonância ética do ilícito de mera ordenação social, com reflexos nos regimes processuais próprios de cada um deles [determina que] não [seja] constitucionalmente imposta ao legislador a equiparação das garantias em ambos esses regimes [...]”.

é sempre admissível, havendo lugar a um duplo grau de recurso que pode alcançar os tribunais da Relação⁶⁵.

Mas o direito de audiência e defesa vigente nos processos de contraordenação do sector das comunicações é isso mesmo: um direito. Nada no regime vigente impõe ao arguido que apresente a sua defesa e que, por sua autoiniciativa, tenha de juntar prova aos autos que possa contribuir para incrementar o juízo de culpa contra si. Na verdade, o arguido de um processo de mera ordenação social é livre de permanecer em silêncio e de não juntar provas que contribuam para a sua culpa, encontrando-se, nessa medida, assegurado o cerne do *nemo tenetur se ipsum accusare*, enquanto decorrência do amplo direito de defesa (que pode consistir, precisamente, na possibilidade de não agir – imposição diretamente decorrente do n.º 10 do artigo 32.º da CRP).

O que já não pode admitir-se no seio da lógica da supervisão e dos poderes sancionatórios consignados ao ICP-ANACOM nesse âmbito e com esse exclusivo intuito – nos precisos termos acima expostos – é que os regulados deste Instituto possam escusar-se a fornecer ao seu regulador documentos e informações estritamente factuais (que não contenham juízos e opiniões acerca dos factos)⁶⁶. Com efeito, ainda que se tenha pronunciado acerca de questões relativas à concorrência, o TJCE tem por entendimento pacífico que os regulados estão sujeitos ao dever de prestar informações e responder a perguntas exclusivamente factuais^{67/68} – entendendo-se que sempre que as

65 De notar que o TEDH tem entendido, nomeadamente no recente Ac. 2011, que “[s]e não é incompatível com a Convenção [CEDH] confiar às autoridades administrativas a tarefa de perseguir e de reprimir os ilícitos de mera ordenação social, é todavia necessário sublinhar que o interessado deve poder recorrer da totalidade da decisão tomada contra si perante um tribunal que ofereça todas as garantias do artigo 6.º” e que “[o] respeito pelo artigo 6.º da Convenção não exclui a aplicação de uma pena por parte de uma autoridade administrativa no âmbito de um processo de natureza administrativa; ele supõe, não obstante, que a decisão de uma autoridade administrativa que não preencha as condições do artigo 6.º, n.º 1 seja submetida a posterior controlo por parte de um órgão judiciário com jurisdição plena” – tradução livre (cfr. p. 11 da versão francesa do referido Ac.).

66 Neste sentido, Anastácio, 2010: 219-222.

67 De referir, a este propósito, o Ac. TJCE 1989 no qual, no âmbito de uma questão de um processo sancionatório da concorrência o Tribunal entendeu que “[...] para preservar o efeito útil dos n.ºs 2 e 5 do artigo 11.º do Regulamento n.º 17, a Comissão tem o direito de obrigar a empresa a fornecer todas as informações necessárias relativas aos factos de que possa ter conhecimento e, se necessário, os documentos correlativos que estejam na sua posse, mesmo que estes possam servir, em relação a ela ou a outra empresa, para comprovar a existência de um comportamento anti concorrencial, já no entanto não pode, através de uma decisão de pedido de informações, prejudicar os direitos de defesa reconhecidos à empresa. Deste modo, a Comissão não pode impor à empresa a obrigação de fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infração, cuja prova cabe à Comissão” – pp. 3351-3352.

O Ac. TJCE 1989 tem sido reiterado por esse Tribunal, nomeadamente no Ac. 2006, no qual se afirmou que “[a] empresa em causa deve, portanto, se a Comissão o pedir, fornecer-lhe os referidos documentos

solicitações do ICP-ANACOM exijam respostas que transponham o mero relato factual estarão já a atingir o âmbito do direito ao silêncio vigente nos processos sancionatórios da sua competência.

De facto, atendendo aos fins prosseguidos pelo ICP-ANACOM, bem como aos poderes que para o efeito lhe foram concedidos, à autonomia do DMOS perante o processo penal e às características processuais do processo

relacionados com o objeto do inquérito, mesmo podendo estes elementos ser utilizados pela Comissão a fim de estabelecer a existência de uma infração”, acrescentando que “[...] [o] dever de cooperação não permite que a empresa se furete aos pedidos de apresentação de documentos, invocando que, se lhes anuísse, se veria coagida a testemunhar contra si própria. Além disso, [...] sendo evidente que devem ser respeitados os direitos de defesa, a empresa em causa não deixa de poder, quer no quadro do procedimento administrativo quer no de um processo perante os órgãos jurisdicionais comunitários, sustentar que os documentos apresentados têm um significado diferente daquele que lhes deu a Comissão” – pp. 5968-5969. Sobre a jurisprudência dos tribunais comunitários, vide Martinho, 2010: 149-166. No sentido de que, em matéria de concorrência, é transponível para o direito interno o entendimento da Comissão Europeia segundo o qual os regulados têm o dever de remeter à autoridade reguladora “[...] documentos e puros elementos de facto mesmo que deles resulte a incriminação do investigado, dada a possibilidade de demonstração posterior de significado diverso [...]” na medida em que essa solução “respeita o núcleo essencial do direito à não auto-incriminação, embora restringindo-o [e] essa restrição é permissível (ao contrário do que sucederia com a sua pura eliminação), lida à luz da diferente natureza do ilícito penal e do ilícito contraordenacional”, cfr. a sentença do TClx 2007, p. 90. Esta decisão foi integralmente mantida pelo TRLx, mediante o Ac. 2008b.

68 No que respeita à jurisprudência do TEDH, cumpre notar, como afirma Helena Gaspar Martinho, que da sua análise resulta que “(...) o direito ao silêncio e à não auto-incriminação não é um direito absoluto e admite restrições quando confrontado com outros interesses juridicamente tutelados, desde que se preserve o seu núcleo essencial” e que “(...) as decisões do TEDH dizem respeito à aplicação do direito ao silêncio e não auto-incriminação em processos em que os destinatários das questões são pessoas singulares e que podem conduzir à aplicação de penas privativas da liberdade ou outras sanções de tipo criminal” – cfr. Martinho, 2010: 166-167.

No que concerne ao conhecido Ac. do TEDH 1993 – que, à primeira vista, poderia ser apontado como um caso em que o Tribunal rejeita liminarmente a possibilidade de o investigado ser compelido a carrear provas que o incriminem, note-se que nesse circunstancialismo não só se estava perante uma pessoa singular (diferentemente do que acontece com a generalidade dos casos respeitantes aos regulados do ICP-ANACOM) como que ao procederem às buscas domiciliárias à residência do Senhor Funke as autoridades francesas não tinham sequer a certeza da existência dos documentos que procuravam, aspeto que da leitura do aresto parece ter sido crucial para que o TEDH tenha decidido no sentido da violação do artigo 6.º, n.º 1 da CEDH: “[o] Tribunal nota que os agentes aduaneiros provocaram a condenação do Senhor Funke de modo a obterem determinados documentos que eles acreditavam existir apesar de não terem a certeza sobre tal facto. Sendo incapazes ou não querendo procurar os documentos por outros meios, os agentes aduaneiros tentaram compelir o recorrente no sentido de ser ele próprio a fornecer a prova que demonstrasse a prática do ilícito que alegadamente teria cometido. Consequentemente, houve violação do artigo 6.º, n.º 1.º”. Constata-se assim que, tanto quanto é possível retirar desta decisão, o TEDH entende que, não obstante a possibilidade de o investigado poder ter de entregar provas que o incriminem, tais provas não podem ser as únicas a partir das quais se retira a demonstração da ocorrência do facto ilícito e, ainda, que têm de existir indícios relativos ao facto ilícito exteriores ao próprio investigado, ou seja, que não dependam dele.

De referir, não obstante, que a jurisprudência do TEDH é, como não poderia deixar de ser, casuística, sendo, por isso, de difícil aplicação direta a outros casos com particularidades diferentes. Pode encontrar-se uma análise detalhada da jurisprudência do TEDH acerca do direito à não autoincriminação em Sousa Mendes, 2010: 129-139.

de mera ordenação social – especialmente no que se reporta à unidade da autoridade que investiga e acusa –, não pode interpretar-se a ausência de previsão de normas que estabeleçam o *nemo tenetur* como uma lacuna que deve ser integrada mediante a aplicação das normas do CPP^{69 70}. Salvo melhor opinião, este entendimento faria tábua rasa das especificidades do binómio supervisão/sanção e de tudo o que o envolve, conduzindo à introdução de regras desconformes aos princípios que norteiam estas matérias⁷¹.

Do mesmo modo, considerando o quadro constitucional acima referido, com especial relevo para o estabelecido nos artigos 32.º, n.º 10, 61.º, n.º 1 e 81.º, alíneas e) e h) da CRP, não chega a existir um conflito de princípios constitucionais que tenha de ser resolvido mediante a aplicação do mecanismo previsto no artigo 18.º, n.º 2 da Constituição⁷². Com efeito, o *nemo tenetur se ipsum accusare* tem uma vigência intrinsecamente menos abrangente no âmbito dos processos de contraordenação face ao que sucede em sede criminal – atendendo, desde logo, à estrutura não estritamente acusatória do processo, aos fins prosseguidos através do DMOS e às sanções aplicáveis – não chegando, sequer, a sofrer uma restrição em virtude do dever de colabo-

69 Neste sentido, ainda que reportando-se aos processos contraordenacionais da competência da AdC, pronunciou-se o TCLx na sentença 2006, afirmando que “[e]xistem normas próprias que regulam a questão, punindo designadamente a omissão da conduta. Existindo essas normas, não é necessário, nem admissível, recorrer a normas aplicáveis subsidiariamente, por não dever passar do referido primeiro grau de aplicação. Ou seja, o referido direito ao silêncio não é aplicável justificadamente, em nosso entender, considerando as diferenças entre os direitos em análise e o papel e funções da Autoridade da Concorrência [...]” – cfr. p. 9.

70 Expressando uma ideia idêntica à aqui vertida, o TEDH afirmou, no Ac. 2011, que “[...] a natureza do procedimento administrativo [de mera ordenação social] pode diferir, sob variados aspetos, da natureza do processo penal em sentido estrito. Se essas diferenças não exoneram os Estados contratantes [da CEDH] da sua obrigação de respeitar todas as garantias fornecidas pela vertente penal do artigo 6.º, podem, não obstante, influenciar as modalidades da sua aplicação” – tradução livre (cfr. p. 12 da versão francesa do mencionado Ac.).

71 De todo o modo, e conforme salienta Frederico da Costa Pinto, ainda que se defenda a aplicação subsidiária das normas do CPP ao processo de contraordenação, a verdade é que, nem mesmo nesse regime, naturalmente mais garantista, o *nemo tenetur* tem vigência absoluta, impondo-se ao arguido que se sujeite a diligências determinadas de prova, nos termos do artigo 61.º, n.º 3, alínea d) daquele Código – cfr. Costa Pinto, 2009: 94-100. Assim, mesmo que se defendesse a aplicação subsidiária das normas processuais penais, sempre se concluiria pelo dever de colaboração dos regulados, ao abrigo de um dever de submissão a diligências de prova.

