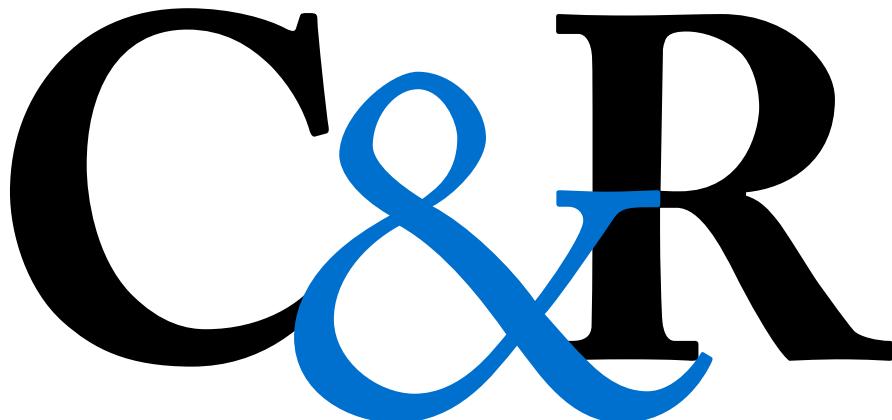


AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA
INSTITUTO DE DIREITO ECONÓMICO
FINANCEIRO E FISCAL DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

PORtUGUESE COMPETITION AUTHORITY
INSTITUTE OF ECONOMIC, FINANCIAL AND TAX LAW
OF THE UNIVERSITY OF LISBON LAW SCHOOL



REVISTA
DE CONCORRÊNCIA
E REGULAÇÃO
COMPETITION
AND REGULATION

ANO/YEAR IX • NÚMERO/No 36
OUTUBRO/OCTOBER • DEZEMBRO/DECEMBER 2018
PERIODICIDADE TRIMESTRAL/QUARTERLY



INSTITUTO
DE DIREITO
ECONÓMICO
FINANCEIRO
E FISCAL FDL



AUTORIDADE DA
CONCORRÊNCIA

REVISTA
DE CONCORRÊNCIA
E REGULAÇÃO

ANO IX • NÚMERO 36
OUTUBRO – DEZEMBRO 2018

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

Direção/Editorial Chairs

MARIA JOÃO MELÍCIAS • MIGUEL SOUSA FERRO

Presidência do Conselho Científico/Scientific Council Chairs

EDUARDO PAZ FERREIRA • MARGARIDA MATOS ROSA

Presidência do Conselho de Redação/President of the Executive Editorial Board

RICARDO BAYÃO HORTA

Conselho Consultivo/Advisory Board

JOÃO E. GATA • NUNO CUNHA RODRIGUES



INSTITUTO
DE DIREITO
ECONÔMICO
FINANCEIRO
E FISCAL FDL



AUTORIDADE DA
CONCORRÊNCIA

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

Ano IX • Número 36
outubro – dezembro 2018

DIRETORES
MARIA JOÃO MELÍCIAS
MIGUEL SOUSA FERRO (Diretor-Adjunto)

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

SEDE DA REDAÇÃO
Avenida de Berna, 19
1050-037 Lisboa

EXECUÇÃO GRÁFICA
UNDO, L.^{DA}

JANEIRO 2019

N.º DE REGISTO NA ERC
126126

ESTATUTO EDITORIAL
http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Paginas/Revista-CR.aspx

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

A C&R tem uma política de acesso livre e gratuito.

Os artigos poderão ser lidos, descarregados, copiados, distribuídos, impressos,
pesquisados ou utilizados para qualquer propósito legal, sem barreiras financeiras,
legais ou técnicas. Os autores detêm o controlo da integridade do seu trabalho
e o direito a ser reconhecidos e citados.

ÍNDICE

9 EDITORIAL

17 DOUTRINA GERAL

19 Maria José Costeira – *Direito da concorrência: o controlo jurisdicional das decisões proferidas em processos sancionatórios*

39 Maria Elisabete Ramos – *Distribuição de seguros, proteção do cliente e arbitragem regulatória*

81 Marta Campos – *De novo o direito à não autoincriminação em processos de contraordenação por práticas restritivas da concorrência contra pessoas coletivas*

119 Ricardo Bayão Horta – *Articulação AdC-ERC no âmbito do artigo 55.º do regime jurídico da concorrência: cenas dos próximos capítulos*

147 Inês Azevedo – *A utilização jusconcorrencial de compromissos como mecanismo de regulação*

189 BREVES

193 José Luís da Cruz Vilaça – *Challenges to the judiciary in the enforcement of competition rules in the digital age*

201 Richard Whish – *Hub and spoke concerted practices*

207 María Ortiz – *Competition enforcement and advocacy in the financial sector in Spain*

215 Ana Patrícia Carvalho – *Competition compliance: a mudança do paradigma*

217 JURISPRUDÊNCIA GERAL

219 Jurisprudência nacional de concorrência – outubro a dezembro de 2018

229 Jurisprudência de concorrência da União Europeia – outubro a dezembro de 2018

237 Notas Curriculares

245 Índice consolidado por temas

267 Colaboração com a Revista de Concorrência e Regulação

269 Órgãos Sociais

EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

Maria João Melícias

Miguel Sousa Ferro

O número 36 da Revista de Concorrência & Regulação reúne alguns contributos decorrentes de apresentações na V Conferência de Lisboa sobre Direito e Economia da Concorrência, realizada a 18 e 19 de outubro de 2018, ou no contexto dos Seminários Abertos mensalmente organizados pela AdC, além de peças doutrinais realizadas independentemente.

Alguns dos artigos ora incluídos já foram disponibilizados *online* em *advance access*, numa opção que se pretende manter no futuro, para se garantir que os leitores da Revista tenham acesso à doutrina o mais depressa possível. Sugere-se, por isso, aos leitores que se mantenham atentos à divulgação antecipada de artigos na página da Revista. Esta página será em breve reformatada num novo

Issue 36 of the Revista de Concorrência & Regulação brings together contributions deriving from presentations delivered at the V Lisbon Conference on Competition Law and Economics, which took place on 18-19 October 2018, as well as in the context of the Open Seminars monthly organized by the AdC, besides doctrinal works produced independently.

Some of the papers which are included in this issue have already been made available online, in advance access, in an option that will be kept in the future, to ensure that readers of this Journal have access to doctrine as quickly as possible. We therefore suggest that readers keep an eye out for the advance publication of papers on the Journal's webpage. This

micro-website, que facilitará o acesso e a pesquisa do arquivo da C&R.

Na sequência do Seminário Aberto em que foi oradora convidada, realizado na AdC em julho de 2018, Maria José Costeira debruça-se sobre um tema que tem estado no centro de muitos debates recentes a nível europeu. Fornece-nos um apanhado das características do controlo judicial de decisões proferidas pela Comissão Europeia e pela Autoridade da Concorrência em processos sancionatórios. Realça que a garantia de um controlo jurisdicional efetivo é um problema de respeito por direitos fundamentais. Faz importantes distinções entre o tipo de apreciações que os tribunais da União são chamados a fazer, destrinçando aquelas em que se suscita a questão do respeito pela margem de discricionariedade da Comissão. Parece sugerir que se verifica, por vezes, uma tendência para sobrevalorizar a esfera de questões cujo controlo está limitado ao erro manifesto de apreciação. Esta importante mensagem está a encontrar terreno fértil recentemente, com alguns acórdãos do TGUE e TJUE que inverteram apreciações da Comissão que se poderia pressupor serem complexas e deverem estar a salvo de revisão judicial. Isto dito, a perspetiva da autora poderá não ser consensual, nomeadamente quando sugere que o controlo judicial da União deve identificar as apreciações

webpage will soon be reformatted into a new micro-website, which will make access to and search of C&R's archive easier.

Maria José Costeira looks at a topic which has been at the center of many recent debates at European Union level, further to the Open Seminar where she was guest speaker and which took place at the AdC in July 2018. She provides us with a summary of the characteristics of judicial review of decisions adopted by the European Commission and by the Portuguese Competition Authority which impose sanctions on undertakings. She stresses that the assurance of effective judicial review is a fundamental rights issue. Important distinctions are made concerning the type of assessments which EU courts are called to make, singling out those in which the issue of respect for the discretionary margin of the Commission arises. The author seems to suggest that there is, sometimes, a tendency to overestimate the sphere of issues whose control is limited to manifest error of assessment. This important message is finding fertile ground recently, with several judgments of the GCEU and CJEU which reversed assessments by the European Commission which some might have assumed to be complex and protected from judicial review. That being said, the author's perspective may not be wholly consensual, namely when it is suggested that

económicas complexas apenas de acordo com a natureza dessas apreciações, e não consoante a sua tecnicidade ou dificuldade.

Maria Elisabete Ramos analisa o regime da Diretiva (UE) 2016/97, sobre a distribuição de seguros, especificamente no que respeita ao grau de proteção dos clientes e as questões da informação, conflitos de interesses e arbitragem regulatória. A autora é crítica da abordagem da Diretiva no que respeita a evitar a arbitragem regulatória (tendo em conta os produtos de investimento com base em seguros), especialmente a propósito da divergência de regras entre os dois regimes quanto à aceitação de “inducements”.

Marta Campos regressa à temática do direito de pessoas coletivas à não autoincriminação em processos contraordenacionais por práticas restritivas da concorrência, fornecendo um apanhado atualizado da doutrina e jurisprudência nacional e da União (e não só) sobre o tema. Este artigo fornece-nos um detalhado e precioso resumo da perspetiva da juíza senior do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (TCRS) sobre esta temática, incluindo os motivos que justificam, neste tipo de processos, algumas diferenças relativamente à configuração do direito à não autoincriminação de pessoas singulares em processos criminais (distinguindo fundamentos

EU judicial review should identify complex economic issues merely on the basis of their nature, and not depending on their degree of technicality or difficulty.

Maria Elisabete Ramos analyzes the regime of Directive (EU) 2016/97, on insurance distribution, specifically in what concerns the degree of protection of clients and the issues of information, conflict of interests and regulatory arbitration. The author is critical of the Directive's approach in what concerns the avoidance of regulatory arbitration (considering investments products based on insurance), especially in relation to the differences in the rules of the two regimes as to the acceptance of inducements.

Marta Campos takes a fresh look at the topic of the privilege of legal persons against self-incrimination in cases relating to misconduct for anti-competitive practices, providing us with an updated overview of doctrine and case-law of Portugal and the EU (and beyond) on this issue. This paper provides us with a detailed and precious summary of the perspective of the senior judge of the Competition, Regulation and Supervision Court (TCRS) on this matter, including the reasons which justify, in this type of cases, some differences relating to the configuration of the privilege against self-incrimination of natural persons in criminal procedures (distinguishing

substantivos e processuais). Numa refrescante abordagem teleológica, que vê o *nemo tenetur*, neste contexto, como uma expressão da dimensão tática do direito de defesa, a autora sublinha que, no âmbito do processo criminal contra pessoas singulares, deve circunscrever-se a esfera de proteção aos documentos que incluem, ou cuja entrega implica, uma expressão da vontade da pessoa (para além do mero conteúdo do documento). É deixada em aberto o modo como esta mesma questão deve ser tratada nos processos contraordenacionais contra pessoas coletivas que podem surgir perante o TCRS. A autora identifica ainda uma pequena divergência quanto à jurisprudência da UE, que parece depender da precisa interpretação desta, e que se debruça sobre casos limítrofes e seguramente raros. Em todo o caso, a existirem, tais casos poderão suscitar complicadas questões relativas ao limite do primado do direito da UE, no controlo judicial de decisões da AdC que aplicam o artigo 101.º ou 102.º do TFUE.

Ricardo Horta olha para o controlo de concentrações no setor dos media, discutindo a história e o futuro da articulação de poderes entre a AdC e a Entidade Reguladora da Comunicação Social, e fornecendo um apanhado dos vários cenários possíveis na interação entre os dois reguladores.

*substantive and procedural requirements). In a refreshing teleological approach, which regards the *nemo tenetur* principle, in this context, as an express of the tactical dimension of the right of defense, the author underlines that, in criminal procedures against natural persons, the sphere of protection should be circumscribed to the documents which include, or whose production implies, an expression of the will of the person (beyond the mere content of the document). The paper leaves unresolved the issue of how this same issue should be decided in misdemeanor proceedings against legal persons which may come before the TCRS. The author identifies a small divergence relating to EU case-law, which seems to depend on its precise interpretation, and which relate to borderline cases which are certain to prove rare. That being said, if such divergences do exist, they may raise complicated questions relating to the limit of the primacy of EU law, in the judicial review of decisions adopted by the Portuguese Competition Authority applying articles 101 or 102 TFEU.*

Ricardo Horta looks at merger control in the media sector, discussing the history and future of the articulation of powers between the AdC and the Portuguese Regulatory Authority for the Media, and providing a summary of the possible scenarios in the interaction between the two regulators.

Inês Azevedo descreve o enquadramento legal, origem e evolução da utilização das decisões de compromissos no direito da concorrência da União, bem como o seu controlo judicial. A autora partilha da opinião que parece predominante na doutrina, segundo a qual este tipo de decisões tende a ser utilizada pela Comissão Europeia como um mecanismo de *soft power* de regulação económica, permitindo à instituição europeia alcançar resultados que não lhe seriam possíveis ou fáceis ao abrigo dos seus poderes sancionatórios. A posição da autora parece pressupor a possibilidade de um abuso deste mecanismo, cuja eventual existência e consequência legal é difícil de reconciliar com a natureza voluntária da sua apresentação pelas empresas. Especialmente problemática (e sem solução aparente) é a tendência que tanto as empresas como as autoridades de concorrência têm, ocasionalmente, revelado para favorecer a adoção de decisões de compromissos, em prejuízo de decisões condenatórias. A autora identifica, mas deixa em aberto, a discussão das consequências precisas do recente e surpreendente acórdão do TJUE, no caso Gasorba (C-547/16), sobre o valor das decisões de compromissos nos processos de *private enforcement* da concorrência.

Na secção de artigos breves, José Luís da Cruz Vilaça, tendo recentemente concluído o seu distinto

Inês Azevedo describes the legal framework, the origin and the evolution of the use of commitment decisions in EU competition law, as well as their judicial review. The author shares the opinion which seems to be found in the majority of doctrine, according to which this type of decision tends to be used by the European Commission as a soft power mechanism of economic regulation, allowing the European institution to achieve results which would not be possible or easy to achieve under its powers to impose sanctions. The author's position seems to presuppose the possibility of abuse of this mechanism, whose existence and legal consequence is difficult to reconcile with the voluntary nature of the submission of commitments by undertakings. Especially troublesome (and with no apparent solution) is the tendency that both undertakings and competition authorities have, on occasion, shown to favour the adoption of commitment decisions, instead of decisions adopted under the power to impose sanctions. The author identifies, but leaves open, the discussion on precise consequences of the recent and surprising judgment of the CJEU in the Gasorba case (C-547/16), on the value of commitment decisions in competition law private enforcement proceedings.

In the brief articles section, José Luís da Cruz Vilaça, having concluded his distinguished career as first President of

percurso enquanto primeiro Presidente do Tribunal de Primeira Instância e Advogado-Geral e Juiz do Tribunal de Justiça da União Europeia, reflete sobre os novos desafios com que os juízes nacionais e da União se veem confrontados ao serem chamados a aplicar do direito da concorrência às atividades económicas na era digital. Este texto fornece um apanhado geral dos principais casos dos anos recentes, acabando por focar também a problemática da extensão do controlo judicial.

Na sequência do Seminário Aberto em que foi orador convidado, realizado na AdC em maio de 2018, Richard Whish apresenta um resumo da principal jurisprudência relativa a práticas concertadas “hub and spoke”, um tema que promete continuar a estar no centro de muito debate, em toda a UE e em Portugal, especificamente.

Maria Ortiz fornece-nos uma perspetiva dos desenvolvimentos mais recentes, da CNMC, relativos à defesa e promoção da concorrência no setor financeiro. Isto inclui a experiência da ANC com controlo de concentrações no contexto de uma concentração crescente do mercado, incluindo a aprovação sujeita a condições de uma concentração na área dos sistemas de cartões de pagamento. No que toca a práticas restritivas da concorrência, destaca-se uma multa de 91 M€ imposta a 4 bancos espanhóis por um cartel que afetou as taxas de juros de

the Court of First Instance, and Advocate-General and Judge of the Court of Justice of the European Union, reflects on the new challenges which EU and national judges are confronted when they are called to apply competition law to economic activities in the digital era. This paper provides us with a general overview of the leading cases of recent years, and it ends up exploring also the complicated issue of the extent of judicial review.

Richard Whish, further to the Open Seminar where he was guest speaker and which took place at the AdC in May 2018, provides a summary of leading case-law on hub and spoke concerted practices, a topic which promises to continue to be at the center of much debate, both throughout the EU and in Portugal specifically.

Maria Ortiz provides us with an overview of the most recent developments, by the Spanish CNMC, relating to competition enforcement and advocacy in the financial sector. This includes the NCA's experience with merger control in the context of a reality of increasing market concentration, including the approval, subject to conditions, of a merger in the area of card payment systems. In what concerns practices falling under antitrust law, the highlight goes to a fine of 91 M€ imposed on 4 Spanish banks, for a cartel which affected syndicated loan interest rates (and which is still under

empréstimos sindicados (ainda sob recurso). No plano da “advocacy”, tomou-se um importante passo com a adoção de um relatório sobre Fintech, incluindo recomendações específicas.

No seguimento do Seminário Aberto em que interveio sobre o tema, realizado na AdC em Dezembro de 2018, Ana Patrícia Carvalho traz-nos o benefício da sua extensa experiência como advogada *in-house* num conjunto de reflexões sobre os desafios que as empresas enfrentam ao desenvolverem políticas de *compliance* com o direito da concorrência, mas também sobre a importância e o valor destas políticas.

judicial review). In the field of advocacy, an important step has been taken with the adoption of a report of Fintech, including specific recommendations.

Following the Open Seminar where she participated as guest speaker and which took place at the AdC in December 2018, Ana Patrícia Carvalho brings us the benefit of her extensive experience as in-house lawyer, in an ensemble of considerations about the challenges which undertakings face when developing policies to ensure compliance with competition law, but also on the importance and value of these policies.



DOUTRINA

Doutrina geral

DIREITO DA CONCORRÊNCIA: O CONTROLO JURISDICIONAL DAS DECISÕES PROFERIDAS EM PROCESSOS SANCIONATÓRIOS

Maria José Costeira*

ABSTRACT: *This paper provides a succinct analysis of the nature of antitrust decisions adopted by (national and European Union) administrative competition authorities which impose sanctions on undertakings, as well as the nature and intensity of judicial review to which they are subject, so as to determine if this control differs in what concerns national decisions and European Commission decisions.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito nacional. 2.1. Natureza das decisões proferidas pela AdC em processos sancionatórios. 2.2. Amplitude do controlo jurisdicional. 3. Direito da União Europeia. 3.1. Natureza das decisões proferidas pela Comissão em processos sancionatórios. 3.2. Amplitude do controlo jurisdicional. 4. Conclusão

1. INTRODUÇÃO

A intensidade do controlo jurisdicional das decisões proferidas pelas autoridades responsáveis pela fiscalização do respeito pelas regras da concorrência em processos sancionatórios é uma questão não consensual e há muito discutida. Para se proceder à delimitação desse controlo tem, necessariamente, de se atender, por um lado, à natureza jurídica destas decisões e, por outro lado, ao seu conteúdo que tende, cada vez mais, a ter uma forte componente económica com um elevado grau de complexidade.

Por um lado, sendo as entidades autores destas decisões autoridades administrativas – a nível nacional a Autoridade da Concorrência (AdC) e a nível da União Europeia (UE) a Comissão Europeia-Direção Geral da Concorrência (Comissão) – as suas decisões são, à partida, decisões administrativas.

* Juíza no Tribunal Geral da União Europeia. As opiniões expressas neste texto são estritamente pessoais e não vinculam, de modo algum, a instituição onde a autora exerce funções.

Mas sendo decisões administrativas, são elas atos administrativos vinculados ou atos administrativos discricionários? Esta definição assume um papel central na definição do âmbito do controlo jurisdicional uma vez que as decisões discricionárias têm subjacente um juízo de conveniência e oportunidade inerente a critérios de ponderação e a regras de boa administração e de prossecução do interesse público que não é passível de controlo jurisdicional sob pena de o poder judicial se substituir à Administração na função de administrar que é exclusiva desta. Assim, no caso das decisões puramente discricionárias, o controlo jurisdicional é por natureza um controlo mais limitado.

Por outro lado, e independentemente da sua qualificação como atos vinculados ou discricionários, tendo grande parte das decisões proferidas em processos sancionatórios apreciações económicas de elevado grau de complexidade, gozarão as mesmas de uma espécie de presunção reforçada de legitimidade? Trata-se de saber se deverá haver limites ao controlo jurisdicional, podendo as decisões ser revistas pelo poder judiciário apenas em caso de erro grosseiro, uma vez que as decisões se enquadram num domínio em que as autoridades administrativas gozam de uma certa discricionariedade técnica e em que estão, em princípio, mais habilitadas do que os tribunais para decidir sobre questões técnicas para as quais têm maior preparação técnica.

Independentemente da conclusão a que se chegue em resposta a estas questões, há ainda que apurar se o tipo de controlo jurisdicional levado a cabo pela jurisdição nacional é igual ao tipo de controlo efetuado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

2. DIREITO NACIONAL

2.1. Naturezas das decisões proferidas pela AdC em processos sancionatórios

As decisões proferidas pela AdC em processos sancionatórios são atos jurídicos, adotados no exercício de uma atividade de natureza administrativa, proferidos ao abrigo de normas de direito público que visam produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta. São, pois, atos administrativos.

Trata-se, porém, de atos administrativos que sancionam ilícitos de mera ordenação social. De acordo com o Regime Jurídico da Concorrência (RJC¹) os processos sancionatórios relativos a práticas restritivas regem-se pelo regime sancionatório estabelecido no próprio RJC e subsidiariamente (sendo

¹ Aprovado pela Lei n.º 19/2012 de 8 de maio, alterada pela Lei n.º 23/2018, de 05 de junho.

aqui irrelevante a propriedade da expressão subsidiário) pelo regime geral do ilícito de mera ordenação social (artigos 13.º e 59.º do RJC). Por essa via, a estes processos sancionatórios aplica-se também, subsidiariamente, o regime processual penal (artigo 41.º do Regime Geral das Contraordenações e Coimas – RGCO²).

No que respeita às regras procedimentais e processuais temos, pois, um regime absolutamente regulado, um sistema de enunciação completo das regras aplicáveis, sem espaço para qualquer discricionariedade. Tais regras não são as previstas no Código de Procedimento Administrativo ou no Código do Processo nos Tribunais Administrativos e Fiscais, mas sim as regras definidas pelo diploma próprio das infrações ao direito da concorrência e subsidiariamente pelo RGCO.

Igual regulação existe no que às regras substantivas respeita. Com efeito, a AdC tem que subsumir os princípios e regras jurídicas ao caso concreto, o que implica o respeito pelas regras da hermenêutica jurídica e não deixa margem para convicções de quem decide nem para entendimentos ditados por razões de ordem não jurídica ou outra. Dito de outro modo, não há espaço para qualquer juízo de oportunidade.

De facto, ao apreciar determinada conduta, a AdC tem de verificar se os elementos do tipo estão preenchidos e tem de fazê-lo de forma objetiva, o que pressupõe a interpretação e aplicação dos princípios protegidos pela lei tendo sempre em vista o interesse público específico que lhes está subjacente: a defesa da concorrência. Nesta sua tarefa, a AdC não tem verdadeiramente uma opção: subsumindo os factos ao direito ou conclui que foi praticada uma infração ou conclui que não o foi, havendo sempre lugar a uma única solução de direito.

A AdC está, pois, vinculada a imperativos ditados pela proteção da concorrência. As decisões resultam sempre da aplicação do direito da concorrência ao caso concreto e, nessa medida, não estão desvinculadas dos princípios e regras estabelecidos por esse direito. Mais importante é o facto de tais decisões aplicarem normas imperativas e tendencialmente fechadas: as que definem os tipos de ilícito em causa.

Assim, e mesmo sem entrar ainda na especificidade que caracteriza as decisões da AdC proferidas em processos sancionatórios em virtude de as

² Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, com as alterações introduzidas pela Declaração de 06 de janeiro de 1983, pelo Decreto-Lei n.º 356/89, de 17 de outubro, pela Declaração de 31 de outubro de 1989, pelos Decretos-Lei n.ºs 244/95, de 14 de Setembro e 323/2001, de 17 de dezembro e pela Lei n.º 109/2001, de 24 de dezembro.

infrações terem a natureza de ilícitos de mera ordenação social, dir-se-á que, do ponto de vista jurídico, está afastado o eventual caráter discricionário destas decisões, o que significa que se trata de decisões vinculadas.

2.2. Amplitude do controlo jurisdicional

Caracterizadas as decisões da ADC proferidas em processos sancionatórios como decisões administrativas vinculadas, importa perceber se as especificidades próprias destas decisões (existência de apreciações de natureza económica complexas características de domínios onde a discricionariedade técnica impera, por um lado, e de um elevado número conceitos indeterminados, por outro) impõem, por si mesmas, alguns limites ao controlo de plena jurisdição.

No que à tecnicidade das decisões respeita, e ainda do ponto de vista estritamente administrativo, afigura-se que a mesma não expressa, em si mesmo, qualquer juízo de conveniência ou oportunidade técnica. Havendo sempre uma certa margem discricionária dentro dos limites técnico-científicos, a atividade administrativa permanece sempre vinculada desde logo aos critérios técnicos que estabeleceram ditames claros e de aceitação unânime pela comunidade científica. O que significa, nomeadamente, que essas decisões podem ser sindicadas por erro nos respetivos pressupostos (por ex. por não terem adotado a solução mais unânime e consensual na comunidade científica nem terem justificado esse desvio).

No que à presença de conceitos indeterminados respeita, é certo que no direito da concorrência imperaram os conceitos indeterminados. Ora o preenchimento valorativo de conceitos vagos e indeterminados implica juízos de discricionariedade dita imprópria e, embora esta possa ser qualificada como uma figura distinta da discricionariedade *proprio sensu*, não é fácil estabelecer a fronteira entre a primeira e a segunda dado o espaço normativo de indeterminação comum a ambas as figuras.

É inegável que apenas há discricionariedade se houver margem para preenchimento do conceito indeterminado em termos tais que à administração seja permitido optar por uma de entre várias decisões, sendo qualquer delas juridicamente válida. Saber se o recurso pela lei a conceitos indeterminados conduz ou não à atribuição de poder discricionário à administração é algo que só em concreto, face ao conceito concreto utilizado pela norma, se pode aferir.

No caso das regras sancionatórias do direito da concorrência, estão em causa conceitos indeterminados que, pela sua própria natureza, carecem de interpretação jurídica, mas em que não é dada à AdC a possibilidade de optar por mais do que uma solução em concreto. A interpretação a fazer situa-se

sempre no campo da legalidade, não sendo, no caso, mais do que um mecanismo de aplicação do direito a situações concretas. Pode dizer-se que é um campo de interpretação complexo, mas não passa por isso a ser discricionário. Logo, não há quaisquer valorações subjetivas a realizar, não há espaço para juízos de conveniência ou oportunidade. Ou seja, o preenchimento desses conceitos indeterminados não permite duas soluções legalmente possíveis, apenas uma.

Em suma, mesmo numa perspetiva estritamente administrativa, as decisões da AdC proferidas em processos sancionatórios são decisões administrativas vinculadas sujeitas a um controlo de plena jurisdição.

Porém, mesmo que assim não se entendesse, o certo é que a natureza deste direito sancionatório a nível nacional não permite outra conclusão. Com efeito, as infrações previstas no RJC estão caracterizadas, entre nós, como contraordenações puníveis com coima – *cfr.* artigo 68.º, n.º 1, alínea a) do RJC. Este enquadramento nacional das infrações ao direito da concorrência constitui a grande diferença entre o direito nacional e o direito da UE. No direito nacional as infrações básicas têm a natureza de contraordenações, enquanto no direito comunitário estamos ante ilícitos administrativos. Embora a discussão doutrinária sobre a intrínseca natureza dos ilícitos a nível comunitário seja antiga – com alguns autores a cominarem-lhe uma natureza quase-penal – o certo é que juridicamente existe uma diferença considerável entre os dois tipos de infração.

Ora, tendo a infração uma natureza para-penal, em que imperam desde logo os princípios da presunção da inocência e do *in dubio pro reo*, não cabendo ao infrator a prova de que não praticou qualquer infração mas antes à autoridade administrativa a prova de que a mesma foi cometida, e em que há lugar à produção de prova na fase de revisão da decisão proferida pela autoridade, impõe-se concluir que as decisões da AdC estão sujeitas, necessária e obrigatoriamente, a um controlo jurisdicional total, a um verdadeiro controlo de plena jurisdição, sem restrições.

Ou seja, o Tribunal pode, na (re)apreciação do caso concreto, apreciar e valorar a prova de forma diversa da que foi efetuada pela autoridade, adotar entendimento diverso sobre a subsunção do facto às normas aplicáveis ou concluir que a sanção aplicável ao caso (em função, nomeadamente, da gravidade da infração, da culpa do agente, das necessidades de prevenção) deve ser outra que não a aplicada pela AdC. Em suma, o Tribunal pode manter, revogar ou alterar a decisão impugnada, apreciando, para o efeito, todos os elementos, apreciações e conclusões dessa decisão.

O único limite a considerar é o imposto pelos direitos de defesa do presumível infrator que exigem que o mesmo possa exercer o contraditório em todas as fases do processo e que lhe seja assegurado o exercício efetivo do seu direito de defesa ao longo de todo o processo. No caso da revisão da decisão proferida pela AdC, tais direitos estão garantidos desde que ao arguido seja dada a possibilidade de requerer a produção de prova, de acompanhar todo o julgamento e a produção de prova que nele for produzida, de se pronunciar sobre a mesma e sobre a sua subsunção às normas.

Por conseguinte, no âmbito dos recursos das decisões proferidas em processos sancionatórios pela AdC, o tribunal tem poderes de plena jurisdição no âmbito dos quais se inserem, designadamente, o de examinar os meios de prova, inclusive os que sustentam as conclusões de natureza económica, o de valorar a prova, o de efetuar a subsunção dos factos ao direito e o de alterar a decisão condenatória. Em suma, cabe ao Tribunal fazer não só um controlo de legalidade mas também de mérito.

3. DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

3.1. Natureza das decisões proferidas pela Comissão em processos sancionatórios

No que respeita à natureza das decisões da Comissão, tem inteira aplicação o referido supra a propósito das decisões da AdC: ao apreciar determinada conduta, a Comissão tem de verificar de forma objetiva se os elementos do tipo estão preenchidos, o que pressupõe a interpretação e aplicação dos princípios protegidos pela lei tendo sempre em vista o interesse público específico que lhes está subjacente: a defesa da concorrência. Nesta sua tarefa a Comissão não tem verdadeiramente uma opção: subsumindo os factos ao direito ou conclui que foi praticada uma infração ou conclui que não o foi, havendo sempre lugar a uma única solução de direito.

Assim, tal como as autoridades nacionais, a Comissão está sujeita a uma vinculação clara a imperativos ditados pela proteção da concorrência. As decisões resultam sempre da aplicação do direito da concorrência ao caso concreto e, nessa medida, não estão desvinculadas dos princípios e regras estabelecidos por esse direito. São, portanto, decisões de natureza administrativa que, do ponto de vista jurídico, têm carácter vinculado.

Já no que respeita às apreciações económicas complexas subjacentes às decisões, a jurisprudência do TJUE reconheceu desde sempre à Comissão

uma margem de apreciação característica dos atos administrativos discricionários. Importa perceber em que se traduz esta margem de apreciação e qual o impacto que a mesma tem a nível do controlo jurisdicional.

3.2. Amplitude do controlo jurisdicional

A Comissão é a autoridade administrativa que tem os poderes para assegurar a aplicação efetiva das regras da concorrência (artigo 17.º, n.º 1, TUE³ e 105.º TFUE⁴), sendo as suas decisões sujeitas a um primeiro controlo pelo Tribunal Geral (TG) e a um segundo controlo pelo Tribunal de Justiça (TJ), neste caso limitado às questões de direito. A intensidade e abrangência do controlo jurisdicional das decisões proferidas pela Comissão em processos sancionatórios foram sendo densificadas pela jurisprudência do TJUE ao longo dos tempos.

Desde sempre definido como um controlo de legalidade que tem como objetivo assegurar o respeito pelo direito na interpretação e aplicação das regras da concorrência, os seus limites têm sido paulatinamente alargados quer a nível da legislação quer a nível da jurisprudência que a interpreta.

A nível legislativo, importa ter presente a evolução operada desde o Tratado CECA até ao atual TUE, evolução essa que, tal como interpretada pelo TJUE, demonstra claramente uma flexibilização da noção de controlo de legalidade na matéria.

Assim, no Tratado CECA⁵ a competência do Tribunal era definida nos seguintes termos (artigo n.º 33.º):

“O Tribunal é competente para conhecer dos recursos de anulação com fundamento em incompetência, violação de formalidades essenciais, violação do presente Tratado ou de qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação, ou em desvio de poder, interpostos das decisões e recomendações da Alta Autoridade por um dos Estados-membros ou pelo Conselho. Todavia, o Tribunal não pode apreciar a situação decorrente dos factos ou circunstâncias económicas em atenção à qual foram proferidas as referidas decisões ou recomendações, excepto se a Alta Autoridade for acusada de ter cometido um desvio de poder ou de ter ignorado, de forma manifesta, as disposições do Tratado ou qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação.” (sublinhado nosso).

³ Tratado da União Europeia, assinado em Maastricht a 7 de fevereiro de 1992.

⁴ Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, assinado em Lisboa a 13 de dezembro de 2007.

⁵ Tratado que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, assinado em Paris a 18 de abril de 1951.

Esta referência expressa aos factos ou circunstâncias económicas foi suprimida nas disposições correspondentes dos tratados subsequentes, aparecendo a competência do Tribunal definida já no artigo 173.º do Tratado CEE⁶, como:

“O Tribunal de Justiça fiscaliza a legalidade dos atos do Conselho e da Comissão que não sejam recomendações ou pareceres. Para o efeito, é competente para conhecer dos recursos com fundamento em incompetência, violação de formalidades essenciais, violação do presente Tratado ou de qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação, ou em desvio de poder, interpostos por um Estado-membro, pelo Conselho ou pela Comissão.”, definição que se mantém nos mesmos moldes no artigo 263.º do atual TFUE.

Esta evolução legislativa é de alguma forma resultado da jurisprudência do TJUE que, ao longo dos anos, foi concretizando e densificando os critérios subjacentes ao controlo jurisdicional, forçando em certa medida o legislador a alterar a redação das normas referidas.

Num dos primeiros acórdãos relevantes em que o Tribunal explicou como entendia o controlo jurisdicional das decisões da Comissão, o acórdão Consten e Grundig datado de 1966⁷, estava em causa uma decisão da Comissão proferida no âmbito da norma correspondente ao atual artigo 101.º do TFUE em que esta considerou que um determinado acordo não estava abrangido por uma das exceções previstas no n.º 3 do referido artigo. Na sua decisão a Comissão aferiu da existência de restrições à concorrência tomando em consideração todo o sistema de distribuição organizado pela Grundig. Ao Tribunal impunha-se aferir da legalidade desta decisão o que fez começando por constatar que

“para caracterizar a situação contratual, deve colocar-se o contrato no contexto económico e jurídico que as partes tiveram em conta aquando da sua celebração”, para de seguida afirmar que *“o exercício dos poderes da Comissão inclui necessariamente apreciações complexas de natureza económica. O controlo jurisdicional dessas apreciações deve respeitar esse carácter, limitando-se ao exame da veracidade dos factos e das qualificações jurídicas a que procedeu a Comissão”*, concretizando que *“[e]sse controlo exerce-se em primeiro lugar sobre a fundamentação das decisões que, quanto às referidas apreciações, deve precisar os factos e considerações em que se baseiam”*.

⁶ Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia, assinado em Roma a 25 de março de 1957.

⁷ C-56/64, Consten e Grundig v Comissão, 13.7.1966, ECLI:EU:C:1966:4.

Esta interpretação, que corresponde ao controlo limitado característico de um puro controlo de legalidade, foi sendo reiterada ao longo dos tempos, sempre com o mesmo postulado de base mas com a introdução de algumas nuances. Assim, em 1984, num acórdão igualmente relevante, o acórdão Remia⁸, o TJ especificou que:

“Se em geral o Tribunal exerce um controlo total quanto a saber se as condições de aplicação do artigo 85.º, §1, se encontram ou não reunidas, afigura-se que a determinação da duração admissível de uma cláusula de não concorrência, inserida num acordo de cessão de empresa, exige, da parte da Comissão, apreciações económicas complexas. Cabe ao Tribunal limitar o seu controlo sobre tais apreciações à verificação do respeito pelas regras processuais, ao caráter suficiente da motivação, à exatidão material dos factos, à inexistência de erro manifesto de apreciação ou de abuso de poder.”

Esta jurisprudência do TJ foi seguida pelo TG desde a sua criação. Assim, logo no acórdão Groupement des cartes bancaires «CB» e Europay International SA v Comissão⁹ o Tribunal, citando o acórdão Remia, afirma que:

“O controlo exercido pelo Tribunal sobre as complexas apreciações económicas efetuadas pela Comissão ao fazer uso da margem discricionária que lhe é conferida pelo n.º 3 do artigo 85.º do Tratado, em relação a cada uma das quatro condições deste preceito, deve limitar-se à verificação do respeito das regras processuais e de fundamentação, bem como à exatidão material dos factos, à inexistência de erro manifesto de apreciação e de desvio de poder...”.

Em 1992, no acórdão Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid e outros V Comissão¹⁰, o TG recorda a jurisprudência anterior precisando que:

“No caso em apreço, compete portanto ao Tribunal verificar se os factos em que a Comissão baseou a sua decisão de indeferimento do pedido de isenção são exatos no plano material e se a Comissão não cometeu um erro manifesto de apreciação ao afastar a

⁸ C-42/84, Remia v Comissão, 11.07.1985, ECLI:EU:C:1985:327, ponto 34.

⁹ T-39/92 e 40/92, Groupement des cartes bancaires «CB» e Europay International SA v Comissão, 23.02.1994, ECLI:EU:T:1994:20, ponto 109.

¹⁰ T- 29/92, Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid e outros V Comissão, 21.02.1995, ponto 289.

abordagem macroeconómica proposta pelas recorrentes para adotar uma abordagem microeconómica dos regulamentos.”.

Em 2001, no acórdão Metrópole television e outros v Comissão¹¹, o TG reafirma a mesma jurisprudência ao afirmar que:

“há que salientar que, uma vez que a apreciação do carácter acessório de um compromisso especial em relação a uma operação principal implica apreciações económicas complexas a fazer pela recorrida, o controlo jurisdicional desta apreciação se limita à verificação do respeito das regras processuais, do carácter bastante da fundamentação e da exatidão material dos factos, da inexistência de erro manifesto de apreciação e de desvio de poder...”.

Também no domínio do controlo de concentrações o TJ adotou este entendimento. Assim, no acórdão França v Comissão¹², o TJ afirmou que:

“... deve, todavia, salientar-se que as regras materiais do regulamento, em especial o seu artigo 2.º, conferem à Comissão certo poder discricionário, designadamente, no que respeita às apreciações de ordem económica. Consequentemente, o controlo pelo órgão jurisdicional comunitário do exercício desse poder, que é essencial na definição das regras em matéria de concentrações, deve ser efetuado tendo em conta a margem de apreciação subjacente às normas de carácter económico que fazem parte do regime das concentrações”.

E ainda no domínio dos abusos de posição dominante conforme resulta do acórdão Kish Glass v Comissão¹³ em que o TG afirmou que:

“A título preliminar, o Tribunal de Primeira Instância recorda que resulta de jurisprudência constante que, embora o órgão jurisdicional comunitário exerça, de modo geral, um controlo integral no que respeita à questão de saber se estão ou não reunidas as condições de aplicação das regras de concorrência, o controlo que exerce sobre as apreciações económicas complexas feitas pela Comissão deve, contudo, limitar-se à verificação do respeito das regras processuais e de fundamentação, bem como da exatidão material dos factos, da inexistência de erro manifesto de apreciação e de desvio de poder.”.

11 T-112/99 Metrópole television e outros v Comissão, 18.09.2001, ECLI:EU:T:2001:215, ponto 114.

12 C-68/94, República Francesa v Comissão, 31.03.1998, ECLI:EU:C:1998:148, pontos 223 e 224.

13 T-65/96 Kish Glass v Comissão, 30.03.2000, ECLI:EU:T:2000:93, ponto 64.

Da jurisprudência citada pode concluir-se que o entendimento do TJUE se manteve constante até ao início dos anos 2000: na revisão das decisões da Comissão está em causa sobretudo um controlo de legalidade de índole administrativa, cabendo ao Tribunal essencialmente, verificar se a decisão impugnada (i) procede a um exame apropriado dos elementos de facto e de direito no respeito pelas regras processuais e de fundamentação; (ii) respeita a exatidão material dos factos; (ii) não contém erros de direito nem (v) erros manifestos de apreciação; (vi) não se verifica desvio de poder.

A partir de dada altura, porém, o TJUE, embora sempre com a preocupação de garantir que não se substitui à administração, começou a dar claros sinais de pretender intensificar o controlo que faz das apreciações económicas complexas presentes nas decisões da Comissão.

Assim, no início dos anos 2000, num caso respeitante a uma operação de concentração, o caso Tetra Laval v Comissão¹⁴, o TG anulou a decisão da Comissão por considerar que esta não tinha produzido a prova que lhe é exigida quando adota uma decisão que declara uma operação de concentração incompatível com o mercado comum. Neste acórdão o tribunal faz uma análise minuciosa da prova produzida explicitando as razões pelas quais os vários elementos de prova não são suficientes para que se possa concluir ser a operação em causa incompatível com o mercado comum.

A Comissão recorreu do acórdão do TG para o TJ alegando, designadamente, que o TG anulou a decisão invocando o critério do erro manifesto de apreciação quando, na verdade, ao exigir a apresentação de “provas convincentes” aplicou um critério diferente, esquecendo o poder discricionário conferido à Comissão relativamente às questões de facto e às questões económicas complexas. Ou seja, segundo a Comissão, o TG afastou-se da jurisprudência Kali und Salz, tanto no que concerne à natureza do controlo jurisdicional como no que concerne ao nível de prova exigido.

O TJ, depois de recordar a jurisprudência Kali & Saltz, confirmou a decisão do TG¹⁵ afirmando que:

“Embora o Tribunal de Justiça reconheça à Comissão uma margem de apreciação em matéria económica, tal não implica que o tribunal comunitário se deva abster de fiscalizar a interpretação que a Comissão faz de dados de natureza económica. Com efeito, o tribunal comunitário deve, designadamente, verificar não só a exatidão material dos

¹⁴ T-5/02 Tetra Laval V Comissão, 25.10.2002, ECLI:EU:T:2002:264.

¹⁵ C-12/03 Comissão v Tetra Laval, 15.02.2005, ECLI:EU:C:2005:87, pontos 38 e 39.

elementos de prova invocados, a sua fiabilidade e a sua coerência, mas também fiscalizar se estes elementos constituem a totalidade dos dados pertinentes que devem ser tomados em consideração para apreciar uma situação complexa e se são suscetíveis de fundamentar as conclusões que deles se retiram. Essa fiscalização ainda é mais necessária quando se trata de uma análise prospetiva exigida pelo exame de um projecto de concentração que produz um efeito de conglomerado.”

Esta jurisprudência foi sucessivamente reafirmada pelo TG. Logo no mesmo ano, no caso General Electric v Comissão¹⁶, o TG confirmou que:

“Quanto à natureza da fiscalização do juiz comunitário, há que sublinhar a distinção essencial que existe entre, por um lado, os dados e as constatações de facto, cuja eventual inexatidão pode ser referida pelo juiz à luz dos argumentos e elementos de prova que lhe são apresentados e, por outro, as apreciações de ordem económica.

Embora deva ser reconhecida à Comissão uma margem de apreciação para efeitos da aplicação das regras materiais do Regulamento n.º 4064/89, isso não implica que o juiz comunitário não deva fiscalizar a qualificação jurídica que a Comissão faz de dados de natureza económica. Com efeito, o juiz comunitário deve, designadamente, não só verificar a exatidão material dos elementos de prova invocados, a sua fiabilidade e a sua coerência, mas também fiscalizar se esses elementos constituem todos os dados pertinentes que devem ser tomados em consideração para apreciar uma situação complexa e se são suscetíveis de fundamentar as conclusões que deles se extraem (...)

Embora estes princípios se apliquem a todas as apreciações de ordem económica, a fiscalização jurisdicional efetiva ainda é mais necessária quando a Comissão efectua uma análise prospetiva das evoluções num mercado que poderiam resultar da concentração projetada.”

Nos anos subsequentes o TG continuou a dar mostras claras de ter intensificado o controlo também sobre as apreciações económicas feitas pela Comissão. A título exemplificativo veja-se o acórdão GlaxoSmithKline Services v Commission¹⁷ no qual o TG começa por recordar que a Comissão dispõe de uma margem de apreciação, no que respeita às apreciações económicas complexas, sobre as quais não pode ser exercido mais do que um controlo jurisdicional limitado, não cabendo ao Tribunal substituir a sua apreciação económica à do autor da decisão cuja legalidade deve apreciar.

16 T-210/01 General Electric v Comissão, 14.12.2005, ECLI:EU:T:2005:456, pontos 62 a 64.

17 T-168/01 GlaxoSmithKline Services v Commission, 27.09.2006, ECLI:EU:T:2006:265, pontos 245, 303 e 304, confirmado pelo acórdão do TJ C-501/06 P).

Enunciado o princípio, o TG delimitou o controlo do seguinte modo:

“... o controlo exercido sobre a decisão da Comissão faz-se exclusivamente face aos elementos de facto e de direito existentes à data da adoção da Decisão atacada, sem prejuízo da possibilidade de as partes, no exercício dos seus direitos de defesa, os completarem com meios de prova posteriores a essa data, mas apresentados especificamente com o objectivo de atacarem ou defenderem essa decisão (v. n.º 58 supra).

Resulta de quanto precede que a Decisão está viciada por omissão de apreciação, uma vez que a Comissão não teve validamente em conta todos os argumentos de facto e elementos de prova pertinentemente apresentados pela GSK, não tendo refutado alguns destes argumentos, sendo que eles eram suficientemente pertinentes e fundamentados para impor uma resposta, e não tendo fundamentado de forma juridicamente suficiente a sua conclusão de que não se provara, por um lado, que o comércio paralelo era apto a provocar uma perda de eficiência por alterar sensivelmente a capacidade de inovação da GSK e, por outro, que o artigo 4.º das condições gerais de venda era apto a permitir a obtenção de um ganho por melhoria desta capacidade.

Tendo concluído a sua análise dos argumentos de facto e dos elementos de prova apresentados pela GSK, considerando que eles não demonstravam a existência de uma vantagem objetiva sensível, a Comissão não procedeu à apreciação complexa (v. n.º 241 supra) que implicaria o exercício de ponderação entre essa vantagem e o inconveniente para a concorrência identificado no quadro da parte da Decisão que aplica o artigo 81.º, n.º 1, CE, como a Comissão sublinhou várias vezes na audiência”.

Controlo igualmente intenso foi feito no acórdão Microsoft v Comissão¹⁸ no qual o TG, depois de recordar que o Tribunal “não se deve abster de fiscalizar a interpretação que a Comissão faz dos dados de natureza económica. Nesta matéria, incumbe-lhe verificar se a Comissão baseou a sua apreciação em elementos de prova exatos, fiáveis e coerentes, se estes elementos constituem a totalidade dos dados pertinentes que devem ser tomados em consideração para apreciar uma situação complexa e se são suscetíveis de fundamentar as conclusões que deles se retiram”, fez uma revisão detalhada da análise económica levada a cabo pela comissão nos pontos subsequentes do acórdão.

Note-se que, apesar de o acórdão Tetra Laval ter sido proferido na vigência do anterior regulamento relativo ao controlo das concentrações de empresa¹⁹, a jurisprudência fixada mantém-se plenamente em vigor com o

18 T-201/04 Microsoft v Comissão, 17.09.2007, ECLI:EU:T:2007:289, ponto 482.

19 Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989.

novo regulamento²⁰ conforme se pode constatar, por exemplo, no acórdão Ryanair v Comissão²¹.

Esta abordagem estendeu-se aos processos antitrust como ilustrado nos acórdãos Chalkor v Comissão²² e KME Germany e.a. v Comissão²³. No primeiro dos referidos acórdãos o TJ, depois de fazer apelo ao princípio da proteção jurisdicional efetiva, afirma o seguinte²⁴:

“A fiscalização jurisdicional das decisões das instituições foi organizada pelos Tratados fundadores. Além da fiscalização da legalidade, prevista actualmente no artigo 263.º TFUE, foi prevista uma fiscalização de plena jurisdição no que respeita às sanções estabelecidas nos regulamentos.

No tocante à fiscalização da legalidade, o Tribunal de Justiça já declarou que, apesar de a Comissão dispor de uma margem de apreciação em matéria económica, em domínios que originam apreciações económicas complexas, tal não implica que o juiz da União se deva abster de fiscalizar a interpretação, feita pela Comissão, de dados de natureza económica. Com efeito, o juiz da União deve, designadamente, verificar não só a exatidão material dos elementos de prova invocados, a sua fiabilidade e a sua coerência mas também fiscalizar se estes elementos constituem o conjunto dos dados pertinentes que devem ser tomados em consideração para apreciar uma situação complexa e se são suscetíveis de fundamentar as conclusões que deles se retiram...”.

E estendeu-se igualmente aos processos de auxílio de Estado como se constata nomeadamente no acórdão do TG Lenzing v Comissão²⁵ que veio a ser confirmado pelo TJ nos seguintes termos²⁶:

“Quanto ao argumento relativo ao facto de o Tribunal de Primeira Instância ter ultrapassado o nível de fiscalização que lhe é reconhecido pela jurisprudência num domínio que origina apreciações económicas complexas, importa, em primeiro lugar, recordar que, embora o Tribunal de Justiça reconheça à Comissão uma margem de apreciação em

20 Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004.

21 T-342/07 Ryanair v Comissão, ECLI:EU:T:2010:280, pontos 29 a 31.

22 C-386/10 Chalkor v Comissão, 8.12.2011, pontos 119 a 121.

23 C-389/10 KME Alemanha e.a. v Comissão, 8.12.2011

24 C-386/10, pontos 53 e 54.

25 T-36/99 Lenzing v Comissão, 31.10.2004, ECLI:EU:T:2004:312.

26 C-525/04 Espanha v Lenzing, 22.11.2007, ECLI:EU:C:2007:698, pontos 56 a 60.

matéria económica, tal não implica que o tribunal comunitário se deva abster de fiscalizar a interpretação que a Comissão fez de dados de natureza económica (acórdão de 15 de Fevereiro de 2005, Comissão/Tetra Laval, C 12/03 P, Colect., p. I 987, n.º 39). No entanto, no âmbito desta fiscalização, não lhe compete substituir a apreciação da Comissão, no plano económico, pela sua (despacho de 25 de Abril de 2002, DSG Dradenauer Stahlgesellschaft/Comissão, C 323/00 P, Colect., p. I 3919, n.º 43).

Além disso, cumpre assinalar que, no caso de uma instituição comunitária dispor de um amplo poder de apreciação, o controlo do respeito de determinadas garantias processuais assume uma importância fundamental. O Tribunal de Justiça já teve ocasião de precisar que entre estas garantias figura a obrigação de a instituição competente examinar com cuidado e imparcialidade todos os elementos pertinentes do caso concreto e de fundamentar a sua decisão de forma suficiente (v. acórdãos de 21 de Novembro de 1991, Technische Universität München, C 269/90, Colect., p. I 5469, n.º 14, e de 7 de Maio de 1992, Pesquerias De Bermeo e Naviera Laida/Comissão, C 258/90 e C 259/90, Colect., p. I 2901, n.º 26).

Ora, tratando-se da fiscalização jurisdicional exercida pelo Tribunal de Primeira Instância sobre o referido exame, resulta dos n.os 154 a 160 do acórdão recorrido que o Tribunal de Primeira Instância, sem substituir a apreciação da Comissão pela sua, se limitou a realçar, por um lado, certas contradições manifestas, resultantes do próprio texto da decisão controvertida, na comparação efetuada pela Comissão entre a situação dos credores públicos e a dos credores privados e, por outro, a inexistência de elementos que provem as conclusões da Comissão quanto à situação de um destes credores privados e às perspetivas de rentabilidade e de viabilidade da Sniace.”

Finalmente, a decisão mais recente nesta linha é o acórdão Intel v Comissão. Neste processo, a Comissão, concluindo ter a Intel cometido uma infração ao artigo 102.º do TFUE, aplicou-lhe uma coima no valor de 1.06 milhões de euros. Inconformada com a decisão, a Intel recorreu para o TG pondo em causa a decisão recorrida, designadamente, quanto à repartição do ónus da prova e ao nível de prova exigido, à qualificação jurídica dos descontos e dos pagamentos concedidos em contrapartida de um abastecimento exclusivo, bem como à qualificação jurídica de pagamentos, que a Comissão denominou de «restrições diretas», destinados a que determinados fabricantes de equipamentos informáticos atrasassem, anulassem ou restringissem a comercialização de produtos equipados com processadores CPU de uma empresa concreta.

O TG²⁷ considerou, em suma que os descontos concedidos aos fabricantes em causa eram descontos de exclusividade por estarem sujeitos à condição de o cliente se abastecer, na totalidade ou numa parte importante das suas necessidades de Unidades Centrais de Processamento (CPU), junto da Intel, não dependendo a qualificação de um desconto dessa natureza como abusivo de uma análise das circunstâncias do caso concreto destinada a estabelecer a sua capacidade para restringir a concorrência. Fazendo uma análise exaustiva da factualidade relevante, o TG concluiu que a Comissão fez uma análise das circunstâncias concretas e que demonstrou suficientemente a capacidade de os descontos e pagamentos de exclusividade concedidos aos ditos fabricantes restringirem a concorrência. A final o TG manteve a decisão recorrida.

Inconformada com a decisão a Intel interpôs recurso para o TJ²⁸ criticando desde logo o acórdão recorrido por o Tribunal ter admitido que as práticas em causa podiam ser qualificadas de abuso de posição dominante sem ter procedido previamente ao exame da totalidade das circunstâncias concretas e examinado a probabilidade de uma restrição da concorrência resultar desse comportamento. Criticou ainda a análise feita pelo TG sobre a capacidade de os descontos e pagamentos concedidos aos fabricantes restringirem a concorrência tendo em conta as circunstâncias concretas, bem como a apreciação que fez da pertinência do teste AEC (*as efficient competitor test*) aplicado pela Comissão. Em concreto, alegou que, uma vez que a Comissão procedeu a esse teste, o TG deveria ter examinado a argumentação que apresentou de acordo com a qual o referido teste continha numerosos erros, sendo certo que, se tivesse sido aplicado corretamente, teria conduzido à conclusão contrária àquela a que chegou a Comissão de que os descontos controvertidos não eram aptos a restringir a concorrência.

O TJ anulou o acórdão recorrido considerando que (pontos 142 e seguintes):

“No presente caso, embora tenha sublinhado, na decisão controvertida, que os descontos em causa eram, pela sua própria natureza, capazes de restringir a concorrência, de forma que nem a análise da totalidade das circunstâncias concretas nem, em particular, o teste AEC eram necessários para declarar a existência de um abuso de posição dominante (...) a Comissão procedeu, não obstante, a um exame aprofundado dessas circunstâncias, desenvolvendo muito pormenorizadamente... a sua análise no âmbito do teste AEC, análise que a levou a concluir... que um concorrente igualmente eficaz teria de praticar

27 T-286/09 Intel v Comissão, 12.06.2014, EU:T:2014:547, pontos 79, 80 a 89, 172 a 197.

28 C-431/14 Intel v Comissão, 6.11.2017, ECLI:EU:C:2017:632.

preços inviáveis e que, por conseguinte, a prática de descontos em causa era suscetível de produzir efeitos de exclusão desse concorrente.

Conclui-se que, na decisão controvertida, o teste AEC teve uma importância real na apreciação, pela Comissão, da capacidade da prática dos descontos em causa de produzir um efeito de exclusão de concorrentes igualmente eficazes.

Nestas condições, o Tribunal Geral estava obrigado a examinar a totalidade dos argumentos da Intel formulados a propósito desse teste.