72 Diferente entendimento teve o TRLx no Ac. 2011a, tendo decidido que “[...] a supressão do direito à não auto-incriminação da EDP – Energias de Portugal, S.A. por parte da Comissão dos Valores Mobiliários violou o princípio da proporcionalidade (cfr. Art. 18.º, n.º 2 da C.R.P.), na sua vertente de necessidade, já que aquela autoridade administrativa optou pelo meio de prova mais lesivo para os direitos fundamentais da arguida, sem curar de ponderar por outros meios de obtenção de prova” – cfr. p. 53. Também no sentido do conflito entre o *nemo tenetur* e o dever de colaboração dos regulados, ainda que no âmbito do direito da concorrência e recorrendo ao artigo 18.º, n.º 2 da CRP, vide Anastácio, 2010: 207-218.

ração dos regulados. Pelo contrário: no seio do fenómeno da regulação do sector das comunicações e do direito sancionatório aí aplicável, o direito à não autoinculpação convive paralelamente com o dever de colaboração imposto aos regulados, sem que um se imiscua no âmbito do outro.

Não poderia, de resto, entender-se de modo diverso ao considerar-se que os poderes sancionatórios do ICP-ANACOM não têm natureza autónoma, antes fazendo parte integrante dos mais amplos poderes de supervisão, tendo em vista a sua eficácia e efetividade, como já acima se expôs.

Assim, as entidades sujeitas à supervisão do ICP-ANACOM estão obrigadas a colaborar com este Instituto, juntando documentos e respondendo a perguntas meramente factuais, quer num momento prévio à instauração de um eventual processo de contraordenação em que sejam arguidos, quer posteriormente à sua instauração⁷³. De facto, sendo o fim último da prestação de informações por parte dos regulados – independentemente do momento temporal da solicitação face ao processo – o mesmo, i.e., o cabal desempenho da atividade de supervisão a cargo do ICP-ANACOM, não se vislumbra qualquer motivo para que se verifiquem alterações ou restrições ao dever de colaboração. Alterações ou restrições que, sublinhe-se, não se encontram previstas no regime jurídico aplicável, quer ao nível constitucional, quer em sede ordinária.

Relembre-se: proceder a uma interpretação diversa conduziria à adulteração da lógica subjacente ao fenómeno regulador e à autonomia do DMOS, implicando aportar (e descontextualizar) para esta sede os quadros jurídicos do processo penal, que aqui não têm lugar.

III. A SOLUÇÃO

Percorrido o caminho que permitiu contextualizar todas as realidades em apreço, é agora possível chegar à solução concreta para o *case study* inicialmente apresentado.

73 Não obstante tal obrigação, privilegiando uma relação de transparência entre regulador e regulados, entende-se que o ICP-ANACOM deverá informar o investigado de que a informação obtida pode vir a ser utilizada contra ele em sede contraordenacional – independentemente de, conforme acima referido, estas entidades conhecerem à partida (tendo tal dever) as normas aplicáveis ao sector em que atuam e as prerrogativas da sua Autoridade Reguladora.

Como decorrência direta do que acabou de se expor resulta que o ICP-ANACOM poderá (e deverá⁷⁴) integrar no processo de contraordenação os documentos entregues pela entidade vencedora do concurso, porquanto os mesmos foram prestados ao abrigo do dever de colaboração e nos termos do regime previsto nos artigos 108.º e 109.º da LCE⁷⁵, limitando-se a relatar factos – concretamente, a descrever a forma como a informação acerca do novo serviço estava a ser prestada aos consumidores.

De resto, apenas a entidade vencedora poderia prestar a informação em causa – já que a mesma lhe é interna –, revelando-se a sua análise da maior importância para o cabal desempenho da função de supervisão cometida ao ICP-ANACOM, mormente no que concerne à defesa dos consumidores – atribuição a cargo deste Instituto nos termos do previsto no artigo 6.º, n.º 1, alínea *h*) dos seus estatutos e que procede à densificação no sector das comunicações da diretriz constitucional contida no artigo 81.º, alínea *h*) da CRP.

Acresce, por outro lado, que a entidade vencedora (e arguida) terá ainda possibilidade de, querendo, se pronunciar sobre os factos relatados nos documentos que remeteu ao ICP-ANACOM na defesa escrita, nos termos do previsto no artigo 22.º do RQCOSC. Nessa sede a arguida terá oportunidade de expor o seu entendimento sobre os factos relatados e, por isso, de se defender, podendo, ainda, juntar outra prova que considere relevante para a defesa da sua posição.

Sem embargo, a arguida poderá, também, exercer o mesmo direito de defesa em sede de impugnação judicial (caso o ICP-ANACOM venha, a final, a aplicar-lhe uma coima ou uma sanção acessória), mecanismo que permitirá não só que uma terceira entidade avalie o processo e decida sobre ele, como que a arguida (re)apresente a sua versão dos factos objeto do processo.

O mesmo é dizer que o facto de a entidade vencedora não se poder escusar a colaborar com o ICP-ANACOM não debilita a sua posição processual, nem, tão-pouco, a transforma num mero objeto do processo, na medida em que lhe são concedidas oportunidades de se pronunciar sobre o entendimento

74 Note-se que nos termos do previsto no artigo 54.º, n.º 2 do RGCO, o ICP-ANACOM deverá instruir o processo de modo a poder, a final, proceder ao respetivo arquivamento ou à aplicação de uma coima, o que significa que o ICP-ANACOM tem o dever de perseguir a verdade dos factos e de, por isso, integrar no processo todos os elementos que lhe permitam avaliar e decidir justamente.

75 Note-se que uma das matérias exemplificativamente indicadas no n.º 1 do artigo 109.º como fundamento de um pedido de informações dirigido pelo ICP-ANACOM aos seus regulados é precisamente a verificação do cumprimento de obrigações a que estes se tenham vinculado na sequência de um concurso público.

do ICP-ANACOM acerca do ilícito de mera ordenação em causa – e isto quer perante o próprio ICP-ANACOM, quer já em sede judicial. Pelo contrário, caso se perfilhasse o entendimento de que, por se estar no âmbito de um processo sancionatório, a entidade vencedora não teria de colaborar com o ICP-ANACOM, prestando as informações factuais solicitadas, estar-se-ia a pôr em causa o regular funcionamento do sector das comunicações, invertendo a lógica que subjaz à supervisão e aos processos de contraordenação da competência daquele Instituto.

CONCLUSÃO

A resolução da tensão existente entre o dever de colaboração das entidades reguladas e o respetivo direito à não autoinculpação depende da compreensão dos fenómenos que lhe estão associados: regulação, DMOS e *nemo tenetur se ipsum accusare*.

A regulação surgiu no último quartel do século passado como resposta política, económica e jurídica integradora do novo paradigma do Estado liberal, que deixou de intervir diretamente na economia, mas manteve o seu dever de garantir e certificar o regular funcionamento dos mercados.

As autoridades reguladoras surgem no seio do fenómeno regulador como entidades autónomas e independentes às quais foram atribuídas competências tradicionalmente cometidas a órgãos distintos, quebrando, desse ponto de vista, o modelo clássico de divisão de poderes.

Paralelamente, o desenvolvimento económico e social complexificou os mercados, passando a haver atividades reservadas cujo exercício depende de autorização prévia ou do cumprimento de determinados requisitos – nos termos previstos no artigo 61.º, n.º 1 da CRP –, estabelecendo-se uma estreita relação entre agentes económicos e autoridades reguladoras sectoriais.

É neste contexto que devem interpretar-se os poderes sancionatórios que foram confiados às autoridades reguladoras, consubstanciando aqueles a garantia de efetividade e eficiência da regulação e da supervisão – e não como um poder autónomo, parajudicial e equiparado ao processo penal. Com efeito, no que concerne ao ICP-ANACOM, o artigo 9.º, alínea f) dos respetivos estatutos prevê a instauração e instrução de processos de contraordenação como procedimentos de supervisão, sistemática que demonstra a íntima ligação entre os dois tipos de poderes.

É igualmente na perspetiva referida que deve compreender-se o dever de colaboração dos regulados e a simétrica prerrogativa das autoridades regu-

ladoras solicitarem o envio de documentos e a prestação de informações e, concretamente no que se refere ao ICP-ANACOM, os poderes consignados no n.º 1 do artigo 13.º dos estatutos e no artigo 108.º, n.º 1 da LCE.

Por outro lado – tal como resulta do artigo 10.º, n.º 2 *in fine* dos estatutos –, os poderes sancionatórios do ICP-ANACOM não podem ser apartados da lógica subjacente ao DMOS, enquanto fruto do movimento de descriminalização ocorrido a partir dos anos 70 do século XX e que deu origem a um ramo de direito autónomo sob uma perspetiva material, processual e sancionatória, dotado dos seus princípios e regras próprios.

Apesar de o RQCOSC estabelecer o RGCO como o regime subsidiário – o qual, por sua vez, remete para o CPP – a autonomia do DMOS e as especificidades do processo de contraordenação impõem, face à ausência de previsão legal, a verificação de que se estará ante um silêncio intencional ou uma lacuna, não sendo o recurso às normas do processo criminal automático nem completo.

O mesmo é dizer que o DMOS não pode ser interpretado de acordo com a lógica vigente no processo penal, porque ambas as disciplinas – não obstante o seu cariz sancionatório – acolhem quadros juridicomentais diversos, de que as respetivas tramitações processuais e sanções aplicáveis são meros exemplos.

Por seu turno, o direito à não autoinculpação teve origem no processo criminal e na viragem do processo inquisitório para aquele de estrutura acusatória, sendo integrado, numa interpretação mais abrangente, no seio do amplo direito de defesa e do processo equitativo e acusatório. Apesar de ser indubitável a sua vigência no processo penal, a CRP não acolhe explicitamente este princípio e o RQCOSC e o RGCO não dispõem de qualquer norma que conceda ao arguido o direito de não se autoinculpar – quer na perspetiva de poder permanecer em silêncio, quer naquela outra de não ser obrigado a carrear meios de prova para o processo.

Não obstante, a CRP faz menção expressa aos processos de contraordenação no seu artigo 32.º, n.º 10, garantindo aos arguidos o direito de audiência e defesa, desenvolvidos na lei ordinária pelos artigos 22.º do RQCOSC e 50.º do RGCO.

Enquanto manifestação do direito de defesa, o direito de o arguido não prestar declarações e não carrear provas para os autos que contribuam para a formação da sua culpa tem de ser assegurado nos processos de mera ordenação social do sector das comunicações, por imperativo constitucional e infraconstitucional. Todavia, é apenas este último reduto, reconduzível ao direito

de defesa, que tem de ser assegurado e nada mais além dele. A consideração pelo contexto da regulação e da supervisão, por um lado, e pela lógica própria do DMOS, cujo processo não segue a estrutura acusatória clássica do processo penal, por outro, determina a vigência restrita do direito à não autoinculpação nesta área do direito sancionatório face ao que sucede no processo crime – âmbito em que o *nemo tenetur* surgiu e em função do qual se desenvolveu. Assim, não é admissível a um arguido de um processo contraordenacional do sector das comunicações escusar-se a apresentar documentos e a informar o ICP-ANACOM sobre meros factos (e já não acerca de posições, considerações ou opiniões acerca dos mesmos). Com efeito, apesar de o arguido ter a seu cargo o dever de relatar ao ICP-ANACOM os factos que este lhe solicite, juntando documentos que respeitem o critério da factuabilidade, o ICP-ANACOM terá sempre de lhe conceder o direito de defesa sobre os mesmos, podendo, então, apresentar a sua interpretação dos factos e juntar nova prova, bem como, a final, recorrer judicialmente de qualquer decisão administrativa que lhe aplique uma coima.