Ora, o Tribunal Geral declarou... que não era necessário examinar se a Comissão tinha realizado o teste AEC devidamente e sem cometer erros, e que também não era necessário examinar a questão de saber se os cálculos alternativos propostos pela Intel tinham sido efetuados corretamente.

Assim, no âmbito do seu exame, a título exaustivo, das circunstâncias do caso concreto, o Tribunal Geral negou (...) qualquer pertinência ao teste AEC realizado pela Comissão e, por conseguinte, não respondeu às críticas feitas pela Intel contra esse teste.

Consequentemente... há que anular o acórdão recorrido, uma vez que o Tribunal Geral não tomou em consideração, erradamente, no âmbito da sua análise relativa à capacidade dos descontos controvertidos de restringirem a concorrência, a argumentação da Intel destinada a denunciar pretensos erros cometidos pela Comissão no âmbito do teste AEC.

Este acórdão tem sido interpretado como mais um sinal dado pelo TJ de que o controlo do tribunal deve ser intensificado no que respeita aos juízos de índole económica, sinal que já havia aliás sido dado no acórdão CB v Comissão²⁹ quando o TJ considerou que

“Ao limitar-se, por várias vezes... a reproduzir o conteúdo da decisão controvertida, o Tribunal Geral de facto não verificou, quando estava obrigado a fazê-lo, se os elementos admitidos pela Comissão nessa decisão lhe permitiam concluir corretamente que as medidas em causa, tendo em conta os seus termos, objetivos e contexto, apresentavam um grau suficiente de nocividade face à concorrência para se considerar que tinham por objetivo restringir a concorrência na aceção do artigo 81.º, n.º 1, CE, e, portanto, se os referidos elementos constituíam o conjunto dos dados pertinentes a serem tomado em consideração para o efeito”.

O certo é que este acórdão é claro: cabe ao Tribunal apreciar todos os argumentos e provas apresentados pelas partes e que ponham em causa as implicações que lhes são feitas na decisão da Comissão, incluindo os que incidem

²⁹ C-67/13 P CB v Comissão, 11.09.2014, ECLI:EU:C:2014:2204, ponto 90.

sobre as apreciações económicas complexas relacionadas com os factos do caso concreto.

4. CONCLUSÃO

Nas últimas duas décadas, e especialmente na última década, o direito da concorrência sofreu uma grande evolução, sendo patente a influência cada vez maior da economia e das teorias económicas não só na prática das autoridades administrativas mas na própria legislação. Cabe ao TJUE, como a qualquer tribunal nacional relativamente às decisões das autoridades nacionais, controlar a correta aplicação da lei pelas instituições europeias e, na medida do necessário, proceder à interpretação das disposições legislativas.

Tendo em conta a existência inequívoca de uma certa discricionariedade na esfera da Comissão, impõe-se definir com clareza os limites da margem de apreciação do Tribunal, o que equivale a dizer que se impõe definir em que circunstâncias deve o juiz aplicar um padrão menos intenso de controlo das suas decisões. Para se proceder a tal delimitação há que começar por precisar o significado da noção de “avaliações económicas complexas” uma vez que é a partir deste conceito que se define a intensidade do controlo judicial, sendo certo que importa ter presente que o controlo dos aspectos económicos presentes no direito da concorrência não pode ser deixado nas mãos de uma autoridade administrativa e subtraído a um qualquer controlo judicial. Aliás, não se pode ignorar que o direito a uma proteção jurisdicional efetiva é um direito fundamental, consagrado no artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, sendo certo que tal proteção só se encontra assegurada se o controlo exercido pelo Tribunal for completo, isto é, se incidir também sobre os factos e considerações económicas da conduta que estiver em causa.

De acordo com a jurisprudência do TJUE o poder de “revisão” do Tribunal deve, no que às “apreciações económicas complexas” respeita, centrar-se no “erro manifesto de apreciação”. Com efeito, o Tribunal deve essencialmente verificar se os factos são exatos e coerentes, se a Comissão dispunha de todos os factos pertinentes e se os factos justificam as conclusões da Comissão. Ora o Tribunal concluirá pela existência de um erro manifesto de apreciação se verificar que a Comissão fez uma avaliação incorreta dos factos materiais em que baseou a sua análise; que não considerou factos relevantes ou que decidiu com base em factos não relevantes; que fez uma análise errada das provas (prova insuficiente para fundamentar a probabilidade de determinados efeitos no mercado ou para concluir pela colusão) ou não considerou prova relevante

(desconsideração de prova apresentada pelas presumíveis infratoras). Todas estas etapas devem ser verificadas também no que aos factos económicos e as provas a eles respeitantes concerne.

Com base nos princípios que foram sendo definidos pela jurisprudência acima citada, e considerando os diversos interesses em jogo, pode legitimamente considerar-se que as “apreciações económicas complexas” excluídas do controlo jurisdicional são as apreciações da Comissão efetuadas no âmbito das escolhas de política económica que legitimamente lhe cabe efetuar. Exemplificativamente, numa situação concreta que implique julgamentos de valor da Comissão, como, por exemplo, nos termos do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE, em que seja necessário estabelecer um equilíbrio entre os efeitos anticoncorrenciais e os ganhos de competitividade favoráveis à concorrência, o controlo jurisdicional será menos intenso, leia-se será um controlo restrito, do que o controlo a efetuar no que respeita às apreciações relativas à definição do mercado, à substituibilidade dos produtos, à existência de uma posição dominante ou de um abuso.

Delimitado o controlo jurisdicional desta forma, fica assegurado, por um lado, que as apreciações que impliquem elementos da política económica ficam claramente excluídas do controlo jurisdicional e, por outro lado, que todas as apreciações económicas, independentemente do seu grau de dificuldade ou tecnicidade, ficam sujeitas a um controlo jurisdicional absoluto.

De acordo com este entendimento e esta interpretação da jurisprudência do TJUE, podem extrair-se as seguintes conclusões:

- (i) Na revisão das decisões da Comissão há que fazer uma distinção essencial entre os dados e constatações de facto, sujeitos a um controlo pleno do Tribunal, e as apreciações de caráter económico complexas, sujeitas a um controlo limitado;
- (ii) Este controlo limitado não respeita à extensão da fiscalização mas sim à sua intensidade, ou seja, não se pode confundir controlo restrito com controlo ligeiro;
- (iii) Não se pode confundir o conceito de “apreciações económicas complexas” com estudos ou dados económicos complexos, sendo estes simples provas em que a Comissão funda a sua decisão;
- (iv) O direito à proteção jurisdicional efetiva impõe ao juiz da UE o controlo sobre a decisão da Comissão na sua totalidade, incluindo, portanto, as apreciações económicas efetuadas na decisão;

- (v) O conceito de “apreciações económicas complexas” reporta-se à natureza das apreciações e não à sua tecnicidade ou dificuldade, ou seja, está limitado às opções de política económica adotadas pela Comissão, situações em que o Tribunal não deve, nem pode, substituir-se à administração.

Tendo presentes estas conclusões e o enquadramento que se defende para o conceito de “apreciações económicas complexas” subtraídas ao controlo jurisdicional, parece poder concluir-se que, na prática, o tipo de controlo jurisdicional das decisões da AdC feito pelo tribunal nacional, por um lado, e o controlo jurisdicional das decisões da Comissão feito pelo TJUE, por outro, não obstante a diferente natureza do ilícito nas duas ordens jurídicas, é na sua essência muito idêntico.

BIBLIOGRAFIA

BELLAMY, C.

- 1996 “Judicial Enforcement of Competition Law”, OECD, Policy Roundtables, p. 106: disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/34/41/1919985.pdf>.

CRUZ VILAÇA, J. L. da

- 2018 “O juiz e a economia – A intensidade do controlo jurisdicional em matéria de concorrência na ordem jurídica da União Europeia”, *Julgars* n.º 35.

FORWOOD, N.

- 2011 “The Commission’s More Economic Approach-Implications for the role of the EU Courts, the treatment of economic evidence and the scope of judicial review”, in EHLERMANN, C.-D. & MARQUIS, M. (eds.), *European Competition Law Annual 2009: The Evaluation of Evidence and Its Judicial Review in Competition Cases*, Hart, p. 255.

JAEGER, M.

- 2011 “The standard of review in Competition Cases Involving Complex Economic Assessments : Towards the marginalization of the marginal review?”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 2, n.º 4, p. 295.

WAHL, N.

- 2011 “Standard of Review-Comprehensive or Limited?” in EHLERMANN, C.-D. & MARQUIS, M. (eds.), *European Competition Law Annual 2009: The Evaluation of Evidence and Its Judicial Review in Competition Cases*, Hart, p. 285.

DISTRIBUIÇÃO DE SEGUROS, PROTEÇÃO DO CLIENTE E ARBITRAGEM REGULATÓRIA

Maria Elisabete Ramos*

ABSTRACT *The Insurance Distribution Directive (IDD) is aimed at minimum harmonization on insurance distribution. This Directive acknowledges that various types of persons or institutions can distribute insurance products and intends to achieve level playing field between distributors. Consumers should benefit from the same degree of protection, in spite the distribution channel they choose. The Directive follows the client-centric approach, which puts client protection at the core of the relation between distributor and client. This paper addresses some issues related to client protection. In fact, the Directive follows the paradigm information model, assuring the distributor discloses relevant information to the client. The question is how the disclosure requirements are effective to the consumer protection, given that information overload and the rational ignorance may compromise the client's informed choice. The IDD aligns with the recent trends on presentation of information, conduct of business rules and product regulation, in order to strengthen the client protection. The paper addresses the conflict of interests' regulation (specially the inducement's regulation) and regulatory arbitrage risks, given the regulatory differences between IDD and MIFID. Regulatory arbitrage can weaken the clients' protection.*

SUMÁRIO 1. Introdução. 2. Um novo quadro regulatório para a atividade de distribuição de seguros. 3. A informação como instrumento de proteção dos clientes de distribuidor de seguros. 4. DDS e a harmonização mínima da informação pré-contratual prestada pelo distribuidor de seguros ao cliente. 5. Documento de informação sobre o produto de seguros – DIPS/IPID. 6. Regras de conduta da atividade de distribuição de seguros. 7. Governação dos produtos. 8. Requisitos adicionais relativos aos produtos de investimento com base em seguros (insurance-based investment product (IBIP)). 9. Conclusão

* Professora Auxiliar da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Endereço eletrónico: mgramos@fe.uc.pt.

1. INTRODUÇÃO

A Diretiva (UE) 2016/97 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de janeiro de 2016 (daqui em diante, DDS), sobre a distribuição de seguros, segue o modelo de “harmonização mínima” permitindo, por conseguinte, que cada Estado-Membro adote medidas legislativas mais restritivas do que as que resultam daquele ato de direito derivado.

A DDS marca uma etapa importante na evolução que vai desde a mediação de seguros até à distribuição de seguros. Havia, efetivamente, que adequar a regulação desta atividade financeira aos velozes desenvolvimentos impostos pela indústria de que se destacam, por exemplo, as plataformas eletrónicas designadas internacionalmente como “aggregators”.

Está diagnosticado o fenómeno da progressiva diluição de fronteiras entre, por um lado, os seguros e, por outro, os outros tradicionais setores do direito financeiro. Tipicamente, o risco assumido pelo aforrador de seguros (a pessoa que celebra um contrato de seguro) não está ligado ao reembolso do prémio (que, tipicamente, não é reembolsável), mas sim à circunstância de o segurador se obriga a cobrir um sinistro futuro. Contribuem para diluição de fronteiras tradicionais que demarcam os seguros de outras atividades financeiras a “aproximação dos circuitos de distribuição”¹ e dos serviços prestados e dos produtos financeiros comercializados². O que suscita a questão da caraterização do contrato de seguro, tendo em conta as importantes extensões que ele conhece, de que se destacam as operações de capitalização que não assentam em prejuízo sofrido pelo beneficiário da prestação³.

Neste quadro de esbatimento de fronteiras, regulatório dirigido à proteção de clientes ou, ainda, de clientes-consumidores deve necessariamente ter presente que o mesmo perfil de risco pode estar presente em produtos muito diferentes⁴, que surgem produtos híbridos que reúnem componentes bancárias, seguradoras e mobiliárias e, que os canais de distribuição são partilhados. A título de exemplo, considere-se o caso dos bancos que, nos termos do art. 4.º, e), f), h), i) e q) do RIGIC, estão habilitados a comercializar produtos bancários, mobiliários e seguradores.

É no contexto deste progressivo esvaecimento das fronteiras que tradicionalmente demarcam a atividade seguradora de outros subsetores do

¹ Câmara, 2018: 20.

² Câmara, 2018: 20.

³ Sobre as operações de capitalização, v. Ribeiro, 2016; Silva, 2001: 249; Poças, 2008: 31 ss.

⁴ Este aspeto é sublinhado pela MiFiD II. V. *infra. Na doutrina nacional, v. Câmara, 2018: 20.*

universo financeiro (banca e valores mobiliários) que tem de ser percebida a DDS. É certo que esta diretiva reconhece a “natureza específica do contrato de seguro”, mas logo afirma que a regulação da distribuição de seguros deve ser alinhada com o disposto na MiFID II⁵, evidenciando, justamente esta aproximação entre o direito dos seguros e o dos instrumentos financeiros.

Efetivamente, a equivalência económica (constituindo, por conseguinte, alternativas de aforro para investidores) entre produtos seguradores e instrumentos financeiros exige adequada regulação de modo a serem prevenidos comportamentos oportunistas de arbitragem regulatória, com consequências prejudiciais para os consumidores.

Compreende-se esta preocupação de evitar a arbitragem regulatória, tendo em conta que a DDS reclama o propósito de “melhorar a proteção dos consumidores”⁶. Ao serviço deste objetivo, a DDS ergue três pilares: *a)* informação prestada ao consumidor; *b)* regras de conduta da atividade de distribuição de seguros; *c)* governação dos produtos. A DDS ainda é significativamente tributária do paradigma de informação, reagindo, todavia, às limitações deste instrumento clássico de proteção dos clientes, pela previsão de regras de conduta de atividade e de governação dos produtos.

O presente artigo discute em que medida o paradigma de informação é ou não capaz de proteger o cliente do distribuidor de seguros ou se, ao invés, fragiliza a posição deste sujeito. Na verdade, excesso de informação produz desinformação e, consequentemente, decisões menos informadas. Por outro lado, também é questionado se o multiestratificado edifício normativo regulador da distribuição de seguros evita ou não práticas de arbitragem regulatória. Trata-se de uma preocupação que é transversal ao universo financeiro, como mostra Paulo Câmara quando escreve: “(...) a arquitetura institucional e a multi-estratificação de fontes fomentam uma expansividade em muitos casos excessiva dos materiais normativos. Assim, o incremento da harmonização europeia foi atingido à custa de um volume regulatório que excede o fluxo adequado e proporcional e nessa medida impõe em alguns casos um sobre peso normativo indesejável”⁷.

⁵ Diretiva 2014/65/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, relativa aos mercados de instrumentos financeiros e que altera a Diretiva 2002/92/CE e a Diretiva 2011/61/EU, conhecida por MiFID II (ou no acrónimo português, DMIF II).

⁶ Considerando 43 da DDS.

⁷ Câmara, 2018: 73.

O trabalho começa por identificar o novo quadro regulatório dedicado à distribuição de seguros para, em seguida, salientar o relevo da informação como instrumento de proteção dos clientes de distribuidor de seguros, evidenciando a simplificação e a padronização da informação como instrumentos destinados a reagir às limitações do paradigma de informação.

Desenvolvendo uma reflexão que parte do geral avançando para temas mais específicos, o trabalho centra-se na harmonização mínima de informação pré-contratual prestada pelo distribuidor de seguros ao cliente, evidenciando o papel do “Documento de informação sobre o produto de seguros” (DIPS/ IPID) e os requisitos adicionais relativos aos produtos de investimento com base em seguros (IBIP), onde a DDS promove um reforço das informações pré-contratuais prestadas aos clientes e onde intensifica a prevenção de conflitos de interesses. Neste particular, destacam-se as específicas soluções em matéria de *inducements*.

As conclusões permitirão condensar os resultados obtidos pelo presente trabalho.

2. UM NOVO QUADRO REGULATÓRIO PARA A ATIVIDADE DE DISTRIBUIÇÃO DE SEGUROS

2.1. ADDS, atos delegados, normas técnicas de regulamentação e normas técnicas de execução

A Diretiva (UE) 2016/97 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de janeiro de 2016 (daqui em diante, DDS), sobre a distribuição de seguros, revoga a Diretiva 2002/92/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 9 de dezembro de 2002, relativa à mediação de seguros (daqui em diante, DMS), com efeitos a partir de 23 de fevereiro de 2018⁸.

Adotando o modelo de “harmonização mínima”⁹, a DDS visa harmonizar as disposições nacionais relativas à distribuição de seguros e de resseguros, assim como coordenar as disposições nacionais relativas ao acesso às atividades de distribuição de seguros e de resseguros (considerando 2 e art. 1.º, n.os 1 e 2, da DDS).

⁸ Cfr. art. 44.º da DDS.

⁹ O modelo da harmonização mínima permite aos Estados-Membros adotar medidas mais rigorosas “para proteger os clientes, desde que sejam consentâneas com o direito da União” (considerando 3 da DDS). Veja-se, por exemplo, o disposto no art. 22.º da DDS.

O novo quadro regulatório da União Europeia relativo ao regime de acesso e de exercício da atividade de distribuição de seguros não se esgota na DDS. Seguindo o modelo de regulação multi-estratificada em vários níveis (Lamfalussy /De Larosière)¹⁰, o art. 38.º da DDS habilita a Comissão a adotar atos delegados, nos termos definidos nos arts. 38.º e 39.º da DDS.

A Comissão solicitou o apoio técnico da EIOPA (*European Insurance and Occupational Pensions Authority*) que publicou, em 1.2.2017, o documento relativo a “Technical Advice on possible delegated acts concerning the Insurance Distribution Directive”¹¹ e, em 7.2.2017, emitiu o “Draft Implementing Technical Standards concerning a standardised presentation format for the Insurance Product Information Document of the Insurance Distribution Directive”¹².

No exercício do poder delegado conferido (art. 39.º da DDS), a Comissão adotou os seguintes atos:

- a) Regulamento Delegado (UE) 2017/2358 da Comissão, de 21 de setembro de 2017, que complementa a Diretiva (UE) 2016/97 do Parlamento Europeu e do Conselho no que diz respeito aos requisitos de supervisão e governação de produtos aplicáveis às empresas de seguros e aos distribuidores de seguros;
- b) Regulamento Delegado (UE) 2017/2359 da Comissão, de 21 de setembro de 2017, que complementa a Diretiva (UE) 2016/97 do Parlamento Europeu e do Conselho no que diz respeito aos requisitos em matéria de informação e às normas de conduta aplicáveis à distribuição de produtos de investimento com base em seguros.

Nos termos do art. 42.º da DDS, relativo à transposição, os “Estados-Membros põem em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à diretiva até 23 de fevereiro de 2018”.

A Diretiva (UE) 2018/411 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de março de 2018 que altera a Diretiva (UE) 2016/97 no que respeita à data de aplicação das medidas de transposição dos Estados-Membros, veio alargar

¹⁰ Sobre esta metodologia, v. Busch & Ferrarini, 2017: 4; Câmara, 2018.

¹¹ <https://eiopa.europa.eu/consumer-protection/insurance-distribution-directive>.

¹² Os diversos estudos publicados pela EIOPA relativos à DDS estão disponíveis em <https://eiopa.europa.eu/consumer-protection/insurance-distribution-directive>.

o prazo de transposição da DDS e o prazo para aplicação das medidas nacionais de transposição. Esta diretiva altera o art. 42.º da DDS, nos seguintes termos: “Os Estados-Membros devem adotar e publicar, até 1 de julho de 2018, as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente diretiva.” “Os Estados-Membros devem aplicar essas disposições o mais tardar a partir de 1 de outubro de 2018.”

Até ao momento o Estado Português não adotou as medidas legislativas e regulamentares destinadas a concretizar, na ordem jurídica nacional, os resultados impostos pela DDS. Enquanto não entrar em vigor o ato legislativo (art. 112.º, 8, da CRP) de transposição da DDS, a atividade de distribuição de seguros continua a ser regulada pelo regime de acesso e exercício da atividade de mediação de seguros, previsto no DL 144/2006, de 31 de julho (várias vezes alterado).

A Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF) preparou uma versão preliminar de documento de transposição da DDS para a ordem jurídica nacional. Entretanto, deu entrada na Assembleia da República a Proposta de Lei 138/XIII, do Conselho de Ministros¹³.

Para além do ato legislativo de transposição da DDS, a ASF publicará normas regulamentares que concretizarão vários aspectos do regime nacional de acesso e de exercício da atividade de distribuição de seguros¹⁴.

2.2. Da mediação de seguros à distribuição de seguros

A atividade de distribuição seguros é definida pelo art. 2.º, 1, 1, da DDS. De salientar que é abrangida no âmbito da distribuição de seguros “a prestação de informações sobre um ou mais contratos de seguro, de acordo com os critérios selecionados pelos clientes através de um sítio na Internet ou de outros meios e a compilação de uma lista de classificação de produtos de seguros, incluindo a comparação de preços e de produtos ou um desconto sobre o preço de um contrato de seguro, quando o cliente puder celebrar direta ou indiretamente um contrato de seguro recorrendo a um sítio na Internet ou a outros meios”. A DDS está a contemplar as plataformas eletrónicas designadas internacionalmente por “aggregators”.

A definição abrangente de distribuição de seguros está em sintonia com a *variedade de profissionais* (pessoas e instituições) que se dedicam à atividade

¹³ Disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=42801>

¹⁴ Ver o art. 13.º da Proposta de Lei n.º 138/XIII

de distribuição de seguros (agentes, corretores, operadores de banca-seguros, empresas de seguros, agências de viagens e empresas de aluguer de automóveis)¹⁵ e com a *diversidade de canais usados*. Confrontada com esta diversidade, a DDS pretende que seja garantido “o mesmo nível de proteção independentemente do canal através do qual os clientes adquirem um produto de seguros”¹⁶. Compreende-se, por isso, a evolução de “Diretiva de Mediação de Seguros”¹⁷ para “Diretiva de Distribuição de Seguros”¹⁸.

As plúrimas manifestações da atividade de distribuição de seguros não impediram a DDS de agrupar os *distribuidores de seguros* em mediadores de seguros, mediadores de seguros a título acessório e empresas de seguros (art. 2.º, 8), da DDS¹⁹. A definição de mediador de seguros é avançada pelo art. 2.º, 3), e a caracterização de mediador de seguros a título acessório é oferecida pelo art. 2.º, 1, 4), da DDS.

No plano do direito nacional, as alterações introduzidas pela DDS implicarão, previsivelmente, o desaparecimento da categoria dos mediadores de seguros ligados – é o que resulta dos trabalhos preparatórios de transposição da DDS²⁰ – transitando os atuais registo de mediadores de seguros ligados para o de agentes de seguros ou de mediadores de seguros a título acessório. No que diz respeito às *instituições de crédito* e às *empresas de investimento* (atualmente registadas como mediadores ligados), a DDS impede que elas possam ser registadas como mediadores de seguros a título acessório. O seu registo como mediador de seguros ligado converter-se-á *automaticamente* em registo como agente de seguros. É esta a solução acolhida pela ASF e vertida no documento preliminar de transposição da DDS.

15 Considerando 5 da DDS.

16 Considerando 8 da DDS.

17 Diretiva 2002/92/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de dezembro de 2002, relativa à mediação de seguros (JO L 9 de 15.1.2003, p. 3).

18 V. Considerando 7 da DDS.

19 A noção de empresa de seguros resulta do art. 13.º, ponto 1, da Diretiva 2009/138/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.

20 V. Os preâmbulos da Proposta de transposição da DDS apresentada pela ASF e da Proposta de Lei 138/XIII anunciam essa mudança.

2.3. O anunciado alinhamento com a MiFID II

A legislação da União Europeia é, em razão do disposto no art. 5.º do Tratado da União Europeia, *fragmentária*²¹. A União Europeia intervém no âmbito das competências que lhe são conferidas pelos Tratados e só quando essa intervenção é mais eficaz do que a dos Estados-Membros a nível nacional.

Esta *abordagem fragmentária* pode causar o efeito designado “half-hearted duplication”²² – que se traduz em a União Europeia emitir normas similares, mas não iguais, regulando questões próximas. O que significa que o legislador nacional pode ter de integrar na ordem jurídica nacional várias disposições de legislação europeia que regulam temas próximos.

A DDS reconhece a “natureza específica dos contratos de seguro, em comparação com os produtos de investimento regulados ao abrigo da Diretiva 2014/65/EU do Parlamento e do Conselho”. No entanto, a DDS evidencia que “a distribuição dos contratos de seguro, nomeadamente, de produtos de investimento com base em seguros, deverá ser regulada (...) e alinhada com a Diretiva 2014/65/UE”²³. Os produtos de investimento com base em seguros são definidos como contratos de seguro em que o valor de vencimento ou valor se resgate esteja total ou parcialmente exposto, direta ou indiretamente às flutuações de mercado.

A DDS evidencia, efetivamente, a *aproximação* entre o direito dos instrumentos financeiros e o direito dos seguros. O que se explica, como mostram os considerandos da DDS, pela *equivalência económica* entre produtos de seguros e instrumentos financeiros como alternativas de investimento e, ainda, pela circunstância de instrumentos financeiros e produtos de seguros partilharem circuitos de distribuição. Também este aspeto é vincado pela DDS.

Esta aproximação entre o direito dos seguros e o direito dos instrumentos financeiros é o resultado de um processo que se iniciou há anos que, nesta circunstância, é tão-só sinteticamente aflorado.

A MiFID I²⁴ não se aplicava a *depósitos e nem a produtos de seguros*. A experiência colhida na vigência da MiFID I mostrou que os fundos de

21 Colaert, 2017: 590.

22 Colaert, 2017: 590.

23 Considerando 10 da DDS. Diretiva 2014/65/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, relativa aos mercados de instrumentos financeiros e que altera a Diretiva 2002/92/CE e a Diretiva 2011/61/EU, conhecida por MiFID II (ou no acrônimo português, DMIF II).

24 Diretiva 2004/39/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril de 2004, relativa aos mercados de instrumentos financeiros. A lista de serviços e atividades de investimento e de serviços auxiliares consta do Anexo I.

investimento eram frequentemente “reembalados” como seguros de vida ou depósitos estruturados, justamente com o objetivo de escapar às regras de conduta de atividade impostas pela MiFID I²⁵. O comportamento de estruturar um determinado produto financeiro, não para corresponder às exigências regulatórias, mas sim para delas escapar ou para contornar determinada legislação, constitui um exemplo de *arbitragem regulatória*²⁶.

Vários Estados-Membros consideraram muito limitado o âmbito de aplicação da MiFID I e providenciaram no sentido de que as regras de conduta nela previstas fossem aplicadas a certos produtos de seguros ou a depósitos estruturados ou, ainda, duplicaram, nas suas legislações nacionais, as regras previstas pela MiFID I²⁷.

A MiFID II alargou as regras de conduta de atividade aos *depósitos estruturados* (art. 1, § 4 da MiFID II), sendo que os depósitos estruturados são definidos no art. 4 (1) 43 da MiFID II. Por outro lado, o legislador da União Europeia reconheceu que a preservação do “level playing field” implicava que o investidor em produtos de investimento baseados em seguros merecesse o mesmo tipo de proteção. É o que resulta, com muita clareza, dos Considerandos 87 da MiFID II e do Considerando 56 da DDS.

Acontece que os produtos de investimento com base em seguros não foram incluídos no âmbito de aplicação da MiFID II porque eles já estavam abrangidos pela DMS²⁸. No entanto, esta Diretiva só previa regras básicas de informação e obrigações relativas ao *Know your customer* (KYC), previstas nos arts. 12 e 13. Corria-se, mais uma vez, o risco de comportamentos oportunistas exploradores de *arbitragem regulatória*, tendo em conta as divergências entre a MiFID II e a DMS. A fim de evitar a arbitragem regulatória entre os produtos sujeitos às regras de conduta da atividade exigidas pela MiFID II e produtos similares sujeitos a regras menos rigorosas previstas na DMS, a MiFID II alterou esta última, introduzindo um novo capítulo com normas semelhantes às da MiFID (normas “MiFID-like”), em matéria de conflitos

25 São vários os documentos onde esta experiência é relatada. Vejam-se, a título de exemplo, Colaert, 2017: 591, e European Commission, 2008: 16, 17.