A resolução da tensão existente entre o dever de colaboração das entidades reguladas pelo ICP-ANACOM e o seu direito à não autoinculpação resolve-se, deste modo, no seio da própria lógica subjacente à regulação, à supervisão e aos poderes sancionatórios e ao DMOS. Não chega, assim, a existir um conflito de valores constitucionalmente assegurados que solicite a aplicação do artigo 18.º, n.º 2 da CRP – o direito à não autoinculpação tem uma vigência intrinsecamente menor no âmbito do processo de contraordenação – nem, tão-pouco, se revela necessário recorrer à aplicação das normas do CPP, enquanto direito subsidiário – a não previsão do direito ao silêncio no RQCOSC e no RGCO não é uma lacuna, mas antes uma consequência da natureza própria e autónoma do DMOS.

Contanto que o pedido de informações do ICP-ANACOM cumpra o preceituado nos artigos 108.º e 109.º da LCE e apenas implique uma descrição factual, os seus regulados estão obrigados a prestar a informação solicitada, quer tal ocorra prévia ou posteriormente à instauração de um processo de contraordenação. Com efeito, sendo o fim dos pedidos de informações e o fundamento que lhe subjaz o mesmo – a eficácia e eficiência da supervisão desenvolvida pelo ICP-ANACOM –, não há (na lei, nem em qualquer princípio vigente) por que distinguir o momento em que o pedido de informações é formulado.

BIBLIOGRAFIA

ANASTÁCIO, Catarina

2010 “O dever de colaboração no âmbito dos processos de contra-ordenação por infracção às regras da concorrência e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 1, pp. 199-235.

BOLINA, Helena

2009 “O regime dos processos de contra-ordenação dos reguladores independentes”, in Paz Ferreira, Luís Morais & Gonçalo Anastácio (coord.), *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?*, Coimbra: Almedina, pp. 737-771.

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.

CORREIA, Eduardo

1998 “Direito penal e direito de mera ordenação social”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, vol. I, pp. 3-18.

COSTA ANDRADE, Manuel da

1998 “Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, vol. I, pp. 75-107.

COSTA PINTO, Frederico Lacerda da

1997 “O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal”, Separata da *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, fasc. 1.º, ano 7.

2002 “Acesso dos particulares a processos de contra-ordenação arquivados. Um estudo sobre o sentido e limites da aplicação subsidiária do Direito Processual Penal ao processo de contra-ordenação”, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, volume II, Coimbra: Almedina, pp. 601-624.

2009 “Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito de defesa em processo de contra-ordenação”, in Figueiredo Dias, Costa Andrade & Costa Pinto, *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*, Coimbra: Almedina, pp. 57-125.

DIÁRIO DA ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

1989a II Série, n.º 71-RC, de 02.02.1989, pp. 2145-2157.

1989b II Série, n.º 75-RC, de 15.02., pp. 2262-2263.

1996 II Série-RC, n.º 20, de 12.09.1996, pp. 72-77.

1997 I Série, n.º 95, de 17.07.1997, pp. 1-64.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de

1998a “O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, vol. I, pp. 19-33.

1998b “Para uma dogmática do direito penal secundário”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, vol. I, pp. 35-74.

2007 *Direito Penal, Parte Geral*, 2.^a edição, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 155-173.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de & COSTA ANDRADE, Manuel da

2009 “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas”, in Figueiredo Dias, Costa Andrade, & Costa Pinto, *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*, Coimbra: Almedina, pp. 11-56.

LEONES DANTAS, António

2010 “Os direitos de audição e de defesa no processo das contra-ordenações – artigo 32.º, n.º 10 da Constituição da República”, in *Revista do CEJ*, n.º 14, pp. 293-332.

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.

MIRANDA, Jorge & MEDEIROS, Rui

2010 *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.^a edição, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 702-743.

MOREIRA, Vital

1997 *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, pp. 11-52.

PAZ FERREIRA, Eduardo

2009 “A regulação sectorial da economia: introdução e perspectiva geral”, in Paz Ferreira, Luís Morais & Gonçalo Anastácio (coord.), *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?*, Coimbra: Almedina, pp. 7-38.

RAMOS, Vânia Costa

2006 e 2007 “*Corpus Juris* 2000: Imposição ao arguido de entrega de documentos para a prova e *nemo tenetur se ipsum accusare*”, in *Revista do Ministério Público*, n.ºs 108 e 109, pp. 125-149 e pp. 57-110.

SILVA DIAS, Augusto

2011 “O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários”, in *Estudos de Homenagem ao Professor Sérgio Correia*, vol. IV, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 13-38.

SILVA DIAS, Augusto & RAMOS, Vânia Costa

2009 *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*. Coimbra: Coimbra Editora.

SOUSA MENDES, Paulo

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.

VELOSO, José António

2000 “Boas Intenções, maus resultados: notas soltas sobre investigação e processo na supervisão financeira”, Separata da *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 60.

Lista de Decisões Judiciais Citadas

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

1993 Ac. proferido no âmbito do processo n.º 10828/84, de 25.02.1993 (*Funke v. França*), disponível em <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Case-Law/Decisions+and+judgments/HUDOC+database/> [consultado em 16.08.2012].

2011 Ac. proferido no âmbito do processo n.º 43509/08, de 27.09.2011 (*A. Menarini Diagnostics S.R.L. v. Itália*), disponível em <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Case-Law/Decisions+and+judgments/HUDOC+database/> [consultado em 16.08.2012].

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS

1989 Ac. proferido no âmbito do processo n.º 374/87, de 18.10.1989 (*Orkem, S.A. v. Comissão*), disponível em http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/ [consultado em 10.12.2011].

2006 Ac. proferido no âmbito do processo n.º 301/04P, de 29.06.2006 (*Comissão v. SGL Carbon AG*), disponível em http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/ [consultado em 10.12.2011].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1995 Ac. n.º 695/1995, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/> [consultado em 10.12.2011]

- 1997 Ac. n.º 542/97, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/> [consultado em 10.12.2011].
- 2004a Ac. n.º 304/2004, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/> [consultado em 10.12.2011].
- 2004b Ac. n.º 581/2004, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/> [consultado em 10.12.2011].
- 2005 Ac. n.º 181/2005, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/> [consultado em 10.12.2011].
- 2006 Ac. n.º 659/2006, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/> [consultado em 04.05.2012].
- 2007 Ac. n.º 155/2007, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/> [consultado em 10.12.2011].
- 2009 Ac. n.º 203/2009, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/> [consultado em 10.12.2011].
- 2011 Ac. n.º 461/2011, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/> [consultado em 10.12.2011].

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- 2007 Ac. da 9.ª Secção, proferido no âmbito do processo n.º 172/07.9, de 15.03.2007, disponível em www.concorrenca.pt [consultado em 10.12.2011].
- 2008a Ac. da 9.ª Secção, proferido no âmbito do processo n.º 2140/08-9, de 30.10.2008, disponível em www.cmvm.pt [consultado em 10.12.2011].
- 2008b Ac. da 5.ª Secção, proferido no âmbito do processo n.º 6057/08-5, de 25.11.2008, disponível em www.concorrenca.pt [consultado em 10.12.2011].
- 2009 Ac. da 3.ª Secção, proferido no âmbito do processo n.º 3839/06.0TFLSB.L1, de 22.07.2009, disponível em www.cmvm.pt [consultado em 10.12.2011].
- 2011a Ac. proferido no âmbito do processo n.º 3501/06.3TFLSB.L1, de 15.02.2011, disponível em www.cmvm.pt [consultado em 10 de dezembro de 2011].
- 2011b Ac. da 3.ª Secção, proferida no âmbito do processo n.º 1.724/09.2FLSB-3, de 06.04.2011, disponível em www.dgsi.pt [consultado em 02.12.2011].

TRIBUNAL DE RELAÇÃO DO PORTO

- 2007 Ac. de 18.06.2007, disponível em http://www.trp.pt/mp_pareceres/cheque-discriminalizacao.html [consultado em 03.05.2012].

TRIBUNAL DO COMÉRCIO DE LISBOA

- 2006 Sentença do 3.º Juízo, proferida no âmbito do processo n.º 261/06.1TYLSB, de 28.07.2006, disponível em www.concorrenca.pt [consultado em 10.12.2011].
- 2007 Sentença do 3.º Juízo, proferido no âmbito do processo n.º 1050/06.9TYLSB, de 10.08.2007, disponível em www.concorrenca.pt [consultado em 10.12.2011].

JUÍZO DE PEQUENA INSTÂNCIA CRIMINAL DE LISBOA

- 2008a Sentença da 2.ª Secção do 1.º JPICLx, proferida no âmbito do processo n.º 4907/06.3TFLSB, de 11.01.2008, disponível em www.cmvm.pt [consultado em 10.12.2011].
- 2008b Sentença da 2.ª Secção do 2.º JPICLx, proferida no âmbito do processo n.º 3839/06.0TFLSB, de 16.10.2008, disponível em www.cmvm.pt [consultado em 10 de dezembro de 2011].
- 2010 Sentença da 2.ª Secção do 1.º JPICLx, proferida no âmbito do processo n.º 3501/06.3TFLSB, de 22.04.2010, disponível em www.cmvm.pt [consultado em 10 de dezembro de 2011].

C&R

LEGISLAÇÃO

Legislação Nacional

LEGISLAÇÃO NACIONAL

LEGISLAÇÃO NACIONAL – JULHO A DEZEMBRO DE 2012

elaborado por Nazaré da Costa Cabral

REGULAÇÃO

GERAL

Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto

Aprova o regime jurídico da atividade empresarial local e das participações locais e revoga as Leis n.ºs 53-F/2006, de 29 de dezembro, e 55/2011, de 15 de novembro.

Lei n.º 43/2012, de 28 de agosto

Cria o Programa de Apoio à Economia Local, com o objetivo de proceder à regularização do pagamento de dívidas dos municípios a fornecedores vencidas há mais de 90 dias.

Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de julho

Procede à sétima alteração ao Código dos Contratos Públicos, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro.

Portaria n.º 383/2012, de 23 de novembro

Fixa para o ano de 2012 as percentagens que a Autoridade da Concorrência recebe a título de receitas próprias, provenientes de taxas cobradas pelos serviços prestados, de várias entidades reguladoras.

Portaria n.º 281-A72012, de 14 de setembro

Aprova o Programa de Apoio à Economia Local (PAEL).

BANCO DE PORTUGAL

Lei n.º 59/2012, de 9 de novembro

Cria salvaguardas para os mutuários de crédito à habitação.

Lei n.º 58/2012, de 9 de novembro

Cria um regime extraordinário de proteção de devedores de crédito à habitação em situação económica muito difícil.

Lei n.º 57/2012, de 9 de novembro

Altera o Decreto-Lei n.º 158/2002, de 2 de Julho, permitindo o reembolso do valor de planos poupança (PPR/E) para pagamento de prestações de crédito à habitação.

Decreto-Lei n.º 227/2012, de 25 de outubro

Estabelece os princípios e as regras a observar pelas instituições de crédito no acompanhamento e gestão de situações de risco de incumprimento e na regularização extrajudicial das situações de incumprimento das obrigações de reembolso do capital ou de pagamento de juros remuneratórios por parte dos clientes bancários relativamente aos contratos de crédito. Estabelece ainda a criação de uma rede de apoio a esses clientes no âmbito da prevenção do incumprimento e da regularização extrajudicial das situações de incumprimento de contratos de crédito.