26 Sobre este tópico, v. Fleischer, 2011: 228 ss.

27 Diretiva 2004/39/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de abril de 2004 relativa aos mercados de instrumentos financeiros, que altera as Diretivas 85/611/CEE e 93/6/CEE do Conselho e a Directiva 2000/12/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Diretiva 93/22/CEE do Conselho. Sobre esta questão, veja-se Colaert, 2017.

28 Diretiva 2002/92/EC.

de interesses e regras de conduta da atividade destinadas aos produtos de investimento com base em seguros (na gíria internacional “IMD 1,5”)²⁹.

A DMS foi substituída pela DDS e, neste processo, as regras de conduta da atividade para produtos de investimento com base em seguros foram, em significativa medida, *mas não totalmente*, alinhadas com o quadro regulatório previsto pela MiFID II³⁰.

3 A INFORMAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DOS CLIENTES DE DISTRIBUIDOR DE SEGUROS

3.1. Paradigma de informação

A DDS usa, umas vezes, a expressão “cliente” e, outras vezes, o signo “consumidor”. São expressões que, do ponto de vista jurídico, não se equivalem. Efetivamente, nem todos os clientes de distribuidores de seguros podem ser considerados *consumidores*.

A clientela pode ser definida como “o círculo ou quota de pessoas (consumidores, em sentido amplo) que com essa empresa contactam”³¹. A DDS não define consumidor, mas ele surge caracterizado em vários instrumentos da União Europeia. A Diretiva relativa às práticas comerciais desleais define-o como “qualquer pessoa singular que, nas práticas comerciais abrangidas pela presente directiva, actue com fins que não se incluem no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional”³².

Esclarece o considerando (43) que, na medida em que a DDS “tem por objetivo melhorar a proteção dos consumidores, algumas das suas disposições, em especial as que regulam as regras de conduta da atividade dos mediares de seguros ou de outros vendedores de produtos de seguros, aplicam-se apenas às relações «empresa-consumidor»”³³.

29 Veja-se o art. 91.º da MiFID II.

30 V. *infra*.

31 Abreu, 1999: 50, 51.

32 Art. 2.º, a), da Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de maio de 2005 relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Directivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 («diretiva relativa às práticas comerciais desleais»).

33 Para os efeitos da Diretiva relativa os direitos dos consumidores (Directiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de Outubro de 2011 relativa aos direitos dos consumidores, que altera a Directiva 93/13/CEE do Conselho e a Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a

A DDS estrutura a proteção do consumidor em três pilares³⁴: *a)* informação prestada ao consumidor; *b)* regras de conduta da atividade de distribuição de seguros; *c)* governação do produto. O que significa que, por um lado, a DDS é significativamente tributária do “paradigma de informação” e, por outro lado, reconhece e reage às limitações deste instrumento clássico de proteção dos clientes de distribuidores de seguros, pela previsão de regras de conduta de atividade e de governação dos produtos.

Ao contrário do que acontece com outros bens em que o adquirente se apercebe das características, dos vícios e defeitos, é muito provável que o tomador do seguro, no momento em que celebra o contrato de seguro, não domine os conhecimentos necessários a identificar completamente as “qualidades” e os “defeitos” do seguro contratado. Pode acontecer que esteja a contratar um seguro para cobrir riscos a que não está, em rigor, exposto ou que, contratando o seguro, não obtenha a cobertura dos riscos a que esta exposto.

Está há muito identificada a *assimetria de informação* que se interpõe entre o segurador e o tomador do seguro. Se o tomador do seguro sabe mais sobre o risco a cobrir do que o segurador – e daí a imposição dos deveres pré-contratuais de declaração inicial do risco a cargo do candidato a tomador do seguro³⁵ –, também é correto afirmar que o segurador (ou o distribuidor de seguros) sabe mais sobre as características e as qualidades do produto de seguros que oferece no mercado do que o cliente-consumidor.

As teorias financeiras clássicas sugerem que se o “cidadão financeiro”³⁶ está completamente informado, ele ou ela fará as escolhas racionais de investimento, ou seja, avaliará corretamente o risco e a remuneração de cada possível investimento e comporá uma carteira de investimento que seja adequada ao seu nível de aversão ao risco³⁷. O chamado “paradigma de informação”³⁸ radica na ideia de que a assimetria de informação corresponde a uma *falta*

Diretiva 85/577/CEE do Conselho e a Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho), é “Consumidor”: qualquer pessoa singular que, nos contratos abrangidos pela presente diretiva, atue com fins que não se incluem no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional.

³⁴ Veja-se Colaert, 2017.

³⁵ Veja-se o disposto nos arts. 24.^º, 25.^º e 26.^º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro. Sobre os deveres de informação, Ramos, 2010: 433 ss. Sobre o regime dos deveres de informação das partes no contrato de seguro, v. Galvão Teles, 2016: 327 ss.

³⁶ Sobre o sentido desta expressão, v. Moloney, Ferran & Payne, 2015: 699 ss.

³⁷ Moloney, Ferran & Payne, 2015: 707.

³⁸ Colaert, 2018: 16.06.

de mercado que causa decisões de investimento sub-óptimas³⁹. A divulgação obrigatória de informação sobre o produto financeiro reduz a assimetria de informação e permite ao cliente não profissional tomar decisões racionais⁴⁰. O *empowerment of investors*⁴¹ propicia melhores decisões tomadas porque mais informadas e evita más decisões causadas por falta de informação. Há várias experiências históricas que concretizam esta abordagem informacional da proteção dos investidores, de que podemos destacar a obrigação de elaboração de prospecto, o prospecto simplificado, o KID (*key information document*) ou o KIID (*Key investor information Document*)⁴² e, mais recentemente, o DIPS (Documento de informação sobre o produto de seguros)⁴³.

3.2. Limitações do paradigma de informação

Estão, hoje, identificadas as diversas *limitações* de que padece o “paradigma de informação”. A primeira limitação traduz-se na “information overload” ou *sobrecarga informacional* que, ao invés de promover o esclarecimento e a decisão informada, causa desinformação por excesso de informação⁴⁴. Há evidência de que intercede uma *relação negativa* entre a quantidade de informação que é fornecida e as probabilidades de ela ser lida e assimilada pelo consumidor, induzindo a “ignorância racional”. Se processar a informação tem custos superiores aos que resultam dos benefícios da informação, ignorar a informação pode ser a decisão mais eficiente⁴⁵.

Por outro lado, o paradigma de informação padece de limitações relativas à racionalidade do investidor/cliente. As finanças comportamentais mostraram que vários fatores determinam que, ainda que a informação sobre o produto seja apresentada de modo mais compacto, é provável que, por diversas razões, o investidor não a use adequadamente (vale por dizer, de maneira ótima) ou a interprete de modo incorreto⁴⁶.

39 Colaert, 2018: 16.06.

40 Veja-se Avgouleas, 2009: p. 440 ss.

41 Colaert, 2018: 16.06. Veja-se, entre outros, Beales, Craswell & Salop, 1981: 513.

42 Moloney, 2014: IX.6.3, sublinhava os elevados riscos de arbitragem regulatória decorrentes de os produtos de investimento baseados em seguros não estarem, em 2014, sujeitos a requisitos de *disclosure* semelhantes aos do KIID.

43 V. *infra*.

44 Câmara, 2018: 442 refere este efeito quanto ao prospecto das ofertas públicas. V. tb. Oliveira, 2016: 797.

45 Colaert, 2018: 16.09.

46 Colaert, 2018: 16.10.

Acrescem, ainda, os custos relativos à reunião de informação que terão de ser suportados pelo fornecedor do produto (compilação da informação, monitorização, *compliance* e custos de transmissão). Estes custos tenderão a ser transmitidos ao cliente, incorporados no preço que lhe é cobrado. Eventualmente, informação que o consumidor paga, mas da qual não retira os benefícios que ela pode proporcionar⁴⁷.

3.3. Simplificação e padronização da informação

A *sobrecarga informativa* e a *ignorância racional* comprometem o desiderado da proteção do cliente (em particular, do consumidor) porque causam desinformação e, consequentemente, não contribuem para a tomada de decisões informadas. A solução não é libertar o produtor de seguros ou o distribuidor de seguros do dever de prestar informação pré-contratual do cliente, mas sim *melhorar a qualidade da informação prestada*. Daí, as medidas adotadas pela União Europeia, relativas a vários produtos financeiros, no sentido de a informação prestada ao cliente ser *sucinta, compreensível e comparável*. Historicamente, foram adotadas várias medidas como sejam, por exemplo, o *prospeto simplificado* em matéria de organismos de investimento coletivo em valores mobiliários⁴⁸. Apesar do esforço de concisão, o prospecto simplificado foi considerado demasiado extenso e complexo. Ao valor limitado para o investidor acresciam os custos significativos para a indústria dos fundos de investimento⁴⁹.

Mais tarde, a 4ª diretiva sobre organismos de investimento coletivo em valores mobiliários⁵⁰ substitui o prospecto simplificado pelo *KIID – Key investor information Document*^{–51}, fornecendo informação ao investidor num documento curto no máximo de 4 páginas⁵², de formato normalizado que

47 Colaert, 2018: 16.11.

48 Introduzido em 2001, pela Diretiva 2001/107/EEC, que segundo o considerando 15, deveria ser desenhado, de modo a ser amigo do investidor.

49 Veja-se o documento da Comissão Europeia, 2008, 2263, 12.

50 Diretiva 2009/65/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de julho de 2009 que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes a alguns organismos de investimento coletivo em valores mobiliários (OICVM).

51 Na versão portuguesa, “Informações fundamentais destinadas aos investidores”.

52 Art. 78.º e considerando 59 da Diretiva 2009/65/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de julho de 2009, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes a alguns organismos de investimento coletivo em valores mobiliários (OICVM).

permitiria a comparação entre produtos. Por sua vez, o regulamento PRIIPs⁵³ introduz o KID (*Key investor document*), inspirado no KIID, para pacotes de produtos de investimento de retalho e de produtos de investimento com base em seguros⁵⁴.

É questionável a eficácia destas medidas. Na verdade, um inquérito aos consumidores destinado a testar os diferentes possíveis formatos do KID para os PRIIPS chegou à conclusão de que mesmo no melhor dos formatos do documento, um vasto grupo de investidores não profissionais não conseguia retirar conclusões corretas a partir da informação fornecida e muitos prefeririam ser orientados por outras fontes⁵⁵. Há, pois, um problema de literacia financeira que pode comprometer decisões informadas sobre produtos financeiros e, em particular, produtos de seguros.

Assim, o legislador europeu compreendeu que a informação sobre o produto financeiro é, tão-só, um dos pilares da proteção dos investidores que é, cada vez mais, complementado por dois outros esteios que são as *regras de conduta no mercado* e a *regulação do produto*⁵⁶. A DDS é também ela resultado desta evolução e, por isso, é nela patente uma crença muito forte na informação como instrumento de proteção do cliente de distribuidor de seguros, complementado por *regras de atividade de distribuição de seguros* e de *governação do produto*.

4. DDS E A HARMONIZAÇÃO MÍNIMA DA INFORMAÇÃO PRÉ-CONTRATUAL PRESTADA PELO DISTRIBUIDOR DE SEGUROS AO CLIENTE

4.1. Informações gerais

O capítulo V da DDS é dedicado aos “requisitos de informação e regras de conduta da atividade”. A DDS, apesar das diagnosticadas limitações do

53 Regulamento (UE) n.º 1286/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014 sobre os documentos de informação fundamental para pacotes de produtos de investimento de retalho e de produtos de investimento com base em seguros (PRIIPs). Sobre este regime transversal, v. Câmara, 2018: 240; Gonçalves, 2017: 396 ss.

54 V. art. 6.º, 1, do Regulamento PRIIPS.

55 London Economics and Ipsos, “Consumer testing study of the possible new format and content for retail disclosures of packaged retail and insurance based investments products – Final Report (MARKT/2014/060/G) for the implementation of the Framework Contract n.º EAHC-2011_CP-01.

56 Colaert, 2018: 16.23.

“paradigma de informação”, continua a eleger a prestação de informação, e, em particular, a informação pré-contratual, como um dos instrumentos de proteção do cliente de distribuidor de seguros. Em matéria de informações a prestar pelo distribuidor de seguros ao cliente, o “princípio geral” prescreve que elas devem ser “corretas, claras e não enganosas” (art. 17.º, 2, da DDS). O que constitui uma concretização, para efeitos das *qualidades da informação*, do dever de o distribuidor de seguros, “no quadro do exercício da atividade de distribuição de seguros, atuar de forma honesta, correta e profissional, em conformidade com os melhores interesses dos seus clientes” (art. 17.º, 1, da DDS). É, portanto, claro que a DDS elegeu a *client-centric approach* que coloca a *lealdade para com o cliente* no centro da conduta a ser exigida aos distribuidores de seguros.

Se o objetivo é criar as condições para que o cliente de distribuidor de serviços tome *decisões informadas* sobre contratar ou não contratar, não será de surpreender que a *harmonização* mínima adotada pela DDS privilegie a fase pré-contratual. Assim, “com a devida antecedência em relação à celebração de um contrato de seguro” (arts. 18.º, *a*, *b*), 19.º, 20.º, 21.º DDS)⁵⁷, os distribuidores de seguros devem prestar: *a) informações gerais* (que identifica no art. 18.º DDS, aplicável, em parte, aos mediadores de seguros a título acessório, nos termos do art. 21.º da DDS); *b) informações sobre fontes de conflitos de interesses* (art. 19.º DDS) e, *c) informações objetivas sobre o produto de seguro*, tendo em conta as informações obtidas do cliente, as suas exigências e necessidades (art. 20.º, 1, da DDS).

O rol de *informações gerais* previstas no art. 18.º da DDS destinam-se a esclarecer o potencial cliente sobre aspectos relacionados, essencialmente, com o *distribuidor de seguros*: identidade, endereço, procedimentos de reclamação, se presta ou não aconselhamento. O art. 18.º, *a*), da DDS elenca a lista de informações gerais que, na fase pré-contratual, devem ser prestadas pelo *mediador de seguros* a clientes. Já o art. 18.º, *b*), da DDS identifica as informações gerais que, na fase pré-contratual, a *empresa de seguros* deve fornecer aos seus clientes. O art. 21.º, identifica as informações gerais que devem ser prestadas pelos mediadores de seguros a título acessório aos clientes.

O cliente deve ser informado, na fase pré-contratual, e com a devida antecedência relativamente à celebração de um contrato de seguro, se o *mediador ou a empresa de seguros* presta ou não aconselhamento. Entende a DDS por

⁵⁷ Na Lei do Contrato de Seguro (DL 72/2008, de 16 de abril), o segurador está obrigado a deveres gerais de informação e a dever especial de esclarecimento (art. 22.º do DL 72/2008).

aconselhamento, nos termos do art. 2.º, 15), “a formulação de uma recomendação pessoal a um cliente, quer a seu pedido quer por iniciativa do distribuidor de seguros, em relação a um ou mais contratos de seguros”.

O *aconselhamento* distingue-se da *informação*. As informações são *objetivas* (v. art. 20.º, 1, da DDS), claras e não enganosas, *gratuitas*, dizem respeito ao *produto de seguros* ou ao *distribuidor* (v. os arts. 18.º, 19.º, 20.º, 23.º da DDS). Já o *aconselhamento* traduz-se num serviço que pretende orientar/guiar a decisão e a escolha do cliente, mediante uma recomendação personalizada que, potencialmente, condiciona a decisão de contratar ou de não contratar.

Ao contrário da *gratuitidade* da informação exigida pela DDS (art. 23.º, 1, *d*), da DDS, o *aconselhamento* (porque envolve um trabalho de reunião de informação e de elaboração da recomendação personalizada) é uma atividade que tipicamente envolverá custos. Este caráter oneroso do aconselhamento está expressamente consagrado no art. 29.º, 1, *c*), da DDS. Acresce, ainda, que de várias normas se retira que o aconselhamento não tem necessariamente de ser imparcial e pessoal. O aconselhamento pode não resultar de uma análise imparcial - é o que resulta do art. 19.º, 1, *c*), da DDS.

No sistema da DDS, o *aconselhamento* não é *obrigatório*⁵⁸. Não só esta não obrigatoriedade resulta do art. 18.º da DDS, como também é clara no art. 20.º e do art. 22.º, 1. *Obrigatório* é que os mediadores e as empresas de seguros informem os clientes sobre se prestam ou não aconselhamento.

4.2. Informações sobre fontes de conflitos de interesses do distribuidor de seguros

Para além das informações gerais a prestar pelo mediador de seguros ou pela empresa de seguros (art. 18.º DDS), na fase pré-contratual deve ser garantida a *transparéncia* na relação mediador de seguros-cliente.

Os distribuidores de seguros, no exercício da sua atividade, devem atuar de “forma honesta, correta e profissional em conformidade com os melhores interesses dos seus clientes” (art. 17.º, 1, DDS). Esta regra de conduta da atividade de distribuição de seguros concretiza o *princípio fiduciário* regulador

⁵⁸ Schwarcz & Sielgelman 2017: 488, consideram que são escassos os estudos sobre a qualidade do aconselhamento em matéria de seguros, mas são suficientes para concluir que os enviesamentos e aconselhamentos incorretos não são incomuns, especialmente nos mercados orientados para os consumidores.

das relações jurídicas que ligam distribuidor de seguros e o seu cliente⁵⁹. Trata-se de um “umbrella principle” e de um “catch all principle”⁶⁰.

Nas relações jurídicas complexas que intercedem entre distribuidor de seguros e o seu cliente, são múltiplas (e não completamente concretizadas) as manifestações de tal princípio fiduciário⁶¹. Neste contexto, interessam-nos as obrigações pré-contratuais de *disclosure* de fontes de conflitos de interesses, a cargo do distribuidor de seguros, porquanto a *transparência* propiciada por esta exposição das fontes de conflitos de interesses é entendida pela DDS como um dos instrumentos de proteção dos clientes.

Muitos fatores podem constituir *incentivo económico* a que o distribuidor de seguros se desvie deste paradigma de conduta, assente no *princípio fiduciário* (art. 17.º, 1, DDS). Participações sociais que o distribuidor de seguros detenha, direta ou indiretamente, em determinadas empresas de seguros ou que estas detenham no seu capital, relações contratuais de exclusividade, e em especial, as políticas de remuneração do distribuidor de seguros podem constituir vigoroso incentivo a que o distribuidor não atue em conformidade com os melhores interesses dos seus clientes, substituindo estes pelo seu interesse ou pelos daqueles com quem tem especiais ligações.

A DDS parece aceitar que, *inevitavelmente*, os distribuidores de seguros estão expostos a conflitos de interesses⁶². Em geral, a *DDS não proíbe estas fontes de conflitos de interesses* – é o que parece resultar do art. 19.º ao impor ao mediador de seguros⁶³ deveres pré-contratuais de *disclosure* sobre as fontes de conflitos de interesses⁶⁴. Simultaneamente, a DDS valoriza tais fontes de conflitos de interesses como indutoras de menor transparência e, por esta via, como potencialmente prejudiciais para os interesses dos clientes de distribuidores de seguros.

59 Questionando se o dever de atuar no melhor interesse do cliente é um dever fiduciário, Hudson, 2013: 299 ss.

60 Colaert, 2018: 16.30.

61 V. *infra* sobre o sentido jurídico deste princípio.

62 Veja-se o Considerando 39 da DDS. Sobre os riscos de conflitos de interesses a que o investidor não profissional está exposto, em particular, os que se referem ao aconselhamento e remuneração, v. Moloney, 2014: X.5.2.5., c).

63 Nos termos do art. 21.º da DDS, ao mediador de seguros a título acessório aplica-se o disposto no art. 19.º, 1, d).

64 Para os critérios que permitem distinguir selecionar os conflitos de interesses merecem ser objeto de regulação através de normas legais imperativas, v. Grundmann, 1999: 401 ss; Grundmann & Hacker, 2017:166 ss.

A DDS parece acreditar que a informação prestada ao cliente com a devida antecedência permitirá que este tome uma decisão informada sobre contratar ou não contratar (art 19.^º da DDS).

O art. 19.^º DDS não exige ao mediador de seguros (nem ao mediador de seguros a título acessório) a adoção de qualquer medida de *governance* destinada a evitar que os conflitos de interesses prejudiquem os interesses dos consumidores. O art. 19.^º da DDS cinge-se a requisitos de transparência impostos aos mediadores de seguros, empresas de seguros (art. 19.^º, 4, DDS) e mediadores de seguros a título acessório (art. 21.^º da DDS), devolvendo ao cliente a avaliação se, em tais circunstâncias de conflitos de interesses, contrata ou não.

O *mediador de seguros* deve informar os seus clientes sobre determinadas participações sociais: qualquer participação direta ou indireta, igual ou superior a 10% nos direitos de voto ou no capital que tenha numa determinada empresa de seguros; ou sobre qualquer participação, direta ou indireta, igual ou superior a 10% nos direitos de voto ou no capital do mediador de seguros detida por uma determinada empresa de seguros, ou pela empresa-mãe de uma determinada empresa de seguros (art. 19.^º, 1, *a*), da DDS). O que significa que participações sociais inferiores a 10% do capital social ou participações inferiores a 10% dos votos não são abrangidas pela harmonização mínima da DDS.

Uma das hipóteses abrangidas pela hipótese do art. 19.^º, 1, *a*) e *b*), DDS é a da *concentração vertical* entre mediadores de seguros e empresas de seguros que pode constituir, efetivamente, um desafio ao dever de o mediador atuar em conformidade com o interesse do cliente. A concentração vertical entre produtores de produtos de seguros e distribuidores pode ter como efeito que os primeiros queiram introduzir os seus produtos, de modo preferencial, através de entidades que de si dependam ou que por si sejam controladas. Esta situação pode implicar importantes conflitos de interesses, especialmente em matéria de remuneração e na qualidade do aconselhamento prestado⁶⁵.

Outra potencial fonte de *conflitos de interesses* são as relações contratuais de exclusividade a que o mediador de seguros se encontra vinculado. A DDS não proíbe tais relações contratuais de exclusividade. Em matéria de *disclosure*, o art. 19.^º, 1, *c*), da DDS obriga a que o mediador de seguros revele ao cliente, em relação ao contrato proposto ou sobre o qual tenha prestado aconselhamento, se tem a obrigação contratual de exercer a atividade de distribuição de

65 Veja-se Moloney, Ferran & Payne, 2015: 704.

seguros exclusivamente com uma ou mais empresas de seguros, caso em que também deve informá-lo dos nomes dessas empresas de seguros; ou se não tem a obrigação contratual de exercer a atividade de distribuição de seguros exclusivamente com uma ou mais empresas de seguros e se não baseia os seus conselhos numa análise imparcial e pessoal, caso em que deve também informá-lo dos nomes das empresas de seguros com as quais trabalha (art. 19.º, 1, v), ii), iii), DDS).

A atividade de distribuição de seguros, em especial quando exercida através de mediador de seguros, de agentes ou de corretor de seguros, é uma *atividade remunerada*. O art. 2.º, 3), 4) e 5), DDS confirma-o, no que toca os mediadores de seguros, mediadores de seguros a título acessório e mediadores de resseguros. Para efeitos da DDS, “remuneração” significa “uma comissão, honorários, encargos ou outro pagamento, incluindo um benefício económico de qualquer espécie, ou qualquer outra vantagem ou incentivo financeiro financeiros ou não financeiros, oferecidos ou concedidos em contrapartida de atividades de distribuição de seguros ou de resseguros” (art. 2.º, 9, da DDS).

Reconhecendo que determinadas formas de remuneração podem induzir comportamentos que não satisfazem o melhor interesse do cliente, mas antes, satisfazem o interesse do distribuidor de seguros (ou do produtor de seguros), a DDS intervém nesta matéria, impondo *deveres pré-contratuais de informação ao cliente*, mas também regras de conduta da atividade de natureza não informativa.

Determinadas formas de remuneração de distribuidores de seguros podem induzir comportamentos incompatíveis com os melhores interesses dos clientes. Assim, o art. 17.º, 3, DDS proíbe que os distribuidores de seguros sejam remunerados ou avaliem o desempenho dos seus funcionários, de um modo que colida com o seu dever de agir de acordo com os melhores interesses dos seus clientes. “Em particular, um distribuidor de seguros não pode recorrer a mecanismos de remuneração, de objetivos de vendas, ou de outro tipo, suscetíveis de constituir um incentivo, para si ou para os seus empregados, à recomendação de um determinado produto de seguros a um cliente, quando o distribuidor de seguros poderia propor um produto de seguros diferente que correspondesse melhor às necessidades desse cliente” (art. 17.º, 3, DDS).

Para lá das políticas de remuneração de distribuidores de seguros consideradas *ilícitas*, nos termos do art. 17.º, 3, DDS, a Diretiva impõe, quanto à remuneração, deveres pré-contratuais de informação ao cliente relativos à natureza da remuneração recebida em relação com o contrato de seguro e se, em relação com o contrato de seguro, é remunerado através de honorários,

pagos diretamente pelo cliente; através de uma comissão de qualquer tipo ou outro tipo de remuneração, incluindo qualquer vantagem económica oferecida ou concedida em conexão com o contrato de seguro, ou numa combinação de qualquer dos tipos de remuneração.

Por consequência, quanto à distribuição dos seguros em geral, a DDS considera *igualmente lícitas* várias alternativas de remuneração do distribuidor. O que pode indicar uma opção de *neutralidade* da DDS quanto à variedade de modalidades de remuneração praticadas pela indústria de distribuição de seguros. Admite-se, pois, que o distribuidor de seguros seja remunerado através de honorários pagos pelo seu cliente. E, neste caso, a remuneração não constitui conflitos de interesses, pois é o próprio cliente que paga o serviço de que beneficia.

Onde se podem verificar conflitos de interesses é nos casos em que são *terceiros* que remuneram o distribuidor de seguros. É o que acontece com a remuneração através de comissões calculadas tendo como referência o prémio pago pelo cliente do mediador de seguros ou com a remuneração através de concessão de qualquer vantagem económica conexionada com a celebração do contrato de seguro (vantagem económica concedida por ou a terceiros (não clientes). Nestes casos, o mediador de seguros tem interesse em distribuir os produtos de seguros que lhe rendem comissões mais elevadas ou vantagens económicas mais substanciais, ainda que tais produtos possam não ser adequados ao melhor interesse do seu cliente. Podem existir situações de *divergência objetiva* entre o interesse do mediador de seguros em receber a comissão mais elevada e o interesse do cliente em contratar o produto de seguros mais adequado às suas necessidades de cobertura de riscos.

Ressalvada a proibição do art. 17.º, 3, DDS (que configura práticas remuneratórias incompatíveis com o princípio fiduciário de atuação no melhor interesse do cliente), as modalidades previstas no art. 19.º, 1, e), DDS constituem *alternativas lícitas* de remuneração dos mediadores de seguros. Dito de uma outra forma, ressalvado o disposto no art. 17.º, 3, DDS, a harmonização mínima adotada pela diretiva não abrange as práticas de remuneração dos mediadores de seguros, deixando a regulação desta questão para o direito interno de cada Estado-Membro. É o que resulta do art. 22.º, 3, da DDS, quando este determina que os “Estados-Membros podem limitar ou proibir a aceitação ou a receção de honorários, comissões ou outros benefícios pecuniários ou não pecuniários pagos ou concedidos aos distribuidores de seguros por terceiros ou por pessoas que atuem em nome de terceiros em relação à distribuição de produtos de seguros” (art. 22.º, 3, DDS).

Quanto às empresas de seguros, nos termos do art. 19.º, 4, DDS, os “Estados-Membros asseguram que, com a devida antecedência, em relação à celebração de um contrato de seguro, as empresas de seguros comunicam ao cliente a natureza da remuneração recebida pelos seus empregados no respeitante ao contrato de seguro”.

A transparência, tal como é configurada pelo art. 19.º da DDS, obriga a que o mediador de seguros e a empresa de seguros informem o cliente sobre pagamentos que tenha de fazer, distintos do pagamento do prémio de seguro, ou pagamentos regulares e calendarizados (art. 19.º, 2, 3, 5, DDS).

4.3. Informações sobre o produto de seguros

A preservação da decisão informada por parte do cliente exige que este seja informado, na fase pré-contratual, sobre o produto de seguros. É o que resulta do art. 20.º, 1, DDS. Trata-se de um dever a cargo de “distribuidor de seguros” (art. 20.º, 1, DDS) que deve ser cumprido através do fornecimento de informações objetivas e compreensíveis para o cliente (art. 20.º, 1, 4, DDS), ajustadas de acordo com a complexidade do produto de seguros proposto e com o “tipo de cliente” (art. 20.º, 2, DDS).

O distribuidor de seguros não se pode limitar a conhecer o(s) produto(s) de seguros que distribui. De modo a que o contrato proposto respeite as exigências e as necessidades dos clientes em matéria de seguros (art. 20.º, 1, DDS), é imprescindível que o distribuidor conheça não só o produto como também o *cliente*. Veja-se o que dispõe o art. 20.º, 1, da DDS, nos termos do qual “antes da celebração de qualquer contrato de seguro, o distribuidor de seguros especifica, *tendo em conta as informações obtidas do cliente*, as exigências e as necessidades desse cliente e transmite-lhe informações objetivas sobre o produto de seguros de forma compreensível que lhe permita tomar uma decisão informada. Os contratos propostos devem respeitar as exigências e as necessidades dos clientes em matéria de seguros”.

No art. 20.º, 1, da DDS aflora uma regra de conduta da atividade que é internacionalmente conhecida como *Know-your-costumer*⁶⁶. Compete ao distribuidor de seguros, antes da celebração de qualquer contrato de seguro, *especificar as exigências e as necessidades do cliente*. O que faz através da recolha de informações obtidas do cliente (art. 20.º, 1, da DDS). Esta análise das exigências e necessidades do cliente já se encontrava acolhida pela DMS e não tem equivalente na MiFID II.

⁶⁶ Sobre o relevo do KYC ou dever de conhecimento do cliente, v. Câmara, 2018:460.

Embora a DDS invoque o “tipo de cliente” (art. 20.º, 2, DDS), a verdade é que ela *não fornece qualquer categorização de clientes*. Em particular, a DDS não fixa a distinção entre clientes qualificados e não qualificados⁶⁷.

4.4. Finanças comportamentais novos instrumentos regulatórios dos conflitos de interesses

A DDS parece acreditar que o cliente (ou o potencial cliente), na posse de informação sobre a situação de conflito de conflito de interesses em que se encontra o distribuidor de seguros, consegue avaliar em que medida o distribuidor de seguros se encontra ou não em condições de atuar no interesse do cliente. Ora, a eficácia desta medida supõe que os clientes, todos os clientes, do distribuidor de seguros tenham conhecimentos suficientes para avaliar exatamente os impactos de tais conflitos de interesses na atuação do distribuidor de seguros, de modo a que tomem uma decisão informada de contratar ou de não contratar. É questionável que o comum consumidor de seguros que se serve dos serviços de distribuidor de seguros consiga medir ou avaliar rigorosamente os impactos de tais conflitos de interesses, porque tal juízo, não raras vezes, exige conhecimentos jurídicos de alguma complexidade técnica, como sejam as relações de exclusividade ou as participações indiretas. Nem sempre os clientes (em particular, os clientes/consumidores) estão conscientes que os conflitos de interesses significam que os interesses dos distribuidores de seguros e os seus não estão alinhados. O efeito benéfico do fornecimento de informação depende do efetivo impacto na educação dos clientes⁶⁸.

Estão identificadas as *limitações cognitivas* experimentadas no processamento de várias peças de informação em simultâneo⁶⁹. Fundam-se estas limitações cognitivas nos estudos científicos que mostram o número limitado de peças que o cérebro humano consegue processar simultaneamente. A ideia é simples: uma vez que todos os canais de processamento de informação estão ocupados, qualquer informação suplementar causa o fenómeno conhecido

67 Sobre os propósitos da calibragem e segmentação dos clientes no mundo financeiro, v. Moloney, 2014: IX.4. A segmentação dos clientes tipicamente é aplicada no mercado de retalho, colocando restrições aos produtos que podem ser comercializados junto dos investidores não profissionais. A segmentação permite aos reguladores dirigir a regulação, mitigar os custos da regulação e reservar um espaço onde as soluções inovadoras podem ser desenvolvidas. Mas, simultaneamente, constitui uma estratégia de regulação que não é inócuia e pode suscitar diversos problemas regulatórios.

68 Grundmann & Hacker, 2017:200.

69 Grundmann & Hacker, 2017:175 ss.

por “information overload” ou sobrecarga informacional⁷⁰. Tais limitações cognitivas, reveladas pela abordagem comportamental da economia⁷¹, implicam a deterioração da qualidade da decisão tomada porque, desde logo, o cliente pode ignorar informação crucial que se encontra perdida entre informação menos relevante.

Por outro lado, pode verificar-se um fenómeno de *enviesamento* no processamento da informação⁷²: *a)* um cliente otimista pode acreditar que os impactos causados pelos conflitos de interesses não se verificam no seu caso; *b)* um cliente que construiu uma imagem positiva do fornecedor de serviços financeiros poderá filtrar informação de modo a que ela corresponda a uma imagem favorável prévia, desvalorizando, pois, o potencial impacto do conflito de interesses.

Isto é especialmente relevante em casos de aconselhamento. Há estudos que mostram que “näive trust is generic”⁷³, em que mais de 80% dos aconselhados confiam nos seus conselheiros. Estes efeitos podem frustrar a eficácia da regulação de conflitos de interesses baseada na divulgação de informação. E poderá ser relevante, justamente, nas situações que se estabeleceu uma relação de confiança entre o distribuidor de seguros e o cliente-consumidor.

Na posse do conhecimento já desenvolvido pelas finanças empresariais, têm sido sugeridos novos instrumentos regulatórios destinados a mitigar o conflito de interesses, como sejam instrumentos destinados a otimizar a cognição da informação disponibilizada ou instrumentos destinados a evitar os comportamentos enviesados ou, por fim, limites legais impostos às comissões cobradas⁷⁴.

70 Com detalhes, v. Grundmann & Hacker, 2017: 176. Sobre o efeito de *information overload*, na doutrina portuguesa, v. Oliveira, 2016: p. 795 ss.

71 As finanças comportamentais - finanças vistas de uma perspetiva mais ampla que agrega contributos de psicologia, sociologia – também têm merecido contestação quanto aos seus resultados. Veja-se, a título de exemplo, Fama, 1998: 283 ss.

72 Sobre estes efeitos de enviesamento, v. Grundmann & Hacker, 2017: 177.

73 Cfr. Chater, Huck & Inderst, 2010: 343, 371.

74 Para a discussão das vantagens e fragilidades destes instrumentos regulatórios, v. Grundmann & Hacker, 2017: 199 ss.

5. DOCUMENTO DE INFORMAÇÃO SOBRE O PRODUTO DE SEGUROS – DIPS/IPID

O art. 20.º, 4, DDS reitera que, independentemente de ser ou não prestado aconselhamento, o distribuidor de seguros presta ao cliente as informações pertinentes sobre o produto de seguros, de forma compreensível, de modo a permitir que o cliente tome uma decisão informada tendo em conta a complexidade do produto e o tipo de cliente. Estas informações acrescem às exigidas pelos arts. 183.º e 184.º da Diretiva 2009/138/CE⁷⁵, relativas às informações que, nos ramos não vida e vida, devem ser prestadas aos tomadores dos seguros antes da celebração do contrato de seguro.

Relativamente à *distribuição de produtos de seguros dos ramos não vida*⁷⁶, as informações pré-contratuais sobre o produto de seguros, exigidas pelo art. 20.º, 4, da DDS, são fornecidas em *documento normalizado* de informação sobre o produto de seguros, em papel ou noutro suporte duradouro. Trata-se do “Documento de informação sobre o produto de seguros” (art. 20.º, 7, f), da DDS, conhecido por DIPS ou, no acrónimo inglês, IPID (insurance product information document).

Nos termos do art. 20.º, 6, da DDS, o DIPS é *elaborado pelo produtor de seguros* e entregue pelo distribuidor de seguros ao cliente. Em alguns casos, pode não ser fácil determinar quem é o produtor do produto de seguro. A EIOPA, em consulta pública⁷⁷, entre outras interrogações, questionou o que se deve entender por produtor do produto de seguro⁷⁸. A resposta pode não ser fácil em situação em que há divisão do trabalho entre o mediador que concebe o produto e o segurador que o comercializa. A DDS não resolve este problema de saber quem deve ser considerado o produtor do produto de seguros e, por essa razão, está obrigado a elaborar o DIPS/IPID.

Trata-se de um documento *sucinto e autónomo* (*stand alone document*, na versão inglesa da DDS) que tem uma apresentação e disposição claras que facilitam a leitura, com carateres de tamanho legível, redigido em uma das línguas oficiais ou numa das línguas oficiais da região onde o produto é

75 Diretiva 2009/138/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2009, relativa ao acesso à atividade de seguros e resseguros e ao seu exercício (Solvência II).

76 Constantes da lista do Anexo I da Diretiva 2009/138/CE, conhecida por Solvência II.

77 Referimo-nos ao documento “Summary of responses to online survey in preparation of the call for advice from the European Commission on the delegated acts under the Insurance Distribution Directive”, disponível em <https://eiopa.europa.eu/Pages/Consumer-Protection/Insurance-Distribution-Directive.aspx>.

78 Veja-se a Question 1 do “Summary of responses to online survey in preparation of the call for advice from the European Commission on the delegated acts under the Insurance Distribution Directive”.

fornecido, ou numa outra língua acordada entre o consumidor e o distribuidor. O DIPS tem não só um *formato padronizado* como um *conteúdo padronizado*, conforme o que resulta do art. 20.º, 8, da DDS.

A EIOPA atribui um significativo relevo ao DIPS/IPID. Segundo esta entidade, o objetivo deste documento normalizado é garantir que o consumidor dispõe de informação relevante sobre os seguros não vida, de modo a que lhe seja fácil comparar entre diferentes ofertas e tomar a decisão informada sobre a contratação ou não⁷⁹. A EIOPA sublinha que o DIPS é um documento pré-contratual e que não substitui os termos da apólice e as suas condições, que terão de ser fornecidas ao cliente adicionalmente ao DIPS. A personalização será feita por intermédio dos termos e condições da apólice de seguro, não pelo IPID/DIPS.

Em cumprimento do disposto no art. 20.º, 9, da DDS, a EIOPA, depois de ter realizado testes junto dos consumidores, elaborou um projeto de normas técnicas de execução relativas a um formato de apresentação normalizado do documento de informação sobre o produto de seguros (*Draft Implementing Technical Standards concerning a standardised presentation format for the Insurance Product Information Document of the Insurance Distribution Directive*⁸⁰) que foram submetidas à Comissão Europeia em 7 de fevereiro de 2017.

Na sequência das normas técnicas definidas pela EIOPA, a Comissão Europeia emitiu o Regulamento de Execução (UE) 2017/1469 da Comissão de 11 de agosto de 2017 que estabelece um formato de apresentação normalizado para o documento de informação sobre produtos de seguros.

O DIPS/IPID não só está sujeito às regras do art. 20.º da DDS, como deve cumprir as “condições de informação” previstas no art. 23.º da DDS. Assim, o DIPS/IPID deve ser fornecido em suporte de papel e a título gratuito. Antecipando que a exigência de suporte em papel pode constituir um entrave à distribuição de seguros através de plataformas eletrónicas, a DDS, cumpridas que se encontrem determinadas condições, admite em alternativa outros suportes duradouros. Uma hipotética exigência irrestrita de documento em suporte de papel pode ser excessiva, tendo em conta o desenvolvimento

⁷⁹ EIOPA, *Draft Implementing Technical Standards concerning a standardised presentation format for the Insurance Product Information Document of the Insurance Distribution Directive*, EIOPA-17/056, 7 de fevereiro de 2017, p. 3.

⁸⁰ Disponível em <https://eiopa.europa.eu/consumer-protection/insurance-distribution-directive>.

tecnológico da distribuição de seguros. Considerem-se, a título de exemplo, as particularidades dos *aggregators* ou a *Insurtech*.

6. REGRAS DE CONDUTA DA ATIVIDADE DE DISTRIBUIÇÃO DE SEGUROS

As regras de conduta da atividade referem o conjunto de princípios de conduta que devem governar as atividades dos distribuidores de serviços na proteção dos interesses dos seus clientes e da integridade do mercado.⁸¹ Como já vimos, muitas dessas regras de conduta da atividade de distribuição de seguros são de natureza informativa (mas não todas), traduzindo-se juridicamente em deveres pré-contratuais de informação a prestar ao cliente.

Também nesta matéria é observável um movimento de aproximação entre a regulação dos instrumentos financeiros e a distribuição de seguros. Na União Europeia, as regras de conduta no mercado destinadas aos *produtos de seguros* já eram abrangidas pela Diretiva de mediação de seguros (Diretiva 2002/92/EC), a qual, todavia, tão-só exigia algumas obrigações básicas de informação (arts. 12.º e 13.º da Diretiva 2002/92/EC). De forma a evitar a arbitragem regulatória entre os produtos sujeitos à MiFID II e os produtos de investimento baseados em seguros, a DDS alinha a sua regulamentação com a MiFID II. No que diz respeito aos *requisitos gerais* de conduta da atividade, três deles mimetizam a regulação prevista na MiFID II. São eles: *a*) o dever de atuar de forma honesta, correta e profissional, de acordo com os melhores interesses dos seus clientes (art. 17.º, 1, DDS e art. 24.º, 1, MiFID II); *b*) os requisitos de supervisão e de governação dos produtos (art. 25.º DDS e art. 16.3, da MiFID II); *c*) a exigência de que as informações prestadas aos clientes sejam corretas, claras e não enganosas (arts.17.º, 2, da DDS, 24.º, 2, da MiFID II).

Apesar do anunciado propósito de alinhar as regras de conduta de atividade acolhidas pela DDS com o disposto pela MiFID II – especialmente no que tange os produtos de investimento com base em seguros –⁸² a verdade é que entre aqueles dois atos de direito da União Europeia derivado há

⁸¹ IOSCO, International Conduct of Business Principles (July 1990), n.º 18. Nas propostas de transposição da DDS para a ordem jurídica nacional, usa-se a expressão “Condições de exercício da atividade de distribuição de seguros e de resseguros”.

⁸² É o que se anuncia no Considerando (10): “a distribuição dos contratos de seguro, nomeadamente de produtos de investimento com base em seguros, deverá ser regulada pela presente diretiva e alinhada com a diretiva 2014/65/UE”.

divergências relevantes⁸³. Tais discrepâncias já foram imputadas ao “lobbying or lack of agreement to apply rules as strict at the MiFID rules to insurance products, manufacturers and distributors”⁸⁴.

DDS e MiFID II apresentam quadros regulatórios divergentes em matéria de *aconselhamento imparcial*. MiFID II prevê regras muito rigorosas para as empresas de investimento que informem os seus clientes que fornecem aconselhamento imparcial (vejam-se as regras do art. 24.º, 7, da MiFID II). Já a regulação da DDS é muito menos exigente. Os Estados-Membros são livres de não introduzir regras relativas ao aconselhamento imparcial; tão-só é exigido o que se prescreve no art. 29.º, 3, 4.º parágrafo, DDS. E, ao contrário do que resulta da MiFID II, em caso de aconselhamento imparcial, a DDS não impõe um regime especial de *inducements*⁸⁵.

Há outras diferenças com impactos na proteção dos investidores. Em matéria de regras de conduta da atividade, a MiFID II segue o modelo da *harmonização máxima* enquanto a DDS segue o modelo da *harmonização mínima*. O que significa que, através dos processos nacionais de transposição da DDS, as legislações nacionais se podem desviar mais umas das outras, da DDS e da MIFID II. Por outro lado, a MiFID II traça a distinção entre investidores profissionais e não profissionais. Para esta Diretiva, clientes profissionais são os clientes que dispõem de experiência, dos conhecimentos e da competência necessários para tomar as suas próprias decisões de investimento e ponderar devidamente os riscos em que incorrem⁸⁶. Efetivamente, a categorização de clientes funda-se normativamente na circunstância de ser mais intenso o risco a que está exposto o cliente que menos conhece o instrumento em que vai investir o seu aforro. E, por conseguinte, se o propósito é garantir as condições para que o cliente tome decisões de investimento informado, então a regulação deve intensificar as medidas de proteção de clientes menos conhecedores. E, paralelamente, pode aligeirar as exigências regulatórias relativas a clientes menos expostos ao “risco de assimetria informativa”⁸⁷. e de “insuficiência do próprio cliente para prevenir lesões dos seus

⁸³ Colaert, 2017: 595, faz o elenco exaustivo destas diferenças. Interessam-nos, tão-só, as divergências substanciais.

⁸⁴ Colaert, 2017: 596.

⁸⁵ Cfr. Colaert, 2017: 597.

⁸⁶ Veja-se o disposto no Proémio do Anexo I da MiFID II.

⁸⁷ Câmara, 2018: 406.

interesses”⁸⁸. Por conseguinte, a diferenciação de nível de proteção dos clientes é uma consequência da categorização de clientes.

A DDS não traça distinção entre clientes. A DDS tão-só habilita a Comissão a adotar atos delegados relativos ao *KYC*, tomando em consideração, entre outros aspectos, a natureza profissional ou não do potencial cliente (considerando 51, artigo 22, 1, e 30, 6, da DDS). Se, efetivamente, os produtos de investimento com base em seguros são uma das alternativas de investimento, então parece que faz sentido a distinção entre clientes profissionais e não profissionais⁸⁹.

O art. 17.º, 2, DDS faz menção à Diretiva 2005/29/CE⁹⁰, o que não acontece com a MiFID II. O art. 23.º da DDS, relativo às condições de informação, não tem um correspondente direto na MiFID II. O Regulamento Delegado MiFID II pormenoriza as condições da informação, mas em termos muito diferentes dos que resultam da DDS.

Outras regras de conduta do mercado, previstas pela DDS, são muito diferentes das que resultam da MiFID II. São os casos das obrigações de informação e de conflitos de interesses. As obrigações de informação previstas nos arts. 18, 20-22, incluindo o DIPS, são muito diferentes do quadro regulatório que resulta do art. 24.º, 4, da MiFID II.

Estas divergências regulatórias podem comprometer o “level playing field” entre instrumentos de investimento que a legislação da União Europeia considera *economicamente equivalentes*⁹¹. Tais discrepâncias podem constituir terreno fértil para a exploração oportunista da *arbitragem regulatória*. Nos Estados-Membros que não adotam regras mais exigentes do que as que resultam da DDS, a proteção do investidor que contrata produtos de investimento com base em seguros é menos exigente do que a resulta da MiFID II para os instrumentos financeiros⁹². Além disso, se um Estado Membro introduz requisitos mais exigentes relativos aos *inducements* ou relativamente

88 Câmara, 2018: 406.

89 Neste sentido, Colaert, 2017: 598.

90 Diretiva relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno.

91 Sobre a substituibilidade económica de seguros de vida e outros produtos de investimento, European Commission, “Need for a Coherent Approach to Product Transparency and Distribution Requirements for “Substitute” Retail Investment Products (Call for evidence) (2017); Communication of the Commission to the European Parliament and the Council COM (2009) 204 final, “Package Retail Investment Products” (30 de abril de 2009).

92 Colaert, 2017: 597.

ao aconselhamento imparcial, tais requisitos têm de ser cumpridos também por todos os distribuidores de seguros que operam nesse mercado, ao abrigo da liberdade de prestação de serviços ou de liberdade de estabelecimento quando celebrem contratos de seguro com consumidores que têm a sua residência habitual ou estabelecimento nesse Estado-Membro (art. 29.º, 3, último parágrafo, da DDS)⁹³. O que introduz uma importante exceção ao princípio do “home control” e não contribui para o reforço do mercado interno dos seguros.

7. GOVERNAÇÃO DOS PRODUTOS

O terceiro pilar do edifício de proteção do cliente do distribuidor de seguros é a governação do produto de seguros. Efetivamente, a crescente complexidade dos produtos financeiros faz duvidar que a divulgação de informação e a literacia financeira sejam, em si mesmas, suficientes para a proteção do investidor não profissional. A questão está em saber se cabe ao *legislador* decidir se o produto é adequado ao investidor ou se tal decisão cabe ao investidor assistido por aconselhamento financeiro, sendo que o conselheiro está vinculado por deveres de cuidado e de lealdade, pondo os interesses dos clientes acima dos seus⁹⁴.

Esta é uma questão antiga em matéria de comercialização de valores mobiliários. Nos EUA, desde os anos 30 do século passado, no contexto da *Securities Act* de 1933, que se debatem, em matéria de comercialização de valores mobiliários, duas orientações: uma confia que a divulgação de informação ao investidor é a medida adequada e suficiente para garantir a proteção deste. Outra abordagem sustenta as virtualidades da regulação de mérito que, em vez de confiar exclusivamente na divulgação de informação, atribui aos reguladores poderes para, designadamente, proibirem determinados produtos considerados não adequados ao público-alvo⁹⁵.

A resposta estritamente liberal à questão suscitada acima, assente no paradigma da informação, permite que o regulador considere que todos os produtos, mesmo os designados produtos *junk*, podem ser vendidos e comercializados,

⁹³ Colaert 2017.

⁹⁴ Cfr. Moloney, Ferran & Payne, 2015: 723, que apresentam os exemplos da legislação Australiana (não regulação do produto) e a legislação do Reino Unido que, em certas circunstâncias, considerou apropriada a intervenção no produto.

⁹⁵ Moloney, Ferran & Payne, 2015: 726.

desde que seja prestada informação suficiente, clara e compreensível permitindo que o investidor tome decisões racionais. Neste contexto, a regulação do produto era vista como uma intromissão intolerável. Mais recentemente, a era pós-crise 2007 impulsionou mudanças na longa tradição de não governação dos produtos financeiros. Uma das medidas introduzidas foi, justamente, a relativa aos requisitos do governo dos produtos, que foram harmonizados no contexto da MiFID II (para instrumentos financeiros e depósitos estruturados) e pela DDS para os produtos de seguros.

Quanto aos produtos de seguros, rege o art. 25.º DDS aplicável às *empresas de seguros* (produtores de produtos de seguros) e aos *mediadores de seguros que concebem produtos de seguros para venda a clientes*. A primeira obrigação da empresa de seguros ou dos mediadores que concebem produtos de seguros é “manter, aplicar e rever um processo de aprovação de cada produto de seguros ou de adaptações importantes de produtos de seguros existentes antes da sua comercialização ou distribuição aos clientes” (art. 25.º, 1, DDS).

O referido processo de conceção e de aprovação de produtos de seguros deve identificar um “mercado alvo (...) para cada produto” e deve assegurar que a “estratégia de distribuição pretendida seja coerente com o mercado-alvo identificado, e tomar medidas razoáveis para garantir que o produto de seguros seja distribuído no mercado-alvo identificado”.

A DDS exige que as empresas de seguros, bem como os mediadores de seguros que concebem produtos de seguros, coloquem à disposição dos distribuidores todas as informações pertinentes sobre o produto de seguros e o processo de aprovação do produto, incluindo o mercado-alvo.

Todavia, a DDS não contempla uma proibição expressa de que a distribuição de produtos de seguros ultrapasse as fronteiras do mercado-alvo identificado.

8. REQUISITOS ADICIONAIS RELATIVOS AOS PRODUTOS DE INVESTIMENTO COM BASE EM SEGUROS (INSURANCE-BASED INVESTMENT PRODUCT (IBIP))

8.1. Âmbitos subjetivo e objetivo

O Capítulo VI da DDS é dedicado aos “requisitos adicionais no que se refere aos produtos de investimento com base em seguros”. O art. 26.º da DDS delimita o “âmbito de aplicação dos requisitos adicionais”. Aplicam-se estes à “distribuição de seguros que consista na venda de produtos de investimento

com base em seguros”, realizada por empresas de seguros e por mediadores de seguros.

Tais requisitos adicionais (ou especiais) acrescentam exigências regulatórias ao que, para a distribuição de produtos de seguros em geral, já resulta dos arts. 17.º (Princípio geral), 18.º (informações gerais a prestar pelo mediador de seguros ou pela empresa de seguros), 19.º (conflitos de interesses e transparência), 20.º (aconselhamento, e normas de venda quando não for prestado aconselhamento).

No Considerando 56, a DDS assinala que é frequente que produtos de investimento com base em seguros sejam disponibilizados aos clientes como potenciais alternativas ou substitutos dos produtos de investimento abrangidos pela Diretiva 2014/65/UE (MiFID II). A fim de assegurar uma proteção coerente dos investidores e de evitar o risco de arbitragem regulatória, é importante que os produtos de investimento com base em seguros estejam sujeitos não apenas a normas de conduta da atividade definidas para todos os produtos de seguros, mas também a normas específicas destinadas a responder ao elemento de investimento constante desses produtos. Estas normas específicas deverão incluir a prestação de informações apropriadas, requisitos de aconselhamento adequado e restrições em matéria de remuneração (considerando 56 da DDS).

Os produtos de investimento com base em seguros são caracterizados no art. 2.º, 17), da DDS. A definição é conseguida pela conjugação de *delimitação negativa* e *delimitação positiva*. Trata-se de um produto de seguros que oferece um prazo de vencimento ou valor de resgate, sempre que esse prazo de vencimento ou esse valor de resgate se encontre total ou parcialmente exposto, de forma direta ou indireta, a flutuações de mercado. Por outro lado, vários produtos de seguros são excluídos do perímetro dos produtos de investimento com base em seguros.

8.2. O reforço das Informações pré-contratuais prestadas aos clientes por empresas de seguros e mediadores de seguros

Em matéria de distribuição de produtos de investimento com base em seguros, a DDS vem reforçar os deveres pré-contratuais de informação, sendo designadamente exigido o fornecimento de informação relativa aos *custos e encargos associados*, designadamente o custo de aconselhamento, e as formas de pagamento, incluindo os “pagamentos recebidos de terceiros” (art. 29.º, 1, c)). A DDS também exige que os custos sejam agregados, de modo a que

o cliente conheça o custo global e o efeito cumulativo sobre o retorno do investimento.

Se em matéria de distribuição de seguros dos ramos não vida, a DDS impõe que sejam fornecidas, em *formato normalizado*, determinadas informações aos clientes, plasmadas no “documento de informação sobre o produto de seguros”, tal exigência de normalização *não se estende* aos IBIPS. Na verdade, o art. 29.º, 1, da DDS, depois de elencar as informações previstas nas alíneas *a), b), e c)*, determina que “os Estados-Membros podem autorizar que essas informações sejam fornecidas em formato normalizado”.

A proposta de transposição da Diretiva (art. 40.º da Proposta de Lei 138/XIII) não exige que a informação pré-contratual em caso de venda de IBIPS seja fornecida em formato normalizado.

No modelo de harmonização mínima, a DDS não proíbe os *inducements*. No entanto, admite que os Estados-Membros, através de legislação nacional, possam impor requisitos mais rigorosos em relação às matérias abrangidos pelo art. 29.º. Além disso, os Estados-Membros podem proibir ou restringir ainda mais a oferta ou a aceitação de honorários, comissões ou vantagens não pecuniárias de terceiros em relação à prestação de aconselhamento em matéria de seguros.

8.3. Prevenção de conflitos de interesses

Em matéria de distribuição de produtos de investimento com base em seguros, a DDS, introduz medidas de *governance*, porquanto exige que as empresas de seguros ou mediadores que distribuam produtos de investimento com base em seguros *mantenham e utilizem mecanismos organizativos e administrativos* eficazes destinados a evitar que os conflitos de interesses prejudiquem os interesses dos seus clientes (art. 27.º DDS). Subjaz a esta norma a compreensão de que as empresas de seguros e mediadores, no exercício da atividade de distribuição de produtos de investimento com base em seguros, estão inevitavelmente expostos a conflitos de interesses de vária ordem. O art. 28.º, 1 da DDS oferece uma lista exemplificativa de conflitos de interesses que podem surgir neste contexto: conflitos de interesses entre empresas de seguros e mediadores, incluindo os respetivos gestores e empregados, ou qualquer pessoa que lhes esteja direta ou indiretamente ligada por uma relação de controlo, e os seus clientes, ou entre dois clientes.

Por isso, o art. 27.º da DDS, *respeitando o princípio da proporcionalidade*, exige medidas de *governance* (administrativas e organizatórias) que possam minimizar os conflitos de interesses. Nem a DDS nem o art. 43.º da Proposta

de Lei n.º 138/XIII identificam que medidas são essas. O que significa que caberá aos *titulares do órgão de administração* das empresas de seguros e dos mediadores de seguros-pessoas coletivas (sociedades por quotas e sociedades anónimas, nos termos do art. 13.º da proposta de transposição da DDS), no âmbito do seu dever de “controlo ou vigilância organizativo-funcional”⁹⁶, adequar a estrutura organizatória de todas as medidas que permitam cumprir as exigências legais postas pela lei portuguesa⁹⁷.