Decreto-Lei n.º 226/2012, de 18 de outubro

Procede à extensão do âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 51/2007, de 7 de março, aos demais contratos de crédito garantidos por hipoteca, ou por outro direito sobre imóvel, e celebrados com clientes bancários particulares.

Decreto-Lei n.º 225/2012, de 17 de outubro

Altera o Decreto-Lei n.º 27-C/2000, de 10 de março, que aprovou o sistema de acesso aos serviços mínimos bancários. Estabelece as bases dos protocolos a celebrar entre o membro do Governo responsável pela área da defesa do consumidor, o Banco de Portugal e as instituições de crédito que pretendam aderir ao referido sistema, bem como o respetivo regime sancionatório.

Portaria n.º 432-D/2012, de 31 de dezembro

Altera a Portaria n.º 1453/2002, de 11 de novembro que regulamentou o reembolso do valor dos planos de poupança-reforma.

Portaria n.º 420/2012, de 21 de dezembro

Aprova o regulamento do Fundo de Resolução que tem por objeto prestar apoio financeiro à aplicação das medidas de resolução que venham a ser adotadas pelo Banco de Portugal e no qual se prevê que participem as instituições de crédito com sede em Portugal, as sucursais de instituições de crédito com sede em Estados não pertencentes à União Europeia, as sociedades relevantes para a gestão de sistemas de pagamento sujeitas à supervisão do Banco de Portugal e ainda certos tipos de empresas de investimento.

ANACOM – AUTORIDADE NACIONAL DE COMUNICAÇÕES**Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto**

Tratamento de dados pessoais e proteção da privacidade no sector das comunicações eletrónicas.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 112/2012, de 31 de dezembro

Aprova a Agenda Portugal Digital.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 91/2012, de 8 de novembro

Adoção de normas abertas nos sistemas informáticos do Estado.

Portaria n.º 371/2012, de 16 de novembro

Afetação de reservas da ANACOM.

IMTT – INSTITUTO DA MOBILIDADE E DOS TRANSPORTES TERRESTRES**VEÍCULOS E CONDUTORES****Decreto-Lei n.º 243/2012, de 9 de novembro**

Procede à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 92/2003, de 30 de abril, transpondo a Diretiva 2010/47/UE, da Comissão, de 5 de julho, que adapta ao progresso técnico a Diretiva 2000/30/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à inspeção técnica na estrada dos veículos comerciais que circulam no território dos Estados membros.

TRANSPORTE FERROVIÁRIO

Decreto-Lei n.º 182/2012, de 6 de agosto

Transpõe a Diretiva 2011/18/UE, da Comissão, de 1 de março, que altera os anexos II, V e VI da Diretiva 2008/57/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à interoperabilidade do sistema ferroviário na Comunidade, procedendo à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 27/2011, de 17 de fevereiro.

ERSAR – ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS DE ÁGUAS E RESÍDUOS

Portaria n.º 311/2012, de 10 de outubro

Aprova a delimitação dos perímetros de proteção para a captação de águas subterrâneas destinadas ao abastecimento público de vários polos de captação no concelho de Ílhavo.

Portaria n.º 106/2012, de 8 de outubro

Aprova o modelo de cartão de identificação profissional para uso do pessoal da Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos, I. P., e revoga a Portaria n.º 995/2010, de 30 de setembro.

INAC – INSTITUTO NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL

Regulamento n.º 508/2012, de 26 de dezembro

Estabelece os requisitos para a atribuição do código de referência a um aeródromo.

Regulamento n.º 500/2012, de 18 de dezembro

Transporte aéreo de mercadorias perigosas em aeronaves civis.

Regulamento n.º 457/2012, de 8 de novembro

Regulamento sobre as condições de atribuição de autorização especial às aeronaves de estado.

ERS – ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE

Decreto-Lei n.º 253/2012, de 27 de novembro

Procede à quarta alteração ao Decreto-Lei n.º 28/2008, de 22 de fevereiro, relativo à criação, estruturação e funcionamento dos agrupamentos de centros de saúde do Serviço Nacional de Saúde, no que respeita ao critério geodemo-

gráfico da sua implantação, à designação dos diretores executivos e à composição dos conselhos clínicos e de saúde.

Decreto-Lei n.º 244/2012, de 9 de novembro

Procede à quinta alteração ao Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de dezembro, modificando o regime jurídico e os estatutos aplicáveis às unidades de saúde com a natureza de entidades públicas empresariais abrangidas pelo mesmo diploma.

Decreto-Lei n.º 219/2012, de 19 de outubro

Procede à extinção e integração por fusão na Administração Regional de Saúde de Lisboa e Vale do Tejo, I. P., do Hospital de Reynaldo dos Santos.

C&R

JURISPRUDÊNCIA

Jurisprudência Geral

JURISPRUDÊNCIA GERAL

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL DE CONCORRÊNCIA – JULHO A DEZEMBRO DE 2012

elaborado por André Forte

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (5.^a Secção) de 10.07.2012, proferido no âmbito do Processo n.º 199/11.0TYLSB.L1 (recurso de Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa).

Recorrentes: *Baxter – Médico Farmacêutica, Lda.* e *Glintt – Business Solutions, Lda.*

Sumário: nega provimento ao recurso; condena as recorrentes nas custas.

Normas relevantes: arts. 4.º, 5.º e 44.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; art. 75.º do RGIMOS; arts. 42.º e 72.º do CP; arts. 374.º, n.º 2 e 379.º do CPP.

Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa (1.º Juízo) de 24.07.2012, proferida no âmbito do Processo n.º 1085/11.0TYLSB (recurso de decisão da Autoridade da Concorrência – contraordenação).

Recorrentes: *Conforlimpa (Tejo) – Multiserviços, S.A.* e *Number One – Multi Services, Lda.*

Sumário: julga improcedentes os recursos interpostos pelas recorrentes, condenando i) a arguida Conforlimpa (Tejo) – Multiserviços, S.A. pela prática de dezasseis contraordenações previstas e punidas pelos artigos 4.º, n.º 1 e 43.º, n.º 1, alínea a) e n.º 2 da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, na coima de quinze mil oitocentos e cinquenta e seis euros e quarenta e cinco cêntimos por cada contraordenação e, em cúmulo jurídico, na coima única de duzen-

tos e cinquenta e três mil, setecentos e treze euros e dezoito cêntimos; ii) a arguida Number One – Multi Services, Lda., pela prática de dezasseis contraordenações previstas e punidas pelos artigos 4.º, n.º 1 e 43.º, n.º 1, alínea *a*) e n.º 2 da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, na coima de três mil novecentos e treze mil euros e oitenta e um cêntimos por cada contraordenação e, em cúmulo jurídico, na coima única de sessenta e dois mil seiscentos e vinte euros e noventa cêntimos; ii) as arguidas nas custas do processo; e iii) as arguidas a proceder, a expensas suas, à publicação no Diário da República, II Série, de um extrato da decisão do qual constem os fundamentos de facto e de direito que levaram à sua condenação, bem como a parte decisória que o Tribunal delimitará, num jornal de circulação nacional, após o trânsito em julgado da presente decisão.

Normas relevantes: arts. 4.º, 5.º, 22.º, 43.º, 44.º, 45.º e 50.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; art. 39.º dos Estatutos da AdC, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro; arts. 8.º, 18.º, 19.º, 41.º, 58.º, 59.º e 72.º-A do RGIMOS; arts. 374.º e 379.º do CPP; arts. 20.º, 80.º, alínea *a*) e 81.º, alínea *e*) da CRP; art. 101.º do TFUE.

Acórdão do Tribunal Constitucional (2.ª Secção) de 01.10.2012, n.º 466/2012, proferido no âmbito do Processo n.º 248/12 (recurso de Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa).

Recorrente: *AIPL – Associação dos Industriais de Panificação de Lisboa.*

Sumário: julga improcedente o recurso interposto pela Associação dos Industriais de Panificação de Lisboa do Acórdão da Relação de Lisboa proferido em 28.12.2011; condena a recorrente nas custas.

Normas relevantes: arts. 4.º e 42.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; art. 81.º do TCE [atual art. 101.º do TFUE]; arts. 18.º, n.º 2, 20.º, n.º 1, 29.º, n.º 1 e n.º 2, 46.º, n.º 1 e n.º 2 e 165.º, n.º 1 da CRP.

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL DE REGULAÇÃO – JULHO A DEZEMBRO DE 2012

elaborado por José Renato Gonçalves

VALORES MOBILIÁRIOS

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 5.^a Secção (criminal), de 5 de julho de 2012, proferido no âmbito do Processo n.º 5049/06.7TFLSB.L1, do 1.º Juízo, 3.^a Secção do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa, no qual havia sido revogada a decisão do Conselho Diretivo da CMVM, de 28 de junho de 2006, que aplicara à arguida uma coima única de 950 mil euros pela prática de oito contraordenações previstas e punidas pelos artigos 311.º, n.º 1, 388.º, n. 1, al. *a*), 398.º, alínea *d*), 401.º, n.º 2 e 404.º, n.º 1 do Código dos Valores Mobiliários (CVM) e 8.º, n.º 1 do RGCO (Regime Geral das Contraordenações), por ter intervindo no mercado da dívida pública da zona euro, no dia 2 de agosto de 2004, através de compras e vendas simultâneas de grandes quantidades de títulos do mercado de futuros e do mercado à vista, tendo em vista prejudicar a confiança nos contratos *Bund*, de dívida a longo prazo da República Federal da Alemanha, eliminando o número dos pequenos investidores e assim aproximando o mercado da dívida pública europeia semelhante ao da dívida pública dos Estados Unidos da América. O Tribunal *ad quem* não alterou a sentença recorrida (que revogara a decisão da CMVM). **Arguida:** Citigroup Global Markets Limited.

Recorrente: CMVM – Comissão do Mercado de Valores Mobiliários.

Tipo de ilícito: violação dos deveres de integridade, transparência e equidade no mercado, por intervenção em negociações de dívida pública da zona euro, através de compras e vendas simultâneas de grandes quantidades de títulos do mercado de futuros e do mercado à vista. Em muito poucos segundos,

verificaram-se volumes anormais de negociação no Mercado Especial de Dívida Pública Portuguesa (MEDIP), variações anormais nas rendibilidades e nos preços das oito Obrigações do Tesouro (OT) emitidas pela República Portuguesa e a suspensão de cotação das obrigações por parte de outros participantes no MEDIP (BES, BCP e Caixa Geral de Depósitos).

Decisão: negado provimento ao recurso e confirmada a decisão recorrida.

Normas relevantes: arts. 7.º, n.º 6, 29.º, n.º 5, 81.º, al. f) e 101.º da CRP, 54.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Shengen, Diretiva 2003/6/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de janeiro de 2003 (relativa ao abuso de informação privilegiada e à manipulação de mercado), arts. 311.º, n.º 1, 388.º, n.º 1, al. a), 398.º, al. d), 401.º, n.º 2 e 404.º, n.º 1 do CVM, 97.º, n.º 5 do CPP e 8.º, n.º 1 do RGCO.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 3.ª Secção (criminal), de 11 de julho de 2012, proferido no âmbito do Processo n.º 22/11. 6TFLSB.L1, do 2.º Juízo, 3.ª Secção, do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa, no qual fora julgado (em 27 de janeiro de 2012) improcedente o recurso interposto pelo Banco Português de Gestão, S. A., da decisão da CMVM (de 13 de janeiro de 2011) que o condenou ao pagamento de uma coima de 40 mil euros (e que também condenou o arguido Vítor Manuel d'Almeida Silva ao pagamento de uma coima de 30 mil euros) pela prática a título doloso e como cúmplice de uma contraordenação prevista e punida pelos artigos 289.º, n.º 2, 397.º, n.º 1 e 388.º, n.º 1, al. a) do CVM e 16.º, n.º 3 e 18.º, n.º 3 do RGCO.