A DDS admite que, apesar das medidas administrativas e organizativas adotadas, não seja possível “garantir, com um grau de certeza razoável, que os riscos de prejuízos para os interesses dos clientes serão evitados” (art. 28.º, 2, DDS). Em tais circunstâncias, a DDS impõe que o mediador ou a empresa de seguros “deve(m) informar claramente o cliente, com a devida antecedência antes da celebração de um contrato de seguro, da natureza genérica ou das fontes destes conflitos de interesses” (art. 28.º, 2, da DDS)⁹⁸.

8.4. A harmonização mínima em matéria de inducements

Inducements ou *incentivos* são definidos como: “qualquer remuneração, comissão ou qualquer benefício não pecuniário fornecido ou recebido por um mediador ou empresa relacionado com a distribuição de um produto de investimento com base em seguros, ou fornecido ou recebido por qualquer terceiro distinto do cliente que participe na operação em causa ou qualquer pessoa que atue em nome desse cliente”⁹⁹.

A prática empresarial dos *inducements* não nasce com a DDS; é-lhe muito anterior e tem sido objeto de regulação em outros atos de direito derivado da União Europeia. Vejamos, sinteticamente, alguns dos momentos relevantes desta temática.

Em 1993, a ISD (Diretiva dos serviços financeiros), adotando um modelo de harmonização mínima, integrava normas sobre conflitos de interesses, mas não regulava os *inducements*. O “inducement ban” tem a sua origem em 2006, tendo sido introduzido pela Diretiva 2006/73/CE da Comissão de 10 de

96 Abreu, 2007: 20.

97 Cfr. o art. 42.º da proposta de transposição da diretiva DDS para a ordem jurídica portuguesa.

98 Norma reproduzida no art. 42.º, 4, da proposta de transposição da DDS.

99 V. art. 2.º, 2, do Regulamento Delegado (UE) 2017/2359 da Comissão de 21 de setembro de 2017 que complementa a Diretiva (UE) 2016/97 do Parlamento Europeu e do Conselho no que diz respeito aos requisitos em matéria de informação e às normas de conduta aplicáveis à distribuição de produtos de investimento com base em seguros.

Agosto, que admitia exceções à proibição de incentivos¹⁰⁰. De acordo com esta diretiva, “Os Estados-Membros assegurarão que as empresas de investimento não serão consideradas como actuando de forma honesta, equitativa e profissional e em função do interesse de um cliente se, relativamente à prestação de um serviço de investimento ou auxiliar ao cliente, receberem ou pagarem qualquer remuneração ou comissão ou proporcionarem ou obtiverem qualquer benefício não pecuniário”. E aqui reside, como ponto de partida, uma proibição geral de incentivos¹⁰¹.

O referido “inducement ban” ou proibição de incentivos foi vista como uma medida destinada a proteger o cliente de empresas de investimento, já que a prática empresarial de as empresas de investimento serem parcialmente pagas pelos emitentes é suscetível de induzir o “reward-driven advice behaviour”¹⁰² incompatível com o melhor interesse do cliente.

A MiFID II retoma o assunto em termos ainda mais restritivos, sendo necessário distinguir entre, por um lado, consultoria para investimento prestada numa base independente e a gestão de carteiras (art. 24.º, 7, 8)¹⁰³ e, por outro lado, outros serviços de investimento ou serviços auxiliares (art. 24.º, 9).

De acordo com o art. 24.º da MiFID II, uma empresa de investimento que realiza consultoria de investimento numa base independente “não aceita nem aufera remunerações, comissões ou quaisquer prestações monetárias ou não monetárias pagas ou concedidas por qualquer terceiro ou por uma pessoa que atue em nome de um terceiro em relação à prestação do serviço aos clientes” (art. 24.º, 7.º, b), da MiFID). Como explica o Considerando 74 da MiFID II, “Tal implica que todas as remunerações, comissões e benefícios pecuniários pagos ou prestados por um terceiro deverão ser devolvidos integralmente ao cliente logo que possível após receção destes pagamentos pela empresa e que a empresa não deverá ser autorizada a compensar quaisquer pagamentos de terceiros no quadro das remunerações devidas pelo cliente à empresa”.

100 Ver o art. 26.º da Diretiva 2006/73/CE da Comissão de 10 de agosto, que aplica a Diretiva 2004/39/CE do Parlamento Europeu e do Conselho no que diz respeito aos requisitos em matéria de organização e às condições de exercício da atividade das empresas de investimento e aos conceitos definidos para efeitos da referida diretiva. Sobre as exceções, v. Silverentand, Sprecher & Simons, 2017: 209 ss.

101 Sobre este regime, v. Gomes, 2017: 241 ss. Sobre o “gold plating” aplicado por vários Estados-Membros em matéria de incentivos, por considerarem que a regulação da MiFID I era insuficiente, v. Silverentand, Sprecher & Simons, 2017: 210 ss..

102 Silverentand, Sprecher & Simons, 2017: 206.

103 Gomes, 2017: 247, fala em proibição absoluta, para a consultoria para o investimento a título independente e da gestão de carteiras.

Há vários benefícios que estão excluídos desta proibição e que, por isso, são compatíveis com os melhores interesses do cliente.” Em particular, esta proibição não se aplica aos benefícios pagos pelo cliente ou por pessoas que atuam em representação do cliente, na condição de que o cliente sabe, tem consciência, de que tais pagamentos estão a ser feitos em sua representação. Além disso, o montante e a frequência de qualquer pagamento devem ser acordados entre o cliente e a empresa de investimento e não deve ser determinado por terceiros” (Considerando 75). O Considerando 75 acrescenta exemplos em que o pagamento de vários benefícios cumpre estes objetivos.

Já o art. 24.º, 9, da MiFID II diz respeito às *empresas de investimento que prestam serviços de investimento ou um serviço auxiliar*. Neste caso, os *inducements* são lícitos se: a) Se destinam a melhorar a qualidade do serviço prestado ao cliente; e ainda b) Não interfiram na obrigação da empresa de investimento de agir de forma honesta, equitativa e profissional, com vista a melhor servir o interesse dos seus clientes.

A MiFID I não abrangia os seguros nem os depósitos. Em razão desta diferença regulatória, foram identificados vários comportamentos oportunistas no setor financeiro destinados a aproveitar-se da “arbitragem regulatória”. A experiência mostrou que vários produtos financeiros eram apresentados (se quisermos, “embrulhados”) como depósitos ou seguros, de modo a ficarem fora do alcance da regulação da MiFID¹⁰⁴. Esta tendência para estruturar um determinado produto, não para cumprir as necessidades económicas ou preferências do investidor, mas sim para contornar exigências legislativas ou regulatórias recebe o nome de *arbitragem regulatória*.

A MiFID II abrangeu os depósitos estruturados no seu âmbito de aplicação¹⁰⁵. A União Europeia reconhecia que também os produtos de investimento com base em seguros necessitavam de serem regulados por regras de conduta de atividade alinhadas com as prescritas pela MiFID II, de modo a garantir o mesmo nível de proteção ao investidor. Acontece, porém, que os produtos de investimento com base em seguros não foram incluídos na MiFID II porque já se encontravam regulados pela DMS que, contudo, limitava-se a prever regras básicas relativas à informação e ao *know your customer* (arts. 12.º e 13.º DMS). De modo a evitar a arbitragem regulatória, a MiFID

¹⁰⁴ Colaert, 2017: 591, refere que vários Estados-Membros consideraram a MiFID I demasiado limitada e, através de legislação nacional, alargaram as regras de conduta a outros produtos financeiros como são os certos produtos de seguros e depósitos estruturados ou até duplicaram as regras da MiFID I na sua legislação sobre seguros (“MiFID-like rules”).

¹⁰⁵ Veja-se o disposto no art. 1.º, § 4 MiFID II.

II altera a DMS, aplicando aos produtos de investimento com base em seguros regras semelhantes às da MiFID II (“MiFID-like”), em matéria de conflitos de interesses e de regras de conduta da atividade. Entretanto, a DMS foi revogada e substituída pela DDS.

Em princípio, a MiFID II proíbe os incentivos considerando que as empresas de investimento que os recebem não cumprem o dever de atuar com honestidade, lealdade e profissionalismo em conformidade com o interesse do cliente (art. 24, 9, MiFID II). A DDS parece partir de um ponto de partida oposto: os mediadores de seguros ou as empresas de seguros que recebem *inducements* são considerados cumpridores do seu dever de atuar de forma honesta, correta e profissional, em conformidade com os melhores interesses dos seus clientes (art. 17.º, 1, DDS), se tais incentivos não têm um efeito prejudicial na qualidade do serviço e se não interferem na obrigação de o mediador ou da empresa de seguros de agir de forma honesta, correta e profissional, de acordo com os melhores interesses dos seus clientes (art. 29.º, 2, DDS).

A DDS *não concretiza* que comportamentos de empresas de seguros ou de mediador de seguros configuram “um efeito prejudicial na qualidade do serviço em causa para o cliente”. A Comissão Europeia solicitou à EIOPA que esta emitisse orientações técnicas relativas às condições em que os *inducements* podem ter um efeito prejudicial na qualidade do serviço em causa para o cliente, tendo-lhe sido pedido que, na medida do possível, fosse assegurada a consistência entre os produtos de investimento com base em seguros (IBIPs) e a regulação da MiFID II.

A EIOPA sublinha a discrepância regulatória existente nesta matéria entre a DDS e a MiFID II. Enquanto nos produtos de investimento baseados em seguros os *inducements* são lícitos se não tiverem um efeito prejudicial na qualidade de serviço em causa para o cliente (art. 29.º, 2, a), da DDS, no art. 24, 9, a), MiFID II, o *inducement* deve destinar-se “a melhorar a qualidade do serviço prestado ao cliente”. Do ponto de vista da EIOPA, é importante atender e considerar o relevo destas diferenças¹⁰⁶.

Para responder à pergunta que lhe foi dirigida pela Comissão Europeia, a EIOPA serve-se de uma metodologia baseada, por um lado, num “high level principle” complementado por uma lista não exaustiva de critérios que devem ser ponderados pela empresa de seguros ou pelo mediador de seguros na hora

¹⁰⁶ EIOPA, Technical Advice on possible delegated acts concerning the Insurance Distribution Directive, cit., n.º 8.

de avaliar se os *inducements* aumentam o risco de prejuízo para a qualidade do serviço em causa para o cliente¹⁰⁷.

A EIOPA evidencia que a empresa de seguros e o mediador de seguros devem aplicar os arts. 27.º e 28.º, de modo a perceber se eles cumprem os critérios previstos no art. 29.º, 2, da DDS que, como sabemos, identifica os casos em que os *inducements* são *lícitos*. A EIOPA considera que a empresa de seguros ou o mediador de seguros deve aplicar uma análise em dois passos que, em síntese, passam por, em primeiro lugar, identificar os *inducements* que são pagos em conexão com a distribuição de seguros. Num segundo momento, devem ser estabelecidos procedimentos adequados para avaliar se esses *inducements* são prejudiciais e que medidas organizacionais são adequadas para gerir o risco de prejuízo para o consumidor¹⁰⁸.

A EIOPA recusou apresentar uma lista de circunstâncias em que o pagamento de incentivos por parte de terceiros é, em geral, considerado aceitável¹⁰⁹. Na avaliação da EIOPA, tal “white list” não seria “futur proof” e, por isso, poderia induzir comportamentos exploradores de arbitragem regulatória¹¹⁰. Em consequência, a EIOPA recomendou *não incluir* tal lista nas normas técnicas. Em vez disso, a EIOPA reconhece que circunstâncias específicas podem diminuir o risco de impacto prejudicial na qualidade do serviço prestado ao cliente e que tais circunstâncias devem ser tidas em conta na *avaliação global* a ser feita pela empresa de seguros ou pelo mediador de seguros. Neste contexto, a EIOPA apresenta a lista de circunstâncias que poderão reduzir o risco de efeito prejudicial na qualidade do serviço em causa para o cliente¹¹¹. Na verdade, a EIOPA propõe que o mediador de seguros ou a empresa de seguros desenvolvam uma *análise*¹¹².

Segundo o art. 8.º do Regulamento Delegado¹¹³, “Considera-se que um incentivo ou um regime de incentivos prejudicam a qualidade do serviço

¹⁰⁷ Idem, n.º 15.

¹⁰⁸ Idem, n.º 15.

¹⁰⁹ Idem, n.º 21.

¹¹⁰ Idem, n.º 21.

¹¹¹ Idem, n.º 23., n.º 20.

¹¹² Recorrendo à experiência de vários reguladores nacionais, a EIOPA apresenta alguns exemplos de *inducements* que poderão ter um efeito prejudicial para os consumidores. V. EIOPA, Technical Advice on possible delegated acts concerning the Insurance Distribution Directive, cit., n.º 16.

¹¹³ Trata-se do Regulamento Delegado (UE) 2017/2359 da Comissão, de 21 de setembro de 2017, que complementa a Diretiva (UE) 2016/97 do Parlamento Europeu e do Conselho no que diz respeito aos requisitos

prestado ao cliente, quando assumem uma natureza e escala de molde a incentivar a realização de atividades de distribuição de seguros de uma forma que não é consentânea com a obrigação de atuar de forma honesta, correta e profissional, em conformidade com os melhores interesses dos seus clientes”.

O art. 8.º, 2, do Regulamento Delegado devolve à empresa de seguros ou ao mediador de seguros a responsabilidade de realizar uma *análise global* “que tenha em conta todos os fatores relevantes suscetíveis de aumentar ou diminuir o risco de efeitos prejudiciais na qualidade do serviço prestado ao cliente, e quaisquer medidas organizativas tomadas pelo mediador de seguros ou pela empresa de seguros no exercício das atividades de distribuição destinadas a evitar o risco de um impacto judicial.”. Segue-se uma lista não exaustiva de fatores que as empresas de seguros ou o mediador de seguros deve convocar para a realização da *análise global*.

9. CONCLUSÃO

A DDS procede à harmonização mínima da atividade de distribuição de seguros, introduzindo um novo quadro regulatório moldado na estrutura de fontes de direito multi-nível. Confrontada com os desenvolvimentos da indústria de distribuição de seguros, a União Europeia procura garantir a igualdade na proteção dos clientes, seja qual for o canal de distribuição escolhido. A DDS vai implicar uma maior profissionalização da indústria de distribuição de seguros, representando significativas exigências em matéria de *compliance*.

A DDS apresenta uma regulação centrada no cliente (*client centric approach*), impositiva de deveres de lealdade do distribuidor de seguros para com o cliente. Exige-se do distribuidor de seguros que ele atue no melhor interesse do cliente, que na relação com este atue de modo leal e honesto.

A DDS reconhece que o distribuidor de seguros em geral, e as empresas de seguros e mediadores de seguros que distribuem produtos de investimento com base em seguros em particular, estão expostos a várias fontes de conflitos de interesses, sejam elas as participações no capital social, relações contratuais de exclusividade ou políticas de remuneração. Partindo do princípio que são inevitáveis as situações de conflitos de interesses, a DDS identifica instrumentos destinados a proteger o cliente. As finanças comportamentais

em matéria de informação e às normas de conduta aplicáveis à distribuição de produtos de investimento com base em seguros.

têm adquirido conhecimento que permite duvidar da eficácia de um modelo regulatório do conflito de interesses baseado na *disclosure*. São conhecidas limitações cognitivas e processos de enviesamento que podem comprometer a tutela do consumidor e da decisão informada.

Também a DDS é tributária do “paradigma de informação” como instrumento de proteção do cliente de distribuidor de seguros, mas reconhece que a sobrecarga de informação ou na ignorância racional podem comprometer a decisão informada. Por isso, para além da bateria de deveres de informação a prestar ao cliente, a DDS contempla regras de conduta não informativas e regras sobre governação dos produtos.

A DDS quer evitar os comportamentos próprios de *arbitragem regulatória*, potencialmente lesivos dos interesses dos clientes de distribuidores de seguros. Para tanto, procurou alinhar a regulação da distribuição de seguros com o disposto na MIFID II, em particular no que tange os produtos de investimento com base em seguros. Tratou-se, todavia, de um exercício não completamente bem-sucedido, já que em vários aspectos são observáveis discrepâncias regulatórias que podem fomentar a referida arbitragem regulatória. Um dos aspectos salientes são, justamente, as discrepâncias regulatórias em matéria de *inducements*, se confrontarmos a DMIF II e a DDS. Este é um aspecto relevante porque os *inducements* ou incentivos podem potenciar conflitos de interesses, em que o distribuidor de seguros, em vez de pautar a sua atuação pela defesa do melhor interesse do cliente, substitui-o por “reward-driven behaviour”.

A DDS, ao contrário da MIFID II, assume uma postura de aceitação de *inducements*, nos termos do art. 29º. Seguindo o parecer técnico da EIOPA, o Regulamento de Execução vem exigir que a empresa de seguros ou o mediador de seguros façam uma *análise global* para a qual são identificados alguns fatores de ponderação.

BIBLIOGRAFIA

- ABREU, J. M. Coutinho de
1999 *Da empresarialidade. As empresas no direito*, Coimbra: Almedina.
- 2007 “Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social”, *Reformas do Código das Sociedades*, Coimbra: Almedina.
- AVGOULEAS, Emilius
2009 “The global financial crisis and the disclosure paradigm”, *European Company and Financial Law Review*.
- BEALES, Hugh, CRASWELL, Richard & SALOP, Steven
1981 “The efficient regulation of consumer information”, *Journal of Law and Economics*.
- CÂMARA, Paulo
2018 *Manual de direito dos valores mobiliários*, 4^a ed., Coimbra: Almedina.
- CHATER, Nick, HUCK, Steffen & INDERST, Roman,
2010 *Consumer Decision-Making in Retail Investment Services: A Behavioural Economics Perspective*, <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.185.4650&rep=rep1&type=pdf>.
- COLAERT, Veerl
2017 Building blocks of investor protection: All-embracing regulation tightens its grip”, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2943985.
- COLAERT, Veerle
2017 “MiFID relation to other investor protection regulation. Picking up the crumbs of a piecemeal Approach”, in Danny Bush/Guido Ferrarini, *Regulation of the EU Financial Markets. MiFID and MiFIR*, Oxford University Press.
2018 *Capital Markets Union in Europe, Part. V Fostering retail and institutional investment, 16 Investor protection in the capital markets Union*, ed. BUSH, Danny, AVGOULEAS, Emilius & FERRARINI, Guido, Oxford Legal Research Library.
- EUROPEAN COMMISSION
2008a “Open Hearing on Retail Investment Products”.
2008b Impact Assessment of the Legislative Proposal Amending the UCITS Directive SEC (2008) 2263, 12.
- FAMA, Eugene F.
1998 “Market efficiency, long-term returns and behavioural finance”, *Journal of Financial Economics*, 49:3.

- FLEISCHER, Victor
2011 "Regulatory Arbitrage", *Texas Law Review*, 89, 2010/2011.
- GALVÃO TELES, Joana
2016 "Deveres de informação das partes", LIMA REGO, Margarida (coord.), *Temas de direito dos seguros*, 2^a ed., Coimbra: Almedina.
- GOMES, José Ferreira
2017 "Conflito de interesses e benefícios (inducements) dos intermediários financeiros perante a MIFID II", in CÂMARA, Paulo (coord.), *O novo direito dos valores mobiliários. I Congresso sobre valores mobiliários e mercados financeiros*, Almedina.
- GONÇALVES, Diogo Costa
2017 "Produtos financeiros complexos e PRIIPS, ", in CÂMARA, Paulo (coord.), *O novo direito dos valores mobiliários. I Congresso sobre valores mobiliários e mercados financeiros*, Almedina.
- GRUNDMANN, Stefan
1999 "Trust and Treuhand at the End of the 20th Century. Key Problems and Shift of Interests." *The American Journal of Comparative Law*, vol. 47, no. 3.
- GRUNDMANN, Stefan & HACKER, Philipp
2017 "Conflicts of interest", Danny Busch/Guido Ferrarini, *Regulation of the EU Financial Markets. MiFID II and MiFIR*, Oxford: Oxford University Press.
- HUDSON, Alastair
2013 *The law of finance*, 2^a ed., Sweet & Maxwell.
- MOLONEY, Niamh
2014 *EU Securities and financial markets regulation*, 3rd edition, Oxford University Press, 2014.
- MOLONEY, Niamh, FERRAN, Eilís & PAYNE, Jennifer
2015 *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, Oxford University Press.
- OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de
2016 "Transparência no mercado de capitais: *information overload*, eficiência ou tutela dos investidores", *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 4.
- Poças, Luís
2008 *Estudos de direito dos seguros*, Lisboa.
- RAMOS, Maria Elisabete
2010 *Seguro de responsabilidade civil dos administradores. Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, Coimbra: Almedina.

RIBEIRO, Maria Eduarda

“Artigo 207.º”, in ROMANO MARTINEZ, Pedro, CUNHA TORRES, Leonor, COSTA OLIVEIRA, Arnaldo, RIBEIRO, Maria Eduarda, PEREIRA MORGADO, José, VASQUES, José & ALVES BRITO, José, *Lei do contrato de seguro anotada*, 3^a ed., Coimbra: Almedina, 2016.

SCHWARCZ, Daniel & SIELGELMAN, Peter

2017 “Law and Economics of insurance”, in PARISI, Francesco (ed.), *The Oxford Law and Economics, vol. II. Private and commercial law*, Oxford University Press.

SILVA, Carlos Pereira da

2001 “Operações financeiras em seguros de vida, operações de capitalização e pensões”, em MOREIRA, António & COSTA MARTINS, M., *II Congresso Nacional de Direito dos Seguros. Memórias*, Coimbra, 249.

SILVERENTAND, Larissa, SPRECHER, Jasha & SIMONS, Lisette

2017 “Inducements”, in BUSH, Danny & FERRARINI, Guido (eds.), *Regulation of the EU Financial Markets. MiFID and MiFIR*, Oxford University Press.

DE NOVO O DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO EM PROCESSOS DE CONTRAORDENAÇÃO POR PRÁTICAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA CONTRA PESSOAS COLETIVAS

Marta Campos

ABSTRACT *This text focuses on the privilege against self-incrimination in cases of misconduct for anticompetitive practices against legal persons and aims above all to demonstrate that there is no reason to disagree with the EU case law on this matter, specifically in the requests for information, because, despite being restrictive, there are inherent differences in legal persons and the nature of the cases in question, which justify those restrictions.*

SUMÁRIO 1. Introdução. 2. Elementos diferenciadores. 2.1. Aplicação do direito às pessoas coletivas. 2.2. Contexto de supervisão e regulação subjacente. 2.3. O reconhecimento do direito em processos de contraordenação. 3. O conteúdo do direito. 3.1. O conteúdo do direito à luz da jurisprudência da União Europeia. 3.2. Análise do alcance restritivo da jurisprudência da União Europeia. 3.3. Teste da proporcionalidade. 3.4. Confronto com a jurisprudência do TEDH. 4. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

O direito à não autoincriminação, no domínio dos processos sancionatórios por práticas restritivas da concorrência contra pessoas coletivas, é uma matéria tratada pela jurisprudência da União Europeia¹ e nos pontos mais

¹ Designadamente as seguintes decisões do Tribunal de Justiça (TJ): decisão de 18.10.1989, *Orkem v. Comissão*, P 374/87; decisão de 15.10.2002, *Limburgse e outros v. Comissão*, P 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, § 273; decisão de 07.01.2004, *Aalborg Portland e outros c. Comissão*, processos C 204/00 P, C 205/00 P, C 211/00 P, C 213/00 P, C 217/00 P e C 219/00 P, § 61 e 65; decisão de 14.07.2005, *ThyssenKrupp c. Comissão*, processos C 65/02 P e C 73/02 P, § 49; decisão de 29.06.2006, *SGL Carbon e outros v. Comissão*, processo C-301/04P; decisão de 25.01.2007, *Dalmine SpA v. Comissão*, processo C-407/04 P, § 34; decisão de 24.09.2009, *Erste Group Bank AG e outros v. Comissão*, processos C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P e C-137/07 P, § 271. No mesmo sentido, decidiu o Tribunal de Primeira Instância (TPI) no arresto de 08.03.1995, *Société Générale v. Comissão*, processo T-34/93, § 72 ss.; na decisão de 20.02.2001,

dilemáticos que esta tipologia de casos suscita. Adicionalmente, a jurisprudência da UE já foi adotada entre nós² e inclusive validada pelo Tribunal Constitucional (TC) no acórdão n.º 461/2011. Por conseguinte, há fortíssimos argumentos de autoridade sobre o tema.

Apesar disso, esta questão ainda é bastante debatida e o propósito deste texto consiste em perceber, numa análise abrangente, se a jurisprudência da UE consubstancia, nos dias de hoje, um “recurso civilizacional”, ou seja, se em nome de argumentos vazios, forçados, não sustentados no plano empírico, convenientes ou profundamente desequilibrados, estamos, na verdade, a entrar em tempos de pensamento semelhantes aos “tempos obscuros em que a eficácia justificava métodos como a tortura”, mas agora sob a forma de uma “tortura administrativa e económica”³. Ou se, em contrapartida, estamos perante exigências de um direito mais sofisticado e complexo, que, para além do paradigma clássico e de origem do direito à não autoincriminação (o processo criminal contra pessoas singulares), se estendeu, com contornos diferentes, a outras parcelas da vida e reclama uma resposta diferenciada⁴.

Para se alcançar uma resposta, a análise do problema terá de passar, em primeiro lugar, pelos elementos diferenciadores da tipologia de casos em análise e que são os seguintes: a aplicação do direito às pessoas coletivas; o contexto de regulação e supervisão subjacente; e o reconhecimento do direito em processos de contraordenação. Em segundo lugar, será necessário entrar no conteúdo do direito à luz da jurisprudência da UE, perceber em que medida é restritivo, sujeitá-lo ao teste da proporcionalidade e confrontá-lo com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH).

Percorrido este percurso e sem prejuízo de se optar por não resolver todas as questões que o tema implica, estaremos em condições de concluir se a jurisprudência da UE é ou não de manter, pelo menos, em relação aos pedidos de informações.

Mannesmannröhren-Werke AG v. Comissão, processo T 112/98, § 63 a 67; e na decisão de 29.04.2004, *SGL Carbon e outros v. Comissão*, processos T-236/01, T-239/01, T-244/01 a T-246/01, T-251/01 e T-252/01.

2 Cf. sobre a jurisprudência nacional do Tribunal do Comércio de Lisboa e do Tribunal da Relação de Lisboa: Mendes, 2010: 139-142; Ramos, 2010: 180; e Anastácio, 2010: 222; Alfafar, 2012: 345. O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (TCRS) também já se pronunciou sobre o tema nas decisões proferidas no processo n.º 228/18.7YUSTR (cuja fundamentação é muito próxima à do presente texto) e no processo 71/18.3YUSTR, apensos B, F e I.

3 Todas as citações do parágrafo – Andrade, 2017: 207.

4 Vânia Costa Ramos fala num “direito moderno” in Ramos, 2007: 89.

2. ELEMENTOS DIFERENCIADORES

2.1. Aplicação do direito às pessoas coletivas

O direito à não autoincriminação e o direito ao silêncio são reconhecidos, direta ou indiretamente, por vários instrumentos internacionais. É o caso do *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP)* de 19 de dezembro de 1966, no artigo 14.º, n.º 3, alínea g), da *Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH)*, de acordo com a interpretação feita pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), que tem reconduzido os direitos em análise ao princípio do processo equitativo, previsto no artigo 6.º, n.º 1, do diploma, e da *Diretiva (UE) 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho*, que impõe aos Estados-membros o reconhecimento do direito ao silêncio e do direito à não autoincriminação (cf. artigo 7.º).

No plano nacional, há referências expressas ao direito em algumas Constituições, como a Constituição Norte-americana (V Emenda)⁵. Não é o caso da Constituição Portuguesa. Contudo, há um consenso firme na doutrina no sentido de que se trata de “um princípio constitucional não escrito”⁶.

Os dados precedentes permitem concluir, sem receio de erro, que existe um reconhecimento incontestado, a nível internacional e nacional, do direito à autoincriminação e do direito ao silêncio, enquanto direitos ou garantias fundamentais. Contudo, apenas é assim naquele que se pode definir como o contexto clássico de afirmação do direito, caracterizado por duas notas essenciais: a invocação do direito por uma pessoa singular e num processo de natureza criminal.