Arguidos: Banco Português de Gestão, S. A. (BPG); Vítor Manuel d'Almeida Silva.

Recorrente: Banco Português de Gestão, S. A. (BPG).

Tipo de ilícito: intermediação financeira não autorizada.

Decisão: negado provimento ao recurso e confirmada a decisão recorrida.

Normas relevantes: arts 18.º, n.º 1, 20.º, n.º 2, 32.º, n.º 10 da CRP, 289.º, n.º 2, 388.º, n.º 1, al. a), e 397.º, n.º 1 do CVM, 126.º, n.ºs 1 e 2, al. a), e 410.º, n.º 2 do CPP e 16.º, n.º 3 e 18.º, n.º 3 do RGCO.

Decisão do Vice-Presidente do Tribunal da Relação de Lisboa, 5.ª Secção, de 27 de julho de 2012, da Reclamação n.º 5176/07.3 TFLSB-A.L1 apresentada pela Comissão do Mercado de Valores Mobiliários contra o despacho de 22 de maio de 2012 que não admitiu o recurso que interpusera de uma sen-

tença de 27 de março de 2012 do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa, 1.º Juízo, 1.ª Secção, que julgara parcialmente procedente o recurso interposto pela arguida, alterando em consequência a decisão da CMVM de 13 de setembro de 2007 mediante a aplicação à arguida de uma sanção de admoestação (em vez da coima de 100 mil euros, aplicada anteriormente pela CMVM). A referida decisão condenatória de 13 de setembro de 2007 foi primeiramente confirmada, em parte, por sentença do Tribunal de Primeira Instância Criminal de Lisboa (2.º Juízo, 3.ª Secção) de 25 de novembro de 2010, depois anulada por acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (5.ª Secção) de 30 de junho de 2011, que determinou o reenvio do processo para novo julgamento, em função de contradição insanável na fundamentação, que inquinou a decisão de imputar a título negligente a prática das condutas ilícitas.

Arguida: Intermoney Portugal – Sociedade Financeira de Corretagem, S. A.

Recorrente: CMVM.

Tipo de ilícito: violação de deveres dos intermediários financeiros.

Decisão: indeferimento da reclamação por ter por objeto uma “decisão irre-corrível”, a aplicação de uma admoestação, que não se enquadra “em nenhuma das situações do artigo 73.º do RGCO” e deve ser entendida como verdadeira sanção, não podendo ser equiparada ao arquivamento do processo, porque “representa um desvalor para o arguido a quem a mesma é aplicada”.

Normas relevantes: arts. 51.º e 73.º do RGCO.

JURISPRUDÊNCIA DE CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA – JULHO A DEZEMBRO DE 2012

elaborado por Fernando Pereira Ricardo

Abuso de posição dominante

Acórdão do Tribunal de Justiça de 06.12.2012, proferido no âmbito do Processo C-457/10 P.

Partes: *AstraZeneca AB e o. / Comissão.*

Acórdão do Tribunal Geral de 20.09.2012, proferido no âmbito do Processo T-421/09.

Partes: *Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI) / Comissão.*

Acórdão do Tribunal Geral de 20.09.2012, proferido no âmbito do Processo T-169/08.

Partes: *Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI) / Comissão.*

Acórdão do Tribunal Geral de 13.09.2012, proferido no âmbito do Processo T-119/09.

Partes: *Protégé International Ltd / Comissão.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 12.7.2012, proferido no âmbito do Processo C-138/11 (a título prejudicial).

Partes: *CompassDatenbank GmbH / Republik Österreich.*

Acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas

Acórdão do Tribunal de Justiça de 19.12.2012, proferido no âmbito do Processo C-452/11 P.

Partes: *Heineken Nederland BV* e o. / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 19.12.2012, proferido no âmbito do Processo C-445/11 P.

Partes: *Bavaria NV* / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13.12.2012, proferido no âmbito do Processo C-226/11 (a título prejudicial).

Partes: *Expedia Inc. / Autorité de la concurrence* e o.

Acórdão do Tribunal Geral de 12.12.2012, proferido no âmbito do Processo T-410/09.

Partes: *Almamet GmbH Handel mit Spänen und Pulvern aus Metall* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12.12.2012, proferido no âmbito do Processo T-400/09.

Partes: *Ecka Granulate GmbH & Co. KG* e o. / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12.12.2012, proferido no âmbito do Processo T-392/09.

Partes: *1. garantovaná a.s.* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12.12.2012, proferido no âmbito do Processo T-352/09.

Partes: *Novácke chemické závody a.s.* / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 06.12.2012, proferido no âmbito do Processo C-441/11 P.

Partes: Comissão / *Verhuizingen Coppens NV*.

Acórdão do Tribunal Geral de 29.11.2012, proferido no âmbito do Processo T-491/07.

Partes: *Groupement des cartes bancaires "CB"* / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 06.11.2012, proferido no âmbito do Processo C-199/11 (pedido de indemnização em razão do prejuízo causado à União por um cartel).

Partes: Comunidade Europeia / *Otis NV* e o.

Acórdão do Tribunal Geral de 27.09.2012, proferido no âmbito do Processo T-370/06.

Partes: *Kuwait Petroleum Corp.* e o. / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 27.09.2012, proferido no âmbito do Processo T-362/06.

Partes: *Ballast Nedam Infra BV* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 27.09.2012, proferido no âmbito do Processo T-361/06.

Partes: *Ballast Nedam NV* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 27.09.2012, proferido no âmbito do Processo T-360/06.

Partes: *Heijmans NV* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 27.09.2012, proferido no âmbito do Processo T-359/06.

Partes: *Heijmans Infrastructuur BV* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 27.09.2012, proferido no âmbito do Processo T-357/06.

Partes: *Koninklijke Wegenbouw Stevin BV* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 27.09.2012, proferido no âmbito do Processo T-356/06.

Partes: *Koninklijke Volker Wessels Stevin NV* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 27.09.2012, proferido no âmbito do Processo T-355/06.

Partes: *Koninklijke BAM Groep NV* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 27.09.2012, proferido no âmbito do Processo T-354/06.

Partes: *BAM NBM Wegenbouw BV* e o. / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 27.09.2012, proferido no âmbito do Processo T-353/06.

Partes: *Vermeer Infrastructuur BV* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 27.09.2012, proferido no âmbito do Processo T-352/06.

Partes: *Dura Vermeer Infra BV* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 27.09.2012, proferido no âmbito do Processo T-351/06.

Partes: *Dura Vermeer Groep NV* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 27.09.2012, proferido no âmbito do Processo T-348/06.

Partes: *Total Nederland NV* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 27.09.2012, proferido no âmbito do Processo T-347/06.

Partes: *Nynäs Petroleum AB* e o. / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 27.09.2012, proferido no âmbito do Processo T-344/06.

Partes: *Total SA* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 27.09.2012, proferido no âmbito do Processo T-343/06.

Partes: *Shell Petroleum NV* e o. / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 27.09.2012, proferido no âmbito do Processo T-82/08.

Partes: *Guardian Industries Corp.* e o. / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 19.07.2012, proferido no âmbito dos Processos C-628/10 P e C-14/11 P.

Partes: *Alliance One International Inc.* e o. / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 19.07.2012, proferido no âmbito do Processo C-264/11 P.

Partes: *Kaimer GmbH & Co. Holding KG* e o. / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 12.07.2012, proferido no âmbito do Processo C-181/11 P.

Partes: *Compañía española de tabaco en rama SA (Cetarsa)* / Comissão.

Auxílios de Estado

Acórdão do Tribunal de Justiça de 19.12.2012, proferido no âmbito do Processo C-288/11 P.

Partes: *Mitteldeutsche Flughafen AG* e o. / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 29.11.2012, proferido no âmbito do Processo C-262/11 (a título prejudicial).

Partes: *Kremikovtzi AD / Ministar na ikonomikata, energetikata i turizma i zamestnikministar na ikonomikata, energetikata i turizma.*

Acórdão do Tribunal Geral de 07.11.2012, proferido no âmbito do Processo T-137/10.

Partes: *Coordination bruxelloise d'institutions sociales e de santé (CBI)* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 27.9.2012, proferido no âmbito do Processo T-328/09.

Partes: *Producteurs de légumes de France* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 27.9.2012, proferido no âmbito do Processo T-303/10.

Partes *Wam Industriale SpA* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 27.9.2012, proferido no âmbito do Processo T-257/10.

Partes: República Italiana / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 27.9.2012, proferido no âmbito do Processo T-243/09.

Partes: *Fédération de l'organisation économique fruits et légumes (Fedecom)* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 27.9.2012, proferido no âmbito do Processo T-139/09.

Partes: República Francesa / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 20.9.2012, proferido no âmbito do Processo T-154/10.

Partes: República Francesa / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 13.9.2012, proferido no âmbito do Processo T-379/09.

Partes: República Italiana / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 11.9.2012, proferido no âmbito do Processo T-565/08.

Partes: *Corsica Ferries France SAS* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 10.7.2012, proferido no âmbito do Processo T-520/09.

Partes: *Télévision française 1 (TF1)* e o. / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 10.7.2012, proferido no âmbito do Processo T-304/08.

Partes: *Smurfit Kappa Group plc* / Comissão.

Concentrações

Acórdão do Tribunal Geral de 12.12.2012, proferido no âmbito do Processo T-332/09.

Partes: *Electrabel* / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 06.11.2012, proferido no âmbito dos Processos C-553/10 P e C-554/10 P.

Partes: Comissão / *Éditions Odile Jacob SAS* e o.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 06.11.2012, proferido no âmbito do Processo C-551/10 P.

Partes: *Éditions Odile Jacob SAS* / Comissão.

Questões processuais

Acórdão do Tribunal de Justiça de 22.11.2012, proferido no âmbito do Processo C-89/11 P.

Partes: *E.ON Energie AG* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 14.11.2012, proferido no âmbito do Processo T-140/09.

Partes: *Prysmian SpA* e o. / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 14.11.2012, proferido no âmbito do Processo T-135/09.

Partes: *Nexans France SAS* e o. / Comissão.

C&R

BIBLIOGRAFIA

Recensão

Novidades Bibliográficas

RECENSÃO

Kai Ambos, Luís Pereira Coutinho, Maria Fernanda Palma, & Paulo de Sousa Mendes, *Eichmann in Jerusalem – 50 Years After: An Interdisciplinary Approach*, Berlin: Duncker & Humblot, 2012.

elaborado por Paulo de Sousa Mendes/Luís Pereira Coutinho

On the occasion of the 50th anniversary of the end of the Eichmann trial, the Law Faculty of the University of Lisbon organized and hosted an international colloquium on the book *Eichmann in Jerusalem* that took place on April 27 – 28, 2011, in Lisbon. The main purpose was to evoke Hannah Arendt's oeuvre and to reflect upon the Eichmann trial. *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil* is indeed an important keystone to understanding Arendt's work as a whole and constitutes a reference point in itself when addressing crucial problems in the fields of criminal law, international criminal law and philosophy of law. The main contributions, recollected for publication in the present English edition, give a rare opportunity for a kaleidoscopic and pluralistic series of views, made possible since her book gives an excellent lesson to experts in law and maintains an astonishing actuality. The present book covers aspects as broad and diverse as facing the evil; the legal and the political in Hannah Arendt; Eichmann in Jerusalem and Hannah Arendt's oeuvre; the Eichmann trial; reflections starting from Eichmann in Jerusalem; and finally, contemporary experiences of transitional justice.