Efetivamente, o PIDCP dirige-se às pessoas singulares e visa apenas as pessoas acusadas de uma infração penal no âmbito de um processo judicial⁷. Também a Diretiva restringe o seu âmbito de aplicação às pessoas singulares e, para além disso, apenas àquelas que são suspeitas da prática de um ilícito penal ou que foram constituídas arguidas em processo penal – cf. artigo 2.º da Diretiva. Por sua vez, o TEDH ainda não se pronunciou até ao momento sobre a aplicação deste específico direito às “organizações não governamentais” a que alude o artigo 34.º da Convenção. É certo que já reconheceu várias garantias fundamentais a pessoas coletivas, como o direito a ser julgado

⁵ Outras Constituições que preveem a prorrogaativa são: a Constituição brasileira; a Constituição espanhola; a Constituição da Índia; a Constituição do Canadá, etc. – Oliveira e Silva, 2018: 35, nota 21.

⁶ Cf. Oliveira e Silva, 2018: 35, nota 21. Também Dias & Ramos, 2009: 14-15.

⁷ Cf. acórdão do TJ Orkem § 31.

por um tribunal independente e imparcial, o direito a uma audiência oral e pública, o direito à igualdade de armas e o direito a ser julgado em prazo razoável⁸, entre outros. Contudo, nunca abordou o tema do direito à não autoincriminação a propósito das pessoas jurídicas e, para além disso, também nunca declarou a aplicação em geral ou *in totum* do artigo 6.º em relação às pessoas coletivas⁹.

Adicionalmente, se, por um lado, há países que reconhecem o direito às pessoas coletivas, como o Reino Unido¹⁰, por outro lado, existem vários

8 Cf. Basualto, 2015: 221.

9 *Idem*, p. 222.

10 No Reino Unido, o ponto de afirmação do direito foi a sentença proferida pelo *High Court (King's Bench Division)*, no ano de 1939, no caso “*Triplex Safety Glass Co. v. Lancegaye Safety Glass Ltd*” – cf. Loschin, 1997: 260-261, e Andrade, 2017: 203. Também no universo dos sistemas continentais, encontram-se ordenamentos jurídicos que contêm, nas suas legislações, normas que, com mais ou menos amplitude, reconhecem, pelo menos, parcelas do direito à não autoincriminação, diretamente ou por intermédio do representante legal. É o caso da Suíça, da Áustria, da Espanha e da Itália. Na Suíça, o Código de Processo Penal (com vigência nacional para todos os Cantões) prevê a figura da “pessoa chamada a dar informações” (“*Auskunfts person*”, “*personne appelée à donner des renseignements*”), que é uma categoria própria do direito suíço e inclui pessoas que apesar de disporem de informações sobre os factos, exibem um défice de credibilidade (por serem menores de idade, por terem uma anomalia psíquica ou uma situação objetiva de conflito). Estas pessoas não são obrigadas a prestar declarações e se o fizerem devem fazê-lo nos mesmos termos do imputado. Também não estão obrigadas a entregar objetos, não podendo ser compelidos a fazê-lo. A lei estende esta qualidade aos empregados da pessoa coletiva e ao seu representante, havendo quem conclua que, desta forma, se garante um “formidável escudo” frente às indagações dirigidas contra a pessoa jurídica, inexiste a respeito das pessoas naturais. Para além disso, o CPP Suíço também consagra um direito próprio da pessoa coletiva imputada a recusar a entrega de documentos ou objetos que a possam incriminar – cf. Basualto, 2015: 251, nota 85. Na Áustria, o § 17 da Lei da Responsabilidade das Associações (*Verbandsverantwortlichkeitsgesetz: VbVG*) de 2005, preceitua que o sujeito com poder de decisão na associação (“*Entscheidungsträger*”, conceito definido no § 2 VbVG, que abrange representantes, sujeitos com poder de decisão e direção e outros que exerçam influência decisiva na direção) deve ser interrogado na qualidade de imputado, assim como deve ser advertido do seu direito ao silêncio. A respeito de objetos relevantes, as regras gerais do Código de Processo Penal (StPO, aplicáveis subsidiariamente conforme o§ 14 I VbVG.) obrigam qualquer pessoa que os tenha em seu poder a entregá-los, o que não se aplica contra quem é suspeito de ter cometido um crime, nem contra quem não está obrigado a prestar declarações, situação em que se encontra o sujeito com poder de decisão conforme o citado § 17 VbVG – cf. Basualto, 2015: 251-252, nota 86. Na Espanha, esta matéria está prevista nos artigos 409 bis e 786 bis da *Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr)*. A primeira norma prevê que, na investigação de um crime que está a ser imputado a uma pessoa coletiva, se tomem declarações ao representante especialmente designado, sendo aplicáveis as regras previstas para as declarações do imputado em tudo o que não seja incompatível com a sua natureza, incluindo os direitos ao silêncio, a não declarar contra si mesmo e a não confessar-se culpado. A segunda norma, que repete no essencial o teor da primeira para a fase do julgamento, contém, no entanto, um segmento final, que parece restringir consideravelmente o alcance da primeira parte e que tem dado azo a discussão doutrinal, e que consiste no facto de não permitir que seja designado como representante a quem haverá de prestar depoimento como testemunha – cf. Basualto, 2015: 252-254. No caso da Itália, o artigo 44.1 b) do Decreto Legislativo N° 231/2001, sobre responsabilidade das pessoas coletivas pelo crime, preceitua que, para além da pessoa natural acusado do crime que há origem à responsabilidade da pessoa coletiva, tão pouco pode ser testemunha a pessoa que representa aquela de acordo com a declaração formal que deve efetuar perante

ordenamentos jurídicos nacionais que rejeitam a aplicação da prorrogativa às pessoas jurídicas, como é o caso dos EUA¹¹, do Canadá, da Austrália e da Alemanha¹² e mesmo, entre nós e no plano da doutrina, a questão não é pacífica¹³.

Neste contexto internacional de afirmação hesitante, descontínua e controvérsia do direito à não autoincriminação e do direito ao silêncio às pessoas coletivas, a jurisprudência da UE surge como emblemática. Efetivamente, em 1989, o TJ, no caso *Orkem v. Comissão*¹⁴, que versava sobre práticas restritivas da concorrência, perfeitamente ciente do facto do direito estar a ser reclamado por uma pessoa coletiva e da dimensão problemática desta particularidade, conforme resulta inequivocamente do parágrafo 29 da decisão, reconheceu que *a Comissão não pode impor à empresa a obrigação de fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infracção cuja prova cabe à Comissão* (§ 35).

Pese embora este postulado seja consideravelmente mais limitado do que a sua leitura isolada e breve poderá sugerir, conforme se esclarecerá *infra*, a verdade é que não deixa de ser a expressão do reconhecimento, em certa medida, do direito à não autoincriminação a uma pessoa coletiva, tendo sido reafirmado posteriormente em vários arestos quer do TJ, quer do TPI¹⁵. Conclui-se, assim, enquanto primeiro vetor de decisão fornecido pelos órgãos jurisdicionais da UE, que as pessoas jurídicas também são titulares da prorrogativa. E trata-se de uma jurisprudência à qual se deve aderir, pois os argumentos em sentido contrário não são convincentes. Vejamos porquê.

a autoridade para estes efeitos, mas desde que essa pessoa exercesse tais funções também no momento da prática do crime – cf. Basualto, 2015: 254-257.

11 Nos EUA, a não aplicação do *privilege against self-incrimination* às pessoas coletivas foi afirmada por uma decisão proferida, em 1906, pelo Supremo Tribunal Federal no caso *Hale v. Henkel*, foi reafirmada posteriormente por outros arestos, nomeadamente nos casos *Murphy v. Waterfront Commission*, de 1964 (cf. Oliveira e Silva, 2018: 251), e no caso no caso *United States v. White* - 322 U.S. 694 (1944) – cf. Basualto, 2015: 225-226. Sobre esta jurisprudência veja-se ainda Andrade, 2017: 203. A este entendimento é atribuída a designação de “*Collective Entity Doctrine*”, também conhecida como “*Entity Exception*”.

12 Basualto, 2015: 231 a 235. Quanto à Alemanha, a questão foi resolvida pelo Tribunal Constitucional alemão, numa decisão de 26.01.1997 – BVerfGE 95, 220 de 1997 – cf. Oliveira e Silva, 2018: 51, nota 71 e Basualto, 2015: 223.

13 Em sentido afirmativo: Dias & Ramos, 2009: 42; Pinto, 2009: 97; Mendes, 2010: 137; Ramos, 2010: 179; Andrade, 2017: 202-208. Sem certezas: Oliveira e Silva, 2018: 50-51 e notas 70 e 71.

14 Cf. nota 1.

15 Cf. nota 1.

Numa linha de considerações de natureza prática, argumenta-se com as consequências para a perseguição das pessoas jurídicas decorrentes do reconhecimento do direito, uma vez que a deteção e comprovação das infrações depende, muitas vezes, de informação que apenas pode ser fornecida pelas próprias organizações¹⁶. Este argumento tem a sua pertinência, mas não é decisivo, pois deve ter lugar no final do percurso, não no início, na medida em que, por um lado, é completamente alheio aos fundamentos do direito, que devem ser o ponto de partida de análise, e, por outro lado, pode ser compatível com a restrição do direito.

Já numa lógica mais conceptual ou material, identificam-se, no essencial, dois argumentos. Um desses argumentos estriba-se na natureza pessoalíssima do privilégio, que o torna insusceptível de ser exercido através de representantes, uma vez que “está desenhado para proteger direitos e interesses conotáveis com a personalidade humana – p. ex. a proscrição de métodos «desumanos» de compulsão, o respeito pela «inviolabilidade da pessoa» e pelo «direito individual a um reduto inviolável de privacidade» (*Murphy v. Waterfront Commission* (1964)) –, direitos estes que dificilmente podem ser transpostos para as pessoas morais, verdadeiras ficções jurídicas”¹⁷.

Esta argumentação tem sido afirmada pela jurisprudência norte-americana e encontra-se também na decisão do Tribunal Constitucional alemão, de 26.01.1997¹⁸, uma linha de pensamento similar, ao negar a aplicação do direito às pessoas coletivas por ter entendido que o direito se ancora na dignidade da pessoa humana e no direito geral de personalidade e que estes direitos devem pertencer em exclusivo às pessoas naturais¹⁹.

O argumento indicado está relacionado com a questão essencial dos fundamentos do direito. E, neste domínio, há efetivamente doutrina que invoca *fundamentos de natureza substantiva*, designadamente direitos fundamentais como o direito ao desenvolvimento da personalidade, o direito à reserva da intimidade da vida privada, o direito ao bom nome e reputação, o direito à integridade pessoal e também a própria dignidade da pessoa humana²⁰. Nem todos têm potencial de afirmação da prorrogativa, como a reserva da

¹⁶ Cf. Oliveira e Silva, 2018: 251-252, nota 541, que cita a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no caso *Hale v. Henkel*, a propósito deste argumento.

¹⁷ Oliveira e Silva, 2018: 251.

¹⁸ BVerfGE 95, 220 de 1997 – cf. Oliveira e Silva, 2018: 51, nota 71, e Basualto, 2015: 223.

¹⁹ Oliveira e Silva, 2018: 51, nota 71.

²⁰ Cf. Dias & Ramos, 2009: 15, e Oliveira e Silva, 2018: 155-198.

intimidade da vida privada e o direito ao bom nome e reputação. Contudo, já não se pode ser tão perentório quanto aos demais, entre outras razões, devido às novas técnicas de “leitura da mente”, propostas pelas neurociências²¹. Estes direitos que sobram, em particular o étimo fundamental em que se traduz a dignidade da pessoa humana, são inconciliáveis com a natureza jurídica das pessoas coletivas, não se verificando o requisito de compatibilidade exigido pelo artigo 12.º, n.º 2, da Constituição.

No entanto, o direito à não autoincriminação também se sustenta – e sustenta-se sobretudo – em *fundamentos processuais*. Veja-se, por exemplo, que o Tribunal Constitucional considera que o direito à não autoincriminação “encontra o seu fundamento jurídico-constitucional imediato nas garantias processuais de defesa do arguido, destinadas a assegurar um processo equitativo” e relacionando-o apenas “de forma mediata ou reflexa, com os direitos fundamentais de matriz mais substantiva”²².

Neste plano das garantias processuais, pese embora não haja consenso quanto ao concreto fundamento, designadamente se a estrutura acusatória do processo e o princípio do contraditório, se o direito ao processo equitativo, se o direito de defesa ou se a presunção de inocência, qualquer um, à partida, é compatível, pela sua natureza, com as pessoas coletivas.

Outro dos argumentos consiste na circunstância de, ao contrário das pessoas naturais, que têm uma existência independente do Estado, a pessoa jurídica ser uma criação do Estado que recebe poderes que vão apenas até onde a lei permite, resultando daqui o direito do Estado de investigar o exercício desses poderes²³. Trata-se da ideia das pessoas coletivas como “ficções ou criaturas do Estado” e, enquanto tal, sujeitas ao «direito reservado» dos poderes públicos de fiscalizar a sua atuação e evitar que «excedam os seus poderes»²⁴.

Este argumento suscita dois problemas. O primeiro, mais profundo e de alcance geral, traduz-se no facto dessa visão das pessoas coletivas não levar em conta que as mesmas dão corpo a uma manifestação da liberdade individual. Por conseguinte, pese embora não se vá tão longe quanto Tiago da Costa Andrade, no sentido de que “uma recusa do direito para a pessoa coletiva seria sempre uma recusa para quem a usa”²⁵, acompanha-se o autor quando

21 Cf. Oliveira e Silva, 2018: 803-820, e Bravo, 2018: 60.

22 Acórdãos do TC n.º 695/95, n.º 461/2011 e n.º 340/2013.

23 Basualto, 2015: 225.

24 Oliveira e Silva, 2018: 251.

25 Andrade, 2017: 206.

afirma que a personalidade jurídica coletiva “existe funcionalmente em nome do livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo”²⁶. Dito ainda de outra forma: a personalidade coletiva é diferente da pessoa singular que lhe dá vida, sob pena de uma insustentável desconsideração permanente da primeira e sobretudo porque há uma dimensão sensitiva primária nas pessoas singulares que não existe nas pessoas coletivas e cujo reflexo mediato naquelas é mais limitado do que quando estão em causa diretamente pessoas humanas; contudo, as pessoas coletivas não são uma criação arbitrária do Estado, que legitime uma total transparência e apropriação.

O segundo problema é de âmbito mais específico, diretamente relacionado com o direito à não autoincriminação, e é, no fundo, a repetição de uma ideia essencial já afirmada: a de que a prorrogativa em causa e a sua aplicação ou não às pessoas coletivas resolve-se, em primeira linha, através dos fundamentos do direito.

Por fim, alude-se ao fundamento do “cruel dilema” ou “trilema” em que se encontra o indivíduo que tem de decidir entre colaborar com a sua condenação, mentir ou incorrer em desobediência, dilema este que historicamente está subjacente ao direito à não autoincriminação e que não existe numa construção jurídica como é a pessoa coletiva²⁷. Este argumento também não é decisivo porque não afasta aqueles outros de natureza processual que acima se referiram.

Analizados os argumentos sobre o tema impõem-se duas conclusões finais. Em primeiro lugar, apesar de ser de aceitar, sem hesitação, que não há razões para afastar a prorrogativa em relação às pessoas coletivas, a posição negacionista não é propriamente um resquício de visões medievais ou anacrónicas, resistentes em reconhecer direitos e/ou garantias fundamentais, sendo sobretudo uma expressão da natureza não imediatamente humana – no sentido bio psíquico – das pessoas coletivas. Conforme afirmou Vânia Costa Ramos: “A protecção do direito penal criada em função da qualidade de ser humano do arguido faz menos sentido quando o arguido mais não é que uma entidade fictícia, uma pessoa jurídica”²⁸.

Em segundo lugar, é necessário reter duas ideias que mais à frente terão o seu préstimo: a primeira consiste no facto do conteúdo do direito, nas pessoas

26 *Idem*.

27 Este argumento relativo ao “cruel dilema” foi avançado pelo Supremo Tribunal Federal no caso *United States v. White* - 322 U.S. 694 (1944) – cf. Basualto, 2015: 225-226.

28 Ramos, 2007: 93.

coletivas, poder ser afetado, desde logo, pela circunstância de apenas poderem ser levados em consideração fundamentos de natureza processual; a segunda traduz-se no facto dos argumentos analisados, pese embora não serem suscetíveis de excluir a prorrogativa em relação às pessoas coletivas, poderem ter impacto no seu conteúdo, restringindo-o. Neste domínio tenha-se em particular conta a circunstância da deteção e comprovação das infrações depender, muitas vezes, de informação que apenas pode ser fornecida pelas próprias organizações.

2.2. Contexto de supervisão e regulação subjacente

A par dos argumentos analisados no ponto precedente, surge, por vezes, um argumento adicional contra a aplicação do direito às pessoas jurídicas que diz respeito ao domínio da supervisão e regulação económica, tendo subjacente o “amplo poder regulatório” que incide sobre as pessoas coletivas e a conclusão última de que a fiscalização e a supervisão efetivas supõem “a imposição às entidades reguladas de deveres de colaboração ativa (como entrega de documentos autoincriminatórios) e, nessa medida, importam a exclusão da garantia contra a autoincriminação”²⁹.

Este argumento não é exclusivo das pessoas coletivas, pois as pessoas singulares podem exercer atividades económicas em nome próprio. Razão pela qual se optou por analisar esta problemática da regulação e supervisão autonomamente.

Na base desta argumentação está uma linha de pensamento, que as seguintes palavras de Paulo Sousa Mendes exprimem com clareza: “[s]e partirmos do princípio de que as atividades económicas ligadas ao exercício do direito de 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 comprehende que o legislador possa exigir, da parte dos particulares que queiram desenvolver tais actividades, a máxima lealdade para com o Estado, especialmente quando estiverem defronte dos Reguladores, o que implicará que tenham um dever de colaborar com essas autoridades, nos termos legalmente impostos”³⁰.

Não há qualquer dúvida – existindo inclusive um consenso geral nesse sentido – de que esta ordem de considerações e outras conexas são suficientes

29 Oliveira e Silva, 2018: 251.

30 Mendes, 2010: 138.

para justificar restrições à *liberdade geral de ação* dos agentes económicos, impondo-lhes deveres de colaboração necessários para o exercício da supervisão e da regulação³¹.

Contudo, o exercício de poderes de supervisão e regulação não têm de desembocar sempre e em todos os casos no exercício dos poderes sancionatórios. Veja-se, por exemplo, que a AdC pode emitir recomendações – cf. artigo 62.º, do Novo Regime Jurídico da Concorrência (NRJC) – e não está sujeita ao princípio da legalidade, na vertente da promoção do processo contraordenação sempre que tenha conhecimento de factos suscetíveis de integrar, em abstrato, uma prática restritiva da concorrência – cf. artigos 7.º e 8.º, ambos do NRJC.

Mas, mais importante do que isso: o exercício de poderes sancionatórios pressupõe um ambiente próprio, regras específicas, pelo que aquilo que pode ser bastante para justificar as referidas restrições à liberdade geral de ação dos agentes económicos no exercício de poderes de supervisão e regulação pode não ser suficiente para o processo de contraordenação, porque há que entrar em consideração com as especificidades deste processo sancionatório e, nessa medida, com os fundamentos do direito à não autoincriminação.

Repare-se: até pode ser que, no final, se chegue à conclusão de que o universo próprio da supervisão e regulação económica justifica e legitima a desconsideração dessas regras específicas, mas é no final, depois de se ponderar o porquê de num processo sancionatório valer, em regra, o direito à não autoincriminação e com um determinado conteúdo. Só assim é possível compreender exatamente de que é que se está a abdicar ou renunciar e se isso é necessário, adequado e equilibrado em nome de outros interesses.

Nesta medida, comprehende-se de certa forma a proposta de conciliação apresentada por Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos sobre esta temática, no sentido de uma separação efetiva dos processos, o de supervisão face ao de contraordenação³². Este entendimento tem a virtude de mostrar uma consideração de base quanto ao facto de estarmos perante enquadramentos e contextos jurídicos diferentes. Contudo, conforme resulta das asserções expostas no parágrafo precedente, já não se concorda com a absoluta cisão entre os dois universos, reveladora de que as especificidades da supervisão e

³¹ Cf. neste sentido, Dias & Ramos, 2009: 42; e Brandão, 2017: 98 Especificamente sobre a liberdade geral de ação no contexto da entrega de documentos para fins fiscais por parte de pessoas singulares veja-se Andrade, 2014: 402-403, 415.

³² Dias & Ramos, 2009: 74-76.

regulação não são simplesmente ponderadas em nenhum momento da análise. Ou seja, o percurso metódico a empreender deve ser, na perspetiva que aqui se assume, o seguinte: em primeiro lugar, determinar os fundamentos do direito à não autoincriminação e, em função dos mesmos, o seu conteúdo; e, em segundo lugar, contrapor, se necessário, as especificidades da supervisão e da regulação.

E quais são essas especificidades? Aqui há que considerar o seguinte: no domínio da supervisão e regulação económicas há formas e espaços de intervenção diferentes. Há, desde logo, uma distinção entre *regulação do tipo setorial* e uma *regulação do tipo transversal*³³ e chega a ser mesmo questionável que a AdC, pese embora seja uma entidade de supervisão, se possa enquadrar no conceito da regulação económica, pelo menos, num sentido mais estrito, mas, em qualquer caso, não é comparável à missão dos reguladores setoriais.

Veja-se que a regulação económica setorial se caracteriza, entre o mais, por regulamentação abundante, dirigida a um universo de destinatários específicos que, em regra, têm de cumprir determinados requisitos para acederem ao exercício da atividade³⁴ e de uma forma que pode ser muito intensa. Isto significa que as conclusões que sobre esta matéria se podem alcançar no domínio das práticas restritivas da concorrência podem não ser exatamente as mesmas que se atingem na regulação económica setorial e vice-versa³⁵. E não se pense que a introdução deste tipo de diferenciações é artificial e só gera complexidade desnecessária e, nessa medida, desestruturante. Sem prejuízo de se poder chegar a um certo caos decorrente de discriminações/diferenciações cada vez mais finas (se bem que este cenário apresenta uma maior probabilidade de acontecer devido à falta de rigor e precisão nas diferenciações), até esse ponto ainda haverá certamente muitas distinções úteis que poderão ser empreendidas e que garantirão decisões mais justas, porque mais adequadas ao substrato real que é sujeito a julgamento.

No caso da atividade exercida pela AdC, a especificidade relevante a considerar é a preservação da *capacidade funcional* de que fala Nuno Brandão. Atentemos nas suas palavras: “De suma importância é ainda a necessidade de garantir a *capacidade funcional* da administração para levar a cabo eficientemente as suas funções de realização da justiça e de supervisão. Como é por todos reconhecido, exigir da administração que envidasse sozinha todos

33 Cf. Brandão, 2017: 97-99; e Moura e Silva, 2018: 290-297.

34 Cf. sobre as especificidades da regulação económica do setor financeiro, Bolina, 2012: 397-400.

35 Sandra Oliveira e Silva adverte para estas diferenciações – Oliveira e Silva, 2018: 840.

os esforços necessários ao cumprimento cabal dessas funções seria votá-las antecipadamente ao fracasso. É esta mesma racionalidade que contribui para dar sustentação material à conformidade constitucional da exigência legal de colaboração com a administração através da entrega de documentos tidos como necessários para o exercício de poderes de processamento contra-orde-nacional e/ou supervisão. A pretensão de fazer aqui prevalecer o princípio da proibição da auto-incriminação, acompanhada de uma exigência de recursos aos meios coactivos postos ao dispor das autoridades administrativas (v. g. buscas e apreensões) para ultrapassar uma recusa de colaboração fundada no privilégio contra a auto-inculpação, implicaria um risco sério de paralisação ou pelo menos de comprometimento de um exercício minimamente eficaz das funções de realização da justiça e da supervisão”³⁶.

Esta é a particularidade decorrente do fator de diferenciação consubstan-ciado no contexto de supervisão e regulação subjacente a esta tipologia de casos, aplicado à AdC.

2.3. O reconhecimento do direito em processos de contraordenação

O terceiro ponto diferenciador da tipologia de casos em análise consiste no reconhecimento do direito à autoincriminação e do direito ao silêncio no direito contraordenacional, em geral, e nos processos por práticas restritivas da concorrência, em particular. Neste plano, há um consenso generalizado, colhendo-se fortes argumentos de autoridade em sentido afirmativo.

Em primeiro lugar e mais uma vez, a jurisprudência da UE reconheceu estes direitos, nos termos já reproduzidos, em processos sancionatórios por infrações ao direito europeu da concorrência. É verdade que estes processos têm natureza administrativa, enquanto que a matriz do nosso processo de contraordenação o aproxima mais do direito processual penal, que foi eleito como diploma de aplicação subsidiária (cf. artigo 41.º, n.º 1, do Regime Geral das Contraordenações – RGCO – *ex vi* artigo 13.º, n.º 1, do NRJC). Contudo, um argumento de maioria de razão é suficiente para tornar extensiva a jurisprudência da União ao nosso direito das contraordenações, pois se a prorrogaativa é reconhecida em processos administrativos de natureza sancionatória então mais razões há para a aplicar em processos de natureza para-penal.

Em segundo lugar, a jurisprudência do TEDH também já solucionou a questão na parte relativa à aplicação de garantias fundamentais do processo

36 Brandão, 2016: 804-805.

criminal a processos contraordenacionais, num primeiro momento por via da definição, no acórdão *Engels*, dos critérios materiais que permitem identificar uma “acusação em matéria penal” para efeitos de aplicação do artigo 6.º, n.º 1, da Convenção, e que são: a classificação dada pelo direito nacional; a natureza da infração, de caráter geral e com um fim punitivo e preventivo, por contraposição a um fim compensatório; e a natureza e severidade da punição. Num segundo momento, o TEDH esclareceu que o segundo e terceiro critérios são alternativos – cf. acórdão *Lutz*. E, por fim, aplicou os referidos critérios às contraordenações (*Ordnungswidrigkeiten*) no acórdão *Öztürk*³⁷ e a práticas restritivas da concorrência no acórdão *Menarin*³⁸.

Em terceiro lugar, o nosso Tribunal Constitucional também já reconheceu expressamente, no citado acórdão n.º 461/2011, o direito à não autoincriminação em processos de contraordenação por práticas restritivas da concorrência (que era o caso), tendo afirmado, em termos gerais, que o “*direito à não auto-incriminação, nomeadamente na vertente de direito ao silêncio, tendo o seu campo de eleição no âmbito do direito criminal, estende-se a qualquer processo sancionatório de direito público*”.

Não há razões para divergir deste consenso, pois, tal com sustenta Cristina Líbano Monteiro, “seja como for que se entenda a diferença entre direito penal e direito de mera ordenação social, o certo é que, na materialidade das coisas, ambos pertencem a uma unidade mais ampla a que pode chamar-se direito sancionatório ou punitivo”³⁹. E pertencem a uma mesma unidade, porque visam um propósito idêntico que é, conforme refere a mesma autora, “procurar garantir, através de normas de comportamento, de normas de determinação, a salvaguarda – ao menos prospectiva – dos bens jurídicos necessários a um sofrível viver comunitário”⁴⁰. Este propósito comum é razão suficiente para se assumir, à partida, que partilham as mesmas garantias. Por conseguinte, a aplicação das garantias criminais ao ilícito de mera ordenação social não requer uma justificação positiva, o seu afastamento é que exige uma justificação, ou seja, não é um *porquê sim*, mas um *porquê não* e, quanto ao direito à não autoincriminação, não há um *porquê não*. Por conseguinte, o reconhecimento do direito no domínio dos processos de contraordenação por

37 Cf. Ramos, 2010: 189-190.

38 Acórdão de 27 de setembro de 2011.

39 Monteiro, 2018: 97-98.

40 Monteiro, 2018: 98.

práticas restritivas da concorrência surge por via da aplicação do artigo 61.º, n.º 1, alínea d), do CPP, *ex vi - ex vi*.

Contudo, algumas considerações já tecidas permitem antever que não obstante a aceitação de que o direito se aplica aos processos de contraordenação, não será nos mesmos e exatos termos que se verifica no processo criminal. Uma intuição neste sentido colhe-se da génese do direito ou do já referido contexto clássico de afirmação, pois, tal como salienta Manuel da Costa Andrade, “foi o processo penal que ofereceu o terreno originário de emergência e decantação ao *nemo tenetur*. Cuja trajectória, ao longo da qual se foi afirmando e conformando, persistiu sempre indissociavelmente associada ao processo penal”⁴¹. Por conseguinte, “nada à partida parece impor que ele tenha de valer aí [no ilícito de mera ordenação social] exactamente nos mesmos termos e com a mesma extensão com que continua a fazer curso no processo penal”.