Jorge Miranda, president of the Institute for Public Law, recalled these principal purposes at the opening session. Then Fernanda Palma, president

of the Institute for Penal Law and Criminal Sciences, stressed the central significance of Arendt's reflection upon the problem of evil and brought into question the connection between Arendt's analysis of the Eichmann trial and guilt in Criminal Law. According to her, the crucial point would be to know whether Arendt's conception of the "banality of evil" is not in conflict with a strong concept of guilt and, at the same time, with a retributive response to crimes against Humanity following the same pattern as the so-called Final Solution. She also brought into question if understanding of evil, in dimensions analogous to the Eichmann's case, contributes to more profound responses to the problem of attribution of guilt and punishment in such crimes where collective neutralization of individual conscience can be recognized. She stressed furthermore that understanding of evil and guilt within the frame of the before mentioned procedures of neutralization implies focusing on new ethic standards of crime prevention and reparation as renewal of the recognition of the other in us (oneself as another) as essential part of the self.

The second session, dedicated to the Context and Legacy of Hannah Arendt and presided by António Pedro Barbas Homem, began with a general overview of the Author's thinking by Maria Luísa Ribeiro Ferreira. She emphasized that Arendt's thought, at its multiple levels and themes, has a common feature: the basis on experience, on everyday events, on life itself. Thus there is a fundamental difference between Arendt and that kind of philosophers developing their work in an attitude of remoteness towards the world. Alexandre Franco de Sá focused on Arendt's treatment of totalitarianism, defending that there is a surprising continuity between her idea of totalitarianism and Carl Schmitt's characterization of the late Republic of Weimar as a total State. According to that characterization, the total State is the one in which political parties become able to take over the State, disseminating their ideology throughout the State and, eventually, dissolving the distinction between State and society. Massimo La Torre defended that a concept of Law is implicated in Arendt's thought. According to such concept, the reason for the existence of Law is not to restrict the opportunities for human action, but instead to open new ways and novel areas of conduct. Law in short is not regulative, but constitutive. In this sense, Arendt's contribution is a criticism and an alternative to the traditional theory of Law, which is obsessed with and centred on the experience and the mode of prescription. Miguel Morgado closed this session, on Arendt's conception of the political, underlining that this should be understood in line with Montesquieu's conception.

The third session focused on *Eichmann in Jerusalem* in Hannah Arendt's Oeuvre and was presided by Paula Costa e Silva. It began with António de Araújo exploring the notions of "banality of evil" and "radical evil". He stressed the connection between such notions and the treatment of the problem of the public vs. private distinction given by Arendt in the *The Origins of Totalitarianism*. Miguel Nogueira de Brito emphasized that *Eichmann in Jerusalem* is not a mere journalistic break in the life of a philosopher, arguing that the concept of the "banality of evil" in fact epitomizes Arendt's political thought. Luís Pereira Coutinho defended that the idea of "banality of evil" can both be understood as an absence of meaning and as an absence of the subject able to think and act meaningfully, named within the personalistic tradition as a "person". Arendt's portrayal of Eichmann expresses the destruction of personhood and its replacement by totalitarian agency. Rui Guerra da Fonseca addressed the influence of the experience of the Eichmann trial on *The Life of the Mind*, Arendt's last book.

The fourth session on Criminal Law and the Judgment of the Past, presided by Luís Pereira Coutinho, was opened by Francisco Muñoz Conde, referring to the Spanish experience and the difficulty to deal even today with the crimes perpetrated by the dictatorship. First, he dealt with the question if it is worth while to judge the past, taking into account that in Spain the transition towards democracy left unpunished the crimes of the Franco regime. Second, he defended the nowadays need to declare the nullity of the condemnations imposed by the dictatorship on thousands of citizens. Next, José de Sousa e Brito referred to the crimes of the Portuguese dictatorship under Salazar and Caetano, and discussed also possible excesses accomplished by the democratic regime, having published retroactive legislation that punished the past membership in the former political state police. Paulo de Sousa Mendes discussed the judgment of Eichmann and Arendt's preoccupation that his judgment would only serve to render justice, and nothing else. He analyzed and commented the passages of the book and of her letters that best expressed her opinion that other purposes, like the propaganda operated by prime minister Ben-Gurion and chief prosecutor Gideon Hausner, were not legitimate. Kai Ambos also addressed the judgment of Eichmann, defending three theses: In first place, that the Eichmann trial can be approached differently, depending from the perspective, on the one hand, of jurists and, on the other, of social scientists. Second, he affirmed that the State of Israel was capable of promoting a fair trial, in circumstances where other States

and the International Community were unable to do so. Last, he pointed that the sentence, from the point of view of the juridical technicalities, was very puzzling, mainly when it comes to the definition of the responsibility of principals and accessories.

The fifth session on Human Rights and Transitional Justice was presided by Paulo de Sousa Mendes. Cristina García Pascual approached the challenge that resides on how to face and oppose the massive violations of Human Rights. She questioned what should be done when those violations are carried on by States or by agents under the cover or tolerance of governments, raising also some crucial questions about the basis of contemporary legal and moral reality. Jan Simon, relying on his own experience, within the frame of the United Nations, on truth commissions in Latin America, e.g. Guatemala, reflected on the limits of criminal judgments to construct a collective memory of mass crimes. He developed some fundamental ideas on the need of distinct, new models to deal with the past. Pablo Galain Palermo, referring to the military dictatorships of the Southern Cone in the 1970's and 80's, advanced a critique on the so-called Transitional Justice, understood as a set of mechanisms to support societies in order to deal with mass crimes of the past. This kind of Justice is also implemented under the aegis of reconciliation and enduring peace after a period of political confrontation. He analyzed the forms in which three countries – Argentina, Chile and Uruguay – dealt with the terror regimes that lasted almost three decades.

In the last session on Juridical and Philosophical Issues raised by the Eichmann Trial, presided by Paulo Otero, Fernando Araújo introduced the topic of moral luck, that became well known by means of Bernard Williams' and Thomas Nagel's works. His conference contrasted the attribution of responsibility with the difficulty of considering a subject responsible for the effects of his action that he could not control. José Lamego stressed that, for legal philosophy, the problem of evil is far more interesting than the problem of virtue, as the basis of political association is avoiding absolute evil and not promoting individual virtue. This is a common ground of modern political thinking, from Hobbes to Kant. From Augustine and Aquinas to Finnis and Alexy, legal philosophy has dealt with the problem of extreme unjust laws. Radbruch, after Auschwitz, gave a canonical answer to the problem of legal validity and the problem of legal duty in case of extreme unjust laws: the most important tool in legal philosophy to resist totalitarian rule is not a natural law perspective on legal validity, but the institutionalization of a universal law

(mainly, a universal criminal law and a international criminal court) to punish crimes against Humanity, which could not be prosecuted under national jurisdictions. Manuel Duarte Oliveira, in the search for an understanding of the complexities that lead Eichmann to stand trial in Jerusalem for crimes against the Jewish People, claimed that the roots of an overwhelming hatred that enslaved Europe for far too long and far beyond what imagination could ever conceive within the limits of reason alone should be viewed beyond the surface of contemporary events. Miguel Galvão Teles addressed the objections according to which Eichmann was subjected to retroactive law and trialed by a “victor’s tribunal”. As to the first objection, he argued that there was no rule of international law determining *nullum crimen sine lege proëvia*, and so the issue of retroactivity should be addressed at a metapositive (but not natural law) level, which ultimately could justify it. As to the second objection, he defended that what is commonly called “victor’s justice” should be theoretically viewed as representing a second level state of nature. This was the last conference of the international colloquium that was incessantly attended by many.

NOVIDADES BIBLIOGRÁFICAS – julho a dezembro de 2012

elaborado por Catarina Anastácio

CONCORRÊNCIA – NACIONAL

RICARDO BORDALO JUNQUEIRO – *Abusos de Posição Dominante*, Coimbra: Almedina, 2012.

CONCORRÊNCIA – ESTRANGEIRA

ALBERT A. FOER/RANDY M. STUTZ (eds.) – *Private Enforcement of Antitrust Law in the United States: A Handbook*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2012.

ANNA GERBRANDY/WOUTER-JAN BERENDS (eds.) – *Removing Obstacles: A Mutual Learning Experience Towards Good Practices in Competition Law Enforcement*, The Hague: Eleven International Publishing, 2012.

ANURAG GUPTA – *The interface between air transportation and competition law: An Indian perspective*, LAP LAMBERT Academic Publishing, 2012.

ARIEL EZRACHI – *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2012.

BARRY RODGER – *Landmark Cases in Competition Law: Around the World in Fourteen Stories*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2012.

BEN VAN ROMPUY – *Economic Efficiency: The Sole Concern of Modern Antitrust Policy? Non-efficiency Considerations under Article 101 TFEU*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2012.

BENT IVERSEN/PERNILLE WEGENER JESSEN/BENT OLE GRAM MORTENSEN/MICHAEL STEINICKE – *Regulating Competition in the EU: Second Edition*, Copenhagen: Djof Publishing, 2012.

DIANA L. MOSS – *Network Access, Regulation and Antitrust*, Londres: Routledge, 2012.

ELEANOR M. FOX/MICHAEL J. TREBILCOCK – *The Design of Competition Law Institutions: Global Norms, Local Choices*, Oxford: Oxford University Press, 2012.

- FRANCESCO DE CECCO – *State Aid and the European Economic Constitution*, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2012.
- GEORG LEISMULLER/ELIAS J. SCHIMPF – *Economics of Competition*, Nova Science Publishing, 2012.
- GERALDINE SPITERI – *The Application of EC Competition Law in the Maritime Transport Sector*, LAP LAMBERT Academic Publishing, 2012.
- GORDON BLANKE/RENATO NAZZINI – *International Competition Litigation. A Multi-jurisdictional Handbook*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2012.
- H. FERREIRA/B. PORRAS – *Competition Law in Uruguay*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2012.
- H. K. SAHARAY – *Textbook on Competition Law*, Delhi: Universal Law Publishing, 2012.
- IDA WENDT – *EU Competition Law and Liberal Professions: An Uneasy Relationship?*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2012.
- J. I. FRANCESCHINI/EDUARDO MOLAN GABAN – *Competition Law in Brazil*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2012.
- JONATHAN GALLOWAY – *Mergers and Acquisitions*, Volume III, Ashgate Publishing, 2012.
- JOSEFDREXL/ELEANOR FOX/MICHAL GAL/DAVID GERBER (eds.) – *Competition Policy and Regional Integration in Developing Countries*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2012.
- JOSEFDREXL/WOLFGANG KERBER/RUPPRECHT PODSZUN (eds.) – *Competition Policy and the Economic Approach: Foundations and Limitations*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2012.
- JOSEPH E. HARRINGTON JR./YANNIS KATSOULACOS – *Recent Advances in the Analysis of Competition Policy and Regulation*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2012.
- KARN GUPTA – *Mergers and Competition Law: Mergers & Acquisitions and their effect on Competition*, LAP LAMBERT Academic Publishing, 2012.
- LEIGH HANCHER/WOLF SAUTER – *EU Competition and Internal Market Law in the Healthcare Sector*, Oxford: Oxford University Press, 2012.
- LIVANG HOU – *Competition Law and Regulation in the EU Electronic Communications Sector. A Comparative Legal Approach*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2012.
- LUNG-TAN LU – *EU Commercial Law: Joint Venture and Competition Issues*, LAP Lambert Academic Publishing, 2012.

- MAHER M. DABBAH – *Competition Law and Policy in the Middle East*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- MAHER M. DABBAH/PAUL LASOK QC (eds.) – *Merger Control Worldwide*, Second Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- MARCELO DEN TOOM – *Competition Law in Argentina*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2012.
- MICHAEL A. UTTON – *Cartels and Economic Collusion: The Persistence of Corporate Conspiracies*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2012.
- NICOLAS CHARBIT/ELISA RAMUNDO – *William E Kovacic: An Antitrust Tribute Liber Amicorum*, Institute of Competition Law, 2012.
- NICOLAS CHARBIT/ELISA RAMUNDO/FREDERIC JENNY – *2013 Competition Case Law Digest A synthesis of EU and national leading case*, Institute of Competition Law, 2012.
- NIGEL PARR/CATHERINE HAMMON – *Global Legal Insights – Cartels – Enforcement, Appeals & Damages Actions*, Londres: Global Legal Group, 2012.
- NNAMDI DIMGBA – *EC Competition Law Procedure and European Convention on Human Rights*, LAP LAMBERT Academic Publishing, 2012.
- PETER WILLIS – *Introduction to EU Competition Law*, Londres: Routledge, 2012.
- RICHARD WHISH/CHRISTOPHER TOWNLEY – *New Competition Jurisdictions: Shaping Policies and Building Institutions*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2012.
- ROSA GREAVES – *Dominance and Monopolization*, Ashgate Publishing, 2012.
- S. PARTHASARATHY – *Competition Law in India*, 2nd Ed., The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2012.
- SANDRA MARCO COLINO – *Cartels and Anti-Competitive Agreements*, Volume I, Ashgate Publishing, 2012.
- SIMON HOLMES/PHILIPP GIRARDET – *The International Comparative Legal Guide to: Cartels & Leniency 2013*, Londres: Global Legal Group, 2012.
- STEFAN OANA – *Soft law in Court – Competition Law, State Aid, and the Court of Justice of the European Union*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2012.
- VASSILY RUDOMINO/JOSE REGAZZINI/ADRIAN EMCH – *Competition Law in the BRICS Countries*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2012.

WYATT WELLS – *Antitrust and the Formation of the Postwar World*, Columbia University Press, 2012.

REGULAÇÃO – NACIONAL

ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS – *Títulos de Crédito e Valores Mobiliários, Parte I – Títulos de Crédito*, Coimbra: Almedina, 2012.

LUÍS CABRAL DE MONCADA – *Manual Elementar de Direito Público da Economia e da Regulação*, Coimbra: Almedina, 2012.

MARIA DE SOUSA NUNES VICENTE – *A Quebra da Legalidade Material na Actividade Normativa de Regulação Económica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

PAULO CÂMARA/MANUEL MAGALHÃES (coords.) – *O Novo Direito Bancário*, Coimbra: Almedina, 2012.

C&R

ATUALIDADES

ATUALIDADES

elaborado por Cristina Camacho e Nazaré da Costa Cabral

EVENTOS E CONFERÊNCIAS

Realizados

INSTITUTO DE DIREITO ECONÓMICO, FINANCEIRO E FISCAL DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA (IDEFF)

Teve lugar, na Faculdade de Direito de Lisboa, nos dias 22 e 23 de novembro de 2012, a segunda sessão do *Training of National Judges in EC Competition Law* (Curso de Formação para Juízes Nacionais em matéria de Direito Europeu da Concorrência). O primeiro dia de trabalhos foi preenchido por uma Sessão de Abertura a cargo do Professor Doutor Luís Morais e por quatro painéis:

1. “The European Competition Law framework – general overview”. Docência: Jean-François Bellis, Piet Jan Slot e Gonçalo Anastácio.
2. “Article 101 – the rules applicable to undertakings”. Docência: Professor Mel Marquis.
3. “Article 102 – the abuse of dominant position and hermeneutical trends involving economic analysis”. Docência: Ioannis Lianos.
4. “The role of economic analysis in the enforcement of European competition rules”. Docência: Anne-Lise Sibony.
5. “The enforcement of the European competition rules in Portugal”. Docência: Maria José Costeira.

O segundo dia de trabalhos contou com mais um painel:

6. “The European competition rules applicable to public bodies and the role of national courts”. Docência: Piet Jan Slot.

Os trabalhos encerraram com uma intervenção final do Professor Doutor Luís Morais.

A realizar

Nacionais

7.º Fórum Nacional de Resíduos

Lisboa, 10 e 11 de abril de 2013

O Fórum é organizado pelo jornal *Água & Ambiente*. Entre os temas em debate, contam-se as mudanças na regulação económica dos resíduos urbanos.

Mais informação disponível em:

<http://residuos.ambienteonline.pt/noticias/>.

4th Workshop on the Economics of ICTs

Évora, 11 e 12 de abril de 2013

O Workshop compreende temas diversificados sobre telecomunicações, comércio eletrónico, motores de busca e “*bundles*”.

Mais informação disponível em:

http://www.cefage.uevora.pt/en/eventos/conferencias_internacionais/4th_workshop_on_the_economics_of_icts.

Internacionais

Antitrust Law 2013 Spring Meeting

Washington, 10 a 12 de abril de 2013

Trata-se da 61.ª edição da Conferência organizada pela ABA Section of Antitrust Law. Na Conferência serão abordados temas de índole substantiva e processual de aplicação do direito da concorrência e de proteção do consumidor.

Mais informação disponível em:

http://www.americanbar.org/calendar/2013/04/antitrust_law_2013_springmeeting.html.

IBC Legal's 22nd annual Advanced EU Competition Law

Londres, 16 e 17 de abril de 2013

A IBC Legal organiza mais uma edição desta Conferência anual, onde são passados em revista os mais importantes desenvolvimentos no direito e

política de concorrência, incluindo a área dos cartéis, ações de indemnização civil, artigos 101.º e 102.º TFUE e auxílios de estado, entre outros.

Mais informação disponível em:

<http://www.ibclegal.com/event/advanced-eu-competition-law-london-conference?xtssot=0>.

4th Biennial Trento Conference on the Enforcement of Competition Rules

Trento, 18 e 19 de abril 2013

O tema principal da Conferência é a cultura de concorrência em Itália e na União Europeia, sendo ainda abordados os desenvolvimentos recentes na aplicação do direito da concorrência em Itália e na União Europeia pelas autoridades administrativas e judiciais e o tema das ações coletivas.

Mais informação disponível em:

<http://osservatorioantitrust.eu/index.php?id=1089&L=2>.

Using Economics in Competition Law: How can Economic Tools support me in Competition Cases?

Oxford, 22 e 23 de abril de 2013

Combinando uma abordagem teórica e prática, o curso organizado pela OXERA tem por objetivo fornecer o enquadramento básico sobre as teorias económicas e instrumentos de análise económica utilizados pelas autoridades de concorrência e pelos tribunais.

Mais informação disponível em:

<http://marketing.oxera.com/eventsbr.nsf/0/8F0EA9D85B6A70D780257B100078EC70?OpenDocument>.

GCR Live Telecoms, Media and Technology

Londres, 23 de abril de 2013

A Global Competition Review organiza esta conferência dedicada à aplicação do direito da concorrência nos mercados das telecomunicações, media e tecnologia.

Mais informação disponível em:

<http://www.globalcompetitionreview.com/tmt2013>.

7th annual Competition Economics – How to use Economics and Economists Effectively in Competition Law

Londres, 25 de abril de 2013

A IBC Legal organiza esta conferência, que abordará questões como o papel dos economistas em casos de cartel e de abuso de posição dominante e a análise económica de estratégias como cláusulas MFN. A operação de concentração de empresas Universal/EMI será igualmente analisada.

Mais informação disponível em:

<http://www.ibclegal.com/event/Competition-Law-Economics-Conference>.

GCR Live 4th Annual Competition Law, Consumer Goods & Retail

Londres, 14 de maio de 2013

Organizada pela Global Competition Review, esta conferência inclui painéis dedicados à aplicação do direito da concorrência pelas autoridades da concorrência no setor retalhista, bem como do ponto de vista dos consultores jurídicos das empresas. O papel a desempenhar pela regulação e direito da concorrência e do consumidor é outro dos temas em destaque.

Mais informação disponível em:

<http://www.globalcompetitionreview.com/events/1562/gcr-live-4th-annual-competition-law-consumer-goods-retail/>.

Competition Law Challenges in the Financial Services Sector 2013

Londres, 23 de maio de 2013

Organizada pela IBC Legal, a Conferência incide sobre os mais recentes desenvolvimentos do direito e política de concorrência no sector financeiro, incluindo os casos NYSE Euronext/Deutsche Börse, Visa e Mastercard.

Mais informação disponível em:

<http://www.ibclegal.com/event/Competition-Law-Challenges-in-the-Financial-Services-Sector-Conference>.

Competition Policy and Economic Growth: Is less more?

Londres, 24 de junho de 2013

A Conferência organizada pela Chatham House irá debater o papel da política de concorrência na ausência de crescimento económico, em particu-

lar a intervenção dos governos no mercado e os custos e benefícios da aplicação do direito da concorrência.

Mais informação disponível em:

<http://www.chathamhouse.org/competition2013>.

5th LEAR Conference on the Economics of Competition Law: The Economics of Merger Control

Roma, 27 e 28 de junho de 2013

Organizada pela LEAR, a conferência irá abordar diversificados temas sobre o uso da análise económica no controlo de concentrações, tais como efeitos unilaterais e coordenados, concentrações não horizontais, remédios e revisão *ex-post*.

Mais informação disponível em:

<http://www.learlab.com/conference2013/>.

NOTAS CURRICULARES

ALEXANDRA AMARO

Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (1999), pós-graduada em Direito Europeu pelo Colégio da Europa (2003) e Mestre (LLM) em Direito da Concorrência e Economia pela Universidade Erasmus de Roterdão (2004). Entre 2004 e 2008 foi colaboradora da Autoridade da Concorrência e exerce atualmente advocacia.

Alexandra Amaro is graduated in Law from the University of Lisbon Law Faculty (1999). She holds a Master of Arts in European Union Law from College of Europe (2003) and a Master in Law in EC Competition Law and Economics from Erasmus University Rotterdam (2004). From 2004 until 2008 she was a legal officer at the Portuguese Competition Authority. She is currently in private practice.

ANA PROENÇA COELHO

Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2006), pós-graduada em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (2008) e mestranda do curso de mestrado científico em ciências jurídico-criminais da FDUL. Foi advogada estagiária e associada da sociedade de advogados Miranda, Correia, Amendoeira & Associados (2006-2010) e foi advogada na sociedade Vieira de Almeida & Associados (2010). Integra a Direção de Contencioso e Contraordenações do ICP-ANACOM desde 2011.

Ana Proença Coelho is graduated in Law from the University of Lisbon Law Faculty (2006), post-graduated in commercial law from the Portuguese Catholic University Law Faculty (2008) and attends the Master in Criminal Law at the University of Lisbon Law Faculty. She was a trainee lawyer and associate at Miranda, Correia, Amendoeira & Associados law firm (2006-2010) and a

lawyer at Vieira de Almeida & Associados law firm (2010). Since 2011, she is a lawyer at the Legal Department of ICP-ANACOM.

ASSIMAKIS P. 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 visitante na *IREA – Université Paul Cézanne Aix-Marseille III* e investigador visitante do *Centre for Law and Governance in Europe* do *University College London* (UCL). É licenciado com distinção pela *Athens Law School* e detém o grau de LL.M. da *University of Cambridge* (*Trinity College*), um segundo grau de LL.M. pela *New York University* e Doutoramento pela *European University Institute*.

Assimakis P. 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.

CHRISTOPHER HODGES

Presidente do *CMS Research Programme on Civil Justice Systems* do *Centre for Socio-Legal Studies* da Universidade de Oxford. Professor Erasmus de Fundamentos de Direito Privado da *Erasmus University*, Roterdão. Membro do *Wolfson College*, Oxford. Advogado. Licenciado pelo *New College*, Oxford (1976) e doutorado pelo *King's College*, Londres (2003). Trabalhou, entre 1977 e 2003, em escritórios de advogados de Londres. Tem prestado consultoria à Comissão Europeia, ao Parlamento Europeu, a vários governos, a empresas multinacionais e a associações de consumidores em todo o mundo. A sua investigação tem-se focado na revisão dos sistemas de resolução de litígios com vista à criação de um modelo integrado europeu ao nível da justiça civil e regulatória. Tem publicado abundantemente na área da proteção do consumidor, em especial sobre resolução de litígios.

Christopher Hodges is Head of the CMS Research Programme on Civil Justice Systems at the Centre for Socio-Legal Studies, University of Oxford; Erasmus Professor of the Fundamentals of Private Law at Erasmus University, Rotterdam; a Life Member of Wolfson College, Oxford; and a solicitor. He graduated from New College, Oxford in 1976, obtained his PhD from King's College, London in 2003, and worked from 1977 to 2003 in major City of London law firms, with a pan-EU practice. His advice is sought by the European Commission, European Parliament, several governments, many multinational businesses and consumer associations across the world. His research is directed at reviewing all dispute resolution systems to devise an integrated civil justice and regulatory model for European states. He has published extensively in the area of consumer protection, especially on dispute resolution systems.

DIANA ALFAFAR

Advogada nas áreas de Direito Societário e Direito Penal em Riquito Advogados (Macau). Licenciada e Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pós-graduada em Direito da Concorrência e Regulação pelo Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Foi Advogada-estagiária no departamento de Concorrência e Direito Europeu da SRS Advogados.

Lawyer at Riquito Advogados (Macao) in the area of Corporate and Criminal Law. Graduate and Master in Criminal Law from the University of Coimbra Law Faculty. Post-graduate in Competition and Regulation from the Economic, Financial and Tax Institute of the University of Lisbon Law Faculty. She worked

as a Trainee Lawyer at SRS Advogados, in the Competition and European Law department.

HELENA BOLINA

Licenciada em Direito pela Universidade de Lisboa (1989), Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra (1997) e advogada (desde 1992). É colaboradora da CMVM, desde 1996, tendo sido Diretora-Adjunta do Departamento de Contencioso e do Gabinete de Estudos e Diretora do Departamento de Investigação e Análise de Operações. Exerce atualmente o cargo de Diretora do Departamento de Assuntos Jurídicos e de Contencioso. Foi docente no ISCAL e no curso de Direito das Faculdades de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Nova de Lisboa. Leciona pós-graduações em matérias do mercado de valores mobiliários e auditoria. Publicou estudos nas áreas do Direito Processual Penal, Direito da Contraordenações e Abuso de Mercado. Participou em diversas reformas da legislação do sistema financeiro.

Helena Magalhães Bolina is graduated in Law from the University of Lisbon Law Faculty (1989), Master in Criminal Law from the University of Coimbra Law Faculty (1997) and Lawyer (since 1992). She joined CMVM in 1996, having been Deputy Director of the Legal Department and of the Research Department and Director of the Investigation Department. Currently holds the post of Director of the Enforcement Department. She lectured at the University of Lisbon Law School, ISCAL and Law School of the Nova University of Lisbon. She teaches postgraduate courses in securities market and auditing. She published studies in the areas of Criminal Procedure Law, Securities Market Infractions and Market Abuse and was involved in various law reforms of the financial system.

JOSÉ ROBIN DE ANDRADE

Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (1966), fez o Curso Complementar de Ciências Político-Económicas da mesma Faculdade (1968). Advogado Especialista em Direito Administrativo. Exerceu vários cargos na Ordem dos Advogados. Foi Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e professor convidado da Universidade Autónoma de Lisboa. Integra a lista de árbitros do Centro de Arbitragem da Associação Comercial Portuguesa e da *Corte Internacional Civil y Mercantil* (CIMA) de Madrid. Fundador e Presidente da Associação

Portuguesa de Arbitragem. Tem diversas obras publicadas, sobretudo na área do Direito Administrativo.

José Robin de Andrade is graduated in Law from the University of Lisbon Law School (1996) and post-graduated in Political and Economic Law from the same School (1998). Specialist lawyer in Administrative Law. He has occupied a number of positions in the Portuguese Legal Society (Ordem dos Advogados). He was a Teaching Assistant Professor at the University of Lisbon Law School and a Visiting Professor at Universidade Autónoma de Lisboa. He is an arbitrator of the Arbitration Centre of the Lisbon Commercial Association and of the Corte Internacional Civil y Mercantil (Madrid). He was a founder and is, from 2008, president of the Portuguese Arbitration Association. He has published in the area of Administrative Law.

LAURENCE IDOT

Professora Agregada das Faculdades de Direito (1982), é professora na Universidade Paris II – *Panthéon/Assas* desde 2007. Foi durante quinze anos professora na Universidade Paris II – *Panthéon Sorbonne*. Ensina sobretudo Direito da União Europeia e Direito da Concorrência para alunos pós-graduados. As suas outras áreas de interesse incluem Direito da Arbitragem e Direito Internacional Privado e a sua interação com o Direito da Concorrência. É, desde 2009, membro do Conselho da Autoridade Francesa da Concorrência. É codiretora da revista mensal *Europe (Lexis Nexis, 1991)*, presidente do conselho científico da revista *Concurrences (2004)* e presidente da Associação Francesa de Direito da Concorrência (AFEC). Desde o seu doutoramento sobre “O controlo de práticas comerciais restritivas no comércio internacional” (Paris II, 1981), tem publicado vastamente na área de Direito da Concorrência e de Direito da União Europeia.

Laurence Idot, Agrégée des Facultés de Droit (1982), is full Professor at the University Paris II – Panthéon/Assas, which she joined in 2007 after fifteen years as a Professor at the University of Paris I – Panthéon Sorbonne. She most notably teaches EC and Competition Law for post-graduate students. Her other fields of interest include Arbitration Law and Private International Law, and their interaction with Competition Law. Since 2009, she is a member of the college of the French Competition Authority. She is also the co-director of the monthly review Europe (Lexis-Nexis, 1991), the chairwoman of the scientific committee of the review “Concurrences” (2004), the President of the French Association on Competition Law (AFEC). Since her Ph.D on “The Control of Restrictive

Business Practices in International Trade” (Paris II, 1981), she has extensively published in the area of competition law and European Law.

LUÍS PEREIRA COUTINHO

Licenciado em Direito (1996), Mestre em Direito (2002) e Doutorado em Direito (2008) pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor na mesma Faculdade, onde ensina Direito Constitucional e Ciência Política. Foi Assistente na Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa. Foi Consultor da Presidência do Conselho de Ministros.

Luís Pereira Coutinho is graduated in Law (1996), LL.M (2002) and LL.D. (2008). Professor of the University of Lisbon Law Faculty, where he teaches Constitutional Law and Political Science. Former Teaching Assistant Professor at the Faculty of Human and Social Sciences of the New University of Lisbon. Former Advisor to the Portuguese Presidency of the Council of Ministers.

MIGUEL SOUSA FERRO

Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2005). LL.M em Estudos Europeus no Colégio da Europa (Bruges, 2006). Monitor e Assistente Convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em 2008-2009, e doutorando desde 2010. Colaborador externo da Sérvulo & Associados, na área de Direito Europeu e da Concorrência.

Miguel Sousa Ferro is graduated in Law from the University of Lisbon Law Faculty (2005). LL.M in European Studies from the College of Europe (Bruges, 2006). Teaching Assistant Professor at the University of Lisbon Law Faculty, in 2008-2009, and doctoral candidate since 2010. External Counsel at Sérvulo & Associados Law Firm, in the field of European and Competition Law.

PAULO DE SOUSA MENDES

Licenciado em Direito (1981), Mestre em Direito (1987) e Doutor em Direito (2006). Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Ensina Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Probatório e Criminologia. Diretor do Departamento Jurídico e do Contencioso da Autoridade da Concorrência. Membro da Direção do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Foi bolseiro do DAAD (Munique 1986, Freiburg i. Br. 1990), Max-Planck-Institut (Freiburg i. Br. 1991, 1995) e Fundação para a Ciência e Tecnolo-

gia (Trento, Munique e Bielefeld, 2000-2004). Integrou como avaliador o *GRECO Evaluation Team for Czech Republic* (2010). Foi professor na Academia Militar (2006-2009). Foi membro do Conselho de Fiscalização dos Serviços de Informação da República Portuguesa (1998-1999). Foi membro do Conselho da Unidade de Missão para a Reforma Penal (2005-2007). Foi jurista da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (1998-2006).

Paulo de Sousa Mendes is Graduated in law (1981), LL.M. (1987) and Ph.D. (2006). Professor at the University of Lisbon Law School. Teaches Criminal Law, Criminal Procedural Law, Criminology and Evidence Law. Director of the Legal Department of the Portuguese Competition Authority. Member of the Board of the Institute for Criminal Law and Criminal Sciences. Scholarships from DAAD (Munich 1986, Freiburg 1990), MPI (Freiburg 1991, 1995), and Foundation for Science and Technology (Trento, Munich, Bielefeld, 2000-2004). Former Evaluator of GRECO Evaluation Team for Czech Republic (2010). Former Professor at the Portuguese Military Academy (2006-2009). Former Member of the Supervision Committee for the Portuguese Intelligence Services (1998-1999) and of the Portuguese Committee for the Reformation of the Penal Code and the Penal Procedural Code (2005-2007). Former legal adviser of the Portuguese Securities and Exchange Commission (1998-2006).

VINICIUS DE MELO LIMA

Licenciado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul/Brasil. Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutorando em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), São Leopoldo, Rio Grande do Sul/Brasil. Promotor de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul/Brasil, desde 2004.

Vinicius de Melo Lima is graduated in Law from the University of Santa Cruz do Sul Law School (UNISC), Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul/Brazil. Master in the Criminal Law from the University of Lisbon Law Faculty. Ph.D. student in Public Law at the University of Vale do Rio dos Sinos Law School (Unisinos), São Leopoldo, Rio Grande do Sul/Brazil. Member of the Public Prosecution Service of Rio Grande do Sul/Brazil, since 2004.

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
Florian 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 Poiars 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

Luis 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:

Elisa Carvalho

Natália Leite