Outra intuição retira-se da constatação de que a natureza do processo, em função dos seus fins e consequências e na necessária interconexão com as normas substantivas que por via do mesmo se realizam, interfere com o conteúdo do direito. É uma evidência disso reside na circunstância de ser hoje consensual na doutrina que o *nemo tenetur* não se aplica a outros procedimentos que não de tipo sancionatório⁴². As soluções positivadas dão sustento a esta posição, pois, por exemplo, no processo civil as partes estão obrigadas a deveres de declaração e verdade – cf. artigos 452.º e 459.º, ambos do Código de Processo Civil (CPC)⁴³. Contudo, quanto a estes processos as diferenças são radicais, entre a afirmação e a negação da prorrogaativa. No que respeita ao processo de contraordenação trata-se de uma questão de grau ou de extensão do direito, entre o mais e o menos.

A existência de diferenças na extensão das garantias processuais criminais no domínio no ilícito de mera ordenação social tem sido recorrentemente afirmada pelo TC, quer em geral, quer em relação especificamente ao direito à não autoincriminação. No acórdão n.º 461/2011, o TC reiterou este entendimento, sustentando que o conteúdo do direito à não autoincriminação é “diferenciado, consoante o domínio do direito punitivo em que se situe a sua aplicação” e que “no âmbito contra-ordenacional – dada a diferente natureza do ilícito de mera ordenação e a sua menor ressonância ética, comparativamente com

41 Andrade, 2014: 387.

42 Cf. Oliveira e Silva, 2018: 199.

43 Cf. Oliveira e Silva, 2018: 200.

o ilícito criminal – o peso do regime garantístico é menor”. Foram apresentados dois critérios para justificar essa diferença. Em primeiro lugar, o critério mais tradicional (por ser mais recorrente na jurisprudência do TC) do desvalor ético-social do facto. Em segundo lugar, apresentaram-se critérios quantitativos, relacionados com a gravidade da infração, com a culpa e com as sanções, rematando-se com a seguinte asserção: a opção legislativa pelo ilícito de mera ordenação social “*determinando uma menor potencialidade lesiva da reacção estadual à infracção, legitima uma compreensão do estatuto garantístico da defesa menos exigente do que aquele que caracteriza o domínio criminal*”.

É este último critério aquele se considera mais relevante, na linha da tese sustentada por Nuno Brandão e em sintonia com o pensamento de Cid Moliné⁴⁴. A ideia base é a seguinte: no direito penal, por via da aplicação de penas privativas da liberdade, pode estar em jogo a vida de uma pessoa ou a “afetação radical dos planos de vida do indivíduo”⁴⁵, pelo que a condenação de um inocente tem custos individuais e sociais (estes em termos de insecuridade) muito elevados e, nessa medida, é necessário “reduzir ao mínimo a possibilidade de que o inocente seja punido”⁴⁶. O recurso às garantias postuladas pelo pensamento iluminista-liberal destina-se a cumprir este objetivo⁴⁷. Já no direito das contraordenações não se joga a vida das pessoas, porque é “constitucional e legalmente concebido como um ordenamento sancionatório não privativo de liberdade”⁴⁸. Daí que seja mais aceitável uma diminuição dessas garantias.

É claro que no caso das pessoas coletivas esta abordagem requer considerações adicionais, pois não está no seu horizonte a aplicação de sanções privativas de liberdade e a coima não é muito diferente – nem em termos práticos, nem quanto à substância jurídica – da pena de multa. Contudo, considera-se que, ainda assim, existem, ao nível das consequências, diferenças importantes. Em primeiro lugar, a reforma do Código Penal de 2007, por via da Lei n.º 59/2007, de 04.09, introduziu algumas diferenças essenciais quanto às sanções, ao prever a pena de dissolução como pena principal para as pessoas coletivas – cf. artigo 90.º-A, n.º 1 e artigo 90.º-F, ambos do Código Penal – e ao consagrar a vigilância judiciária como uma

44 Cf. Moliné, 1996: 131-172.

45 Brandão, 2016: 878; e Moliné, 1996: 144.

46 Brandão, 2016: 878.

47 *Idem*.

48 Brandão, 2016: 941-942.

pena de substituição das penas de multa não superiores a 600 dias (cf. artigo 90.º-E, do Código Penal). Em segundo lugar, há que levar em conta também “o forte simbolismo que ainda caracteriza a punição penal e o muito maior estigma social de um processo penal”⁴⁹, que, note-se, também é importante para as pessoas coletivas, para quem, muitas vezes, a reputação e a imagem são valores com expressão económico-financeira elevada. Em terceiro lugar, poder-se-á ainda sustentar, com Nuno Brandão, que “as sanções aplicáveis às pessoas coletivas enquanto sanções não privativas da liberdade por factos penalmente relevantes não reclamariam por si só uma aplicação dos princípios e garantias da constituição penal que para esses mesmos factos são exigíveis quando esteja em causa uma responsabilidade individual suscetível de conduzir a uma privação da liberdade”⁵⁰.

É certo que as coimas podem ascender a muitos milhões. Mas serão sempre muitos milhões para empresas que ganham muito mais, ou seja, estaremos sempre a tratar de valores relativos e que nunca poderão ultrapassar uma medida aferida em função da capacidade de produção de rendimento de uma empresa e que se destina a impedir justamente que a sanção tenha efeitos contraproducentes, conduzindo à eliminação de um concorrente.

3. O CONTEÚDO DO DIREITO

3.1. O conteúdo do direito à luz da jurisprudência da União Europeia

Analisemos, agora, o conteúdo do direito, que é, sem dúvida, a matéria mais problemática, desde logo, em geral, ou seja, mesmo no paradigma clássico com as duas notas características já referidas – pessoa singular e processo criminal. No processo de contraordenação por práticas restritivas da concorrência acresce a particularidade da própria lei prever um dever de colaboração do visado, por via da entrega de documentos e elementos de informação que a AdC entenda convenientes ou necessários para o esclarecimento dos factos e sob pena de incorrer na prática de uma contraordenação – cf. artigos 18.º, n.º 1, alínea a), 15.º e 68.º, n.º 1, alínea h), todos do NRJC. Por conseguinte, a discussão acerca do conteúdo do direito passa pela sua articulação com este dever e pela recíproca delimitação dos respetivos âmbitos de aplicação.

⁴⁹ Brandão, 2007: 87.

⁵⁰ Brandão, 2016: 861.

Sobre esta questão, a resposta dada pela jurisprudência da UE, na decisão pioneira do caso *Orkem* partiu do reconhecimento, por um lado, de uma obrigação de colaboração ativa com a Comissão, necessária para salvaguardar o efeito útil do poder de investigação que lhe é conferido, prevista em normas de direito europeu⁵¹ similares àquelas que estão em discussão nos autos, e, por outro lado, *do respeito dos direitos de defesa, que o Tribunal considerou como um princípio fundamental da ordem jurídica comunitária* (§ 32).

A resolução do conflito não passou pela anulação de nenhum destes vetores. Assim, se de uma banda, o TJ aceitou que as informações prestadas pelos sujeitos visados e os documentos entregues pudessem servir, em relação aos mesmos, para comprovar um comportamento anticoncorrencial, de outra banda, afirmou que isso não podia prejudicar os direitos de defesa (§ 34). A conciliação prática assumiu a fórmula já reproduzida no sentido de que *a Comissão não pode impor à empresa a obrigação de fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infracção cuja prova cabe à Comissão* (§ 35).

Esta fórmula foi transcrita no considerando 23 do Regulamento (CE) n.º 1/2003, tem sido reafirmada pela jurisprudência da União Europeia e teve alguns desenvolvimentos. Assim, no acórdão *Mannesmannröhren-Werke*, de 19.01.2001, o TPI esclareceu que *o reconhecimento do direito de guardar silêncio absoluto, invocado pela recorrente, iria além do que é necessário para preservar os direitos da defesa das empresas e constituiria um entrave injustificado ao cumprimento, pela Comissão, da missão de velar pelo respeito das regras de concorrência no mercado comum, que lhe é devolvido pelo artigo 89.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 85.º CE)* – cf. § 66.

Quanto à concretização prática da fórmula, o TPI afastou a violação do direito em relação a determinados pedidos efetuados pela Comissão sobre tudo com o argumento de que os mesmos continham *unicamente pedidos relativos a dados factuais e de comunicação de documentos preexistentes* (§ 70). Em contrapartida, concluiu que três questões violavam os direitos de defesa porque não se referiam apenas a informações factuais, na medida em que a Comissão convidava a recorrente a descrever, em especial, o «objeto» das reuniões em que supostamente participou e as «decisões tomadas» durante essas reuniões suspeitas (§ 71). Esta linguagem alusiva a “informações

⁵¹ Artigo 11.º do Regulamento n.º 17, do Conselho de 6 de fevereiro de 1962 (foi o primeiro diploma de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado, que correspondem aos atuais artigos 101.º e 102.º, do TFUE), que corresponde ao atual artigo 18.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, do Conselho de 16 de dezembro de 2002.

factuais” “pode ser perniciosa”⁵², conforme qualifica Catarina Anastácio, pois é equívoca, na medida em que parece sugerir que a distinção é entre factos e não-factos. O que não é exato, pois *admitir a existéncia da infracção* implica afirmações sobre factos. A diferença está no tipo de factos, designadamente se são ou não suscetíveis de consubstanciar uma confissão.

No que respeita à entrega de documentos, a referida decisão faz referência a *documentos e peças preeexistentes* (cf. § 70, 77 e 78), que, conforme salienta Helena Gaspar Martinho, não constava no acórdão *Orkem*⁵³. A preexistência significa que tem se de tratar de um documento independente ou não gerado pelo pedido de elementos, nisso se distinguindo das informações.

No acórdão de 15.10.2002, no caso *Limburgse Vinyl Maatschappij e o. c. Comissão*, o TJ não se socorreu tanto da linguagem alusiva a “informações factuais”, esclarecendo que o acórdão *Orkem* reconheceu o direito de uma empresa a não ser coagida pela Comissão a confessar a sua participação numa infração e que a proteção deste direito implica, em caso de contestação sobre o alcance de uma pergunta, que se verifique se uma dada resposta do destinatário equivale efetivamente à confissão de uma infração, de modo a haver ofensa do direito de defesa (§ 273).

Por sua vez, no acórdão de 09.04.2004, no caso *SGL Carbon e o. c. Comissão*, o TPI considerou que violavam o direito de defesa da recorrente pedidos destinados a obter documentos, sobretudo relacionados com reuniões suspeitas, que eram suscetíveis de levá-la a confessar a sua participação numa infração às regras comunitárias da concorrência (§ 407 e 408). Contudo, este entendimento foi rejeitado pelo Tribunal de Justiça, por decisão de 29.06.2006, no recurso da decisão do TPI, tendo afirmado que: *o dever de cooperação não permite que a empresa se furte aos pedidos de apresentação de documentos, invocando que, se lhes anuísse, se veria coagida a testemunhar contra si própria* (§ 48); *o entendimento do TPI é contrário ao alcance das normas aplicáveis e enfraquece o princípio da cooperação a cujo respeito estão obrigadas as empresas objeto de um inquérito da Comissão* (§ 47); e *não são violados os direitos de defesa, porque a empresa visada 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* (§ 49).

52 Anastácio, 2010: 219.

53 Martinho, 2010: 155.

Desta jurisprudência retiram-se dois postulados essenciais: um negativo, no sentido de que o direito à não autoincriminação nunca inclui a entrega de documentos (preeexistentes), qualquer que seja o seu conteúdo; e um positivo, que se traduz na limitação do direito à faculdade de recusar a resposta a pedidos de informação que possam conduzir à confissão de uma infração.

É este o conteúdo do direito para a jurisprudência da UE, que tem merecido a adesão da jurisprudência nacional, conforme já referido, e de alguma doutrina nacional, nomeadamente Paulo de Sousa Mendes⁵⁴, Catarina Anastácio (ainda que com dúvidas em relação aos documentos preeistentes)⁵⁵ e Helena Bolina (que, no essencial, transpõe esses postulados para o setor da regulação dos valores mobiliários)⁵⁶. Contudo, também tem sido alvo de forte contestação, sobretudo por Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos⁵⁷.

3.2. Análise do alcance restritivo da jurisprudência da União Europeia:

Não há qualquer dúvida de que o resultado alcançado é estreito, na medida em que restringe o direito à não autoincriminação em duas vertentes: em relação ao *objeto*, ao limitá-lo às declarações prestadas pelo visado; e, em relação ao *tema*, ao circunscrevê-lo, dentro das declarações do visado, àquelas que sejam suscetíveis de serem confessórias nos termos referidos.

Quanto à primeira limitação – relativa ao objeto – e no que respeita especificamente à entrega de documentos, o primeiro postulado é compatível com as teses que reduzem o direito à não autoincriminação ao direito ao silêncio e que consideram – tal como defende Costa Pinto – que este direito, “abrange apenas e só o direito a não responder ou prestar declarações sobre os factos que lhe são imputados e não abrange o direito de recusar a entrega de elementos que estejam em seu poder”⁵⁸.

Na mesma linha, tal postulado é compatível com sistemas jurídicos, como o norte-americano, que tradicionalmente veem no *privilege against self-incrimination* uma proibição de coação para a pessoa ser testemunha contra si mesma (“*to engage in testimonial self-incrimination activity*”), mas não quaisquer outras formas de colaboração forçada com as autoridades de perseguição

54 Mendes, 2010: 136-139.

55 Anastácio, 2010: 215-230.

56 Bolina, 2012: 420-422.

57 Dias & Ramos, 2009: 79-80.

58 Pinto, 2009: 95.

criminal⁵⁹. Contudo, mesmo neste firmamento jurídico, não é admitida toda e qualquer coação relativa à entrega de documentos.

Assim, o *privilege against self-incrimination* não conhece restrições em relação aos livros e documentos que o sujeito é obrigado a conservar e exhibir às autoridades públicas por exercer uma atividade regulada pelo Estado – é a chamada “*required records doctrine*” fixada pelo Supremo Tribunal Federal na decisão *Shapiro v United States* (1948)⁶⁰. Quanto aos demais documentos, a regra também é a possibilidade do visado ser coagido a entregá-los, sendo a intimação do arguido para a entrega de documentos (*subpoena for production of evidence*) uma alternativa à recolha de prova documental⁶¹. Contudo, esta regra conhece uma limitação muito importante dada pela chamada “teoria do ato-de-entrega” (“*act-of-production doctrine*”).

De acordo com esta teoria, o próprio ato de entrega de um documento pode conter atos comunicacionais alheios ao conteúdo do documento, como a admissão tácita de que o documento existe, está na posse de quem o entrega e sob o seu controlo. Para proteger estes segmentos comunicacionais do ato, de natureza autoincriminatória, esta teoria permite a invocação do *privilege against self-incrimination*, como forma do sujeito se recusar a entregar o documento, mas desde que o ato de entrega acrescente “alguma informação relevante às que já estão na esfera de cognição das autoridades”⁶². Ou seja, se as autoridades já tiverem como “dado adquirido” ou como “conclusão preestabelecida” a existência do documento e a sua localização, o ato de entrega não terá o referido valor comunicacional e o privilégio não pode ser invocado. É a chamada “*foregone conclusion*” e para que esta premissa esteja verificada, a jurisprudência exige que os documentos possam ser identificados com “razoável especificidade” (*reasonable particularity*) na intimação dirigida ao suspeito ou arguido, pelo que não são admitidas as chamadas “*fishing expeditions*”⁶³.

Estas teses não são desconhecidas de outras latitudes e entre nós. Assim, a jurisprudência alemã aproxima-se da “*required records doctrine*” em relação às chamadas infrações intrassistemáticas⁶⁴ e, em Espanha, o Tribunal Constitucional tem negado a natureza de «declarações autoincriminatórias coercivas»

59 Oliveira e Silva, 2018: 274.

60 Oliveira e Silva, 2018: 288-289.

61 Oliveira e Silva, 2018: 291.

62 Oliveira e Silva, 2018: 292.

63 Oliveira e Silva, 2018: 292-294.

64 Oliveira e Silva, 2018: 835.

aos documentos contabilísticos que o contribuinte é obrigado a manter e entregar à administração tributária⁶⁵.

A nível nacional, no que respeita aos documentos legalmente obrigatórios (tacógrafo, escrituração comercial, contabilidade, atas, etc) há vozes, na doutrina, em sentido afirmativo. É o caso de Vânia Costa Ramos, que já defendeu que o direito à não autoincriminação pode ser restringido ao ponto de excluir estes documentos, desde que o pedido seja dirigido à pessoa singular ou coletiva que, atuando num papel específico, seja obrigada a dispor dos mesmos. Sustentou a autora que esta é uma visão moderna do direito penal, adaptada ao Estado Regulador, por contraposição àquela outra que se pode designar como clássica, construída em função do arguido como indivíduo, “cidadão no exercício de direitos básicos inerentes à sua qualidade de pessoa”⁶⁶.

Também Costa Pinto, em coerência com a sua posição quanto ao conteúdo do direito, considera que os documentos sujeitos a um dever legal de conservadaria pelas entidades sujeitas à supervisão da CMVM são “conservados por imposição legal para, entre outras funções, permitirem uma reconstituição fidedigna das operações, para todos os efeitos incluindo infracionais”⁶⁷.

Helena Bolina defende igualmente, em nome da necessidade de uma supervisão efetiva, que “não pode estar vedada a utilização como meio de prova da documentação que o regulador legitimamente recebe e que é dever das entidades supervisionadas conservar e entregar (em alguns casos, até ..., ao abrigo de deveres de comunicação regulares expressamente previstos no código) e que constitui, em muitos casos, o principal meio de prova da infração”⁶⁸.

Por fim, Sandra Oliveira e Silva, coerentemente com o seu entendimento acerca do conteúdo do direito, também conclui pela admissão do uso de coação em relação aos documentos legalmente obrigatórios. Assim, esta autora sustenta que “todas as formas de revelação do pensamento humano merecem idêntica proteção sob o ponto de vista do *nemo tenetur*, quer se traduzam num ato típico de colaboração *verbal* (como as declarações orais ou escritas), quer assumam simplesmente a forma de atos *não-verbais* (como a pintura, o desenho, a escultura, a dança, a mímica ou simplesmente, a entrega de objetos)”⁶⁹.

65 Oliveira e Silva, 2018: 836, nota 1911.

66 Ramos, 2007: 88-89.

67 Pinto, 2009: 109-110.

68 Bolina, 2012: 419.

69 Oliveira e Silva, 2018: 826-827.

No caso dos documentos legalmente obrigatórios, o ato de entrega não colide como *nemo tenetur*, por causa da sua obrigatoriedade, “tudo se passando como se as autoridades efetivamente estivessem certas de que o supervisionado tem em seu poder os elementos que, por lei, é obrigado a conservar”⁷⁰.

Para além destes posicionamentos específicos sobre documentos legalmente obrigatórios, há também entendimentos favoráveis à tese da não colisão com o *nemo tenetur*, por defenderem genericamente que podem ser utilizados como meios de prova, em processos sancionatórios, informações e documentos obtidos pelas entidades de supervisão, ao abrigo destes poderes de supervisão e de deveres de colaboração legalmente impostos ao sujeito visado, sem limitarem expressamente estes deveres aos documentos legalmente obrigatórios.

Assim, na jurisprudência, salienta-se, neste sentido, os seguintes acórdãos: acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 06.04.2011, processo n.º 1.724/09.27FLSB -3 (no domínio da supervisão do mercado de valores mobiliários); acórdão do Tribunal da Relação de Évora 11.07.2013, processo n.º 35/12.0YQSTR.E1 (no domínio da supervisão bancária); e o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26.05.2015, no processo n.º 206/14.5YUSTR.L1-5 (no domínio da supervisão no setor da comunicação social). Ao nível da jurisprudência constitucional, impõe-se fazer referência ao acórdão do TC n.º 340/2013, que considerou não constitucional a utilização em processo penal da documentação e informação que o contribuinte tenha sido obrigado a entregar à administração fiscal no cumprimento do seu dever de colaboração nas tarefas de apuramento e correção da sua situação tributária e que foi reafirmada no acórdão mais recente n.º 360/2016, a propósito da utilização, como meios de prova em processo sancionatório, de elementos entregues à CMVM no exercício de poderes de supervisão.

No plano da doutrina, é conhecida a posição de Costa Pinto, que admite a utilização de todos os pedidos de documentos que os supervisionados sejam obrigados a entregar em virtude de deveres e colaboração previstos na lei, em coerência com o seu entendimento sobre o conteúdo do *nemo tenetur*, já referido⁷¹. No mesmo sentido parecer ser a posição de Figueiredo Dias e Costa Andrade, assumida no âmbito de documentos recolhidos pela CMVM no exercício dos seus poderes de supervisão e depois utilizados num processo de contraordenação, que, por maioria de razão, será extensiva aos documentos

70 Oliveira e Silva, 2018: 846.

71 Pinto, 2009.

legalmente obrigatórios⁷². É certo que, mais recentemente, Costa Andrade censurou, de forma contundente, o citado acórdão do TC n.º 340/2013. Contudo, o autor faz uma ressalva expressa no sentido de que as implicações do problema no domínio do direito de contraordenação não fizeram parte do seu horizonte de análise.

No que respeita à teoria do ato de entrega, há também referências na nossa doutrina a propósito da mesma, designadamente a posição assumida por Sandra Oliveira e Silva, de alcance mais restritivo do que aquele que resulta da “*act-of-production doctrine*”, na medida em que defende que a componente declarativa do ato-de-entrega tem de estar totalmente ausente, não bastando que seja pouco relevante ou mímina⁷³.

Fora destes posicionamentos, sustenta que o direito à não autoincriminação inclui, em geral, a entrega de documentos, como um corolário do conteúdo que lhe é atribuído: (i) quem entenda que o direito abrange no seu âmbito de validade material todas as formas de cooperação involuntária (com violência, coação ou engano) do suspeito com natureza incriminatória, como Augusto Silva Dias e, mais recentemente, Vânia Costa Ramos⁷⁴; (ii) e quem adote o critério mais utilizado pela doutrina alemã, que vê o *nemo tenetur* como liberdade de colaboração *ativa* na própria incriminação⁷⁵.

No que respeita à restrição relativa ao tema – o segundo postulado da jurisprudência da UE – parece ser uma originalidade. Aqui já não se trata apenas de limitar o *nemo tenetur* ao direito ao silêncio, mas de definir uma fronteira temática dentro do silêncio. Segundo Paulo de Sousa Mendes e Catarina Anastácio, o espaço de proteção do *nemo tenetur*, definido por essa fronteira, incluirá apenas “*aquelas declarações que, por si só, isoladamente (isto é, independentemente de outras provas) e sem valorações (ou seja, sem margem para interpretações sobre o seu significado) sejam equivalentes à admissão da participação na infracção e como tal sejam suficientes para a prova da infração*”⁷⁶.

Expostas, em traços gerais, algumas das posições assumidas sobre o conteúdo do direito, avançaremos, agora, com o nosso entendimento sobre a questão.

72 Dias & Costa Andrade, 2009: 17-61.

73 Oliveira e Silva, 2018: 825 ss., em particular pp. 828-830.

74 Cf. Dias & Ramos, 2009: 22 ss..

75 Cf. sobre a doutrina alemã, Oliveira e Silva, 2018: 824. E Andrade, 2014: 408.

76 Anastácio, 2010: 224; e Mendes, 2012: 312.

O conteúdo do direito à não autoincriminação depende do seu fundamento, ou seja, do interesse de vida, sentido, função e utilidade que lhe está subjacente. Já se referiu que há fundamentos substantivos e processuais. Contudo, os primeiros, em particular aqueles que seriam suscetíveis de justificar a prorrogaativa – como o livre desenvolvimento da personalidade, a integridade moral e, em última instância, a própria dignidade da pessoa humana – pressupõem uma humanidade que não está presente nas pessoas coletivas, pelo que a análise se irá restringir aos fundamentos processuais.

A primeira ideia que surge consiste em evitar que a pessoa seja condenada com base na sua colaboração forçada. E este resultado impressiona porque aparentemente seria transformar a pessoa de sujeito do processo em objeto, contra o próprio princípio do Estado de direito, a estrutura acusatória do processo e o princípio do contraditório.

Contudo, tem-se alguma dificuldade em aceitar este argumento (sobretudo em relação às pessoas coletivas), porque a colaboração forçada do suspeito ou arguido não interfere com a estrutura acusatória do processo, em sentido estrito, uma vez que a sua característica essencial consiste na separação entre a entidade que acusa e a entidade que julga⁷⁷. É verdade que esta separação não existe na fase administrativa do processo de contraordenação, mas não é por causa do direito à não autoincriminação. Acresce que os interesses que impulsionam esta garantia fundamental são alcançados por via do recurso judicial de plena jurisdição.

Uma visão mais ampla da estrutura acusatória do processo conduzirá a ver nesta garantia fundamental o próprio princípio do contraditório (cf. artigo 32.º, n.º 5, da Constituição) e, consequentemente, a garantia essencial do arguido como sujeito, com o poder de interferir no processo dialético que conduz à decisão final e de livremente conformar essa sua “*participação constitutiva* (...) na declaração do direito do caso”⁷⁸. Contudo, o princípio do contraditório atua pela positiva, não pela negativa, pois, tal como já sintetizou o TC, em diversos acórdãos, tal princípio consiste “*em que nenhuma prova deve ser aceite na audiência, nem nenhuma decisão (mesmo interlocutória) deve ser tomada pelo juiz, sem que previamente tenha sido dada ampla e efectiva possibilidade ao sujeito processual contra o qual é dirigida de a discutir, de a contestar e de*

77 Oliveira e Silva, 2018: 201.

78 Figueiredo Dias, *apud* Oliveira e Silva, 2018: 204.

*a valorar*⁷⁹. A colaboração forçada do arguido como meio de prova não lhe retira estes direitos.

Numa elaboração diferente, poder-se-á contra-argumentar, com Böse, no sentido de que “o arguido impedido de se *calar* não poderia distanciar-se do conteúdo do seu depoimento e, nessa medida, ficaria parcialmente expropriado da sua liberdade de conformar a sua estratégia processual e *co-determinar a decisão final*”. Aceita-se que o direito à não autoincriminação tem subjacente uma ideia de defesa estratégica, sendo, na verdade, esta, na perspetiva que aqui se assume, o fundamento último do direito, mas num sentido ligeiramente diferente. Tal como resultará melhor da explicitação *infra* desenvolvida, a liberdade declaração negativa, protegida pelo direito à não autoincriminação, é necessária, em si mesma, para garantir a dimensão estratégica da defesa e não como apenas como instrumento para a realização dessa dimensão por via da liberdade de declaração positiva.

Assim, do ponto de vista estritamente processual crê-se não haver transformação da pessoa em objeto. Já de um ponto de vista pessoal, afeto à pessoa humana, a defesa do direito à não autoincriminação pelo direito à não autoincriminação, traduzida no resultado que, na linguagem dos aforismos, será “fazer a cama onde o hão-de deitar”⁸⁰ e que é salientado por Augusto Silva Dias, pode eventualmente ser equacionável, mas no plano da dignidade da pessoa humana, que, conforme já concluímos, não se aplica às pessoas coletivas. Veja-se que é neste plano que, por exemplo, Manuel da Costa Andrade a coloca quando se insurge contra a referida decisão do TC n.º 340/2013, afirmando, entre o mais, o seguinte: “Partindo da dignidade humana, o *nemo tenetur* define a fronteira inultrapassável do inexigível. Na certeza de que seria sempre “inexigível e incompatível com a dignidade humana, o recurso à coacção para obrigar (o arguido) a oferecer, com as suas próprias mãos, os pressupostos da sua condenação penal ou da aplicação das correspondentes sanções”⁸¹. Este é um dos pontos em que a natureza da pessoa coletiva tem impacto na definição do conteúdo do direito.

A segunda ideia que surge sobre o fundamento processual do direito à não autoincriminação reconduz-se à presunção de inocência. Em geral, é reconhecida a existência de uma conexão material entre a presunção de inocência e o direito à não autoincriminação, traduzida no seguinte: “«a presunção de

79 Acórdão do TC n.º 372/2000.

80 Silva Dias, 2018: 199.

81 Andrade, 2014: 422.

inocência complet[a] o *nemo tenetur*, libertando o acusado da pressão de ter de provar a sua inocência e criando as condições para uma defesa por meio do silêncio», ao mesmo tempo que «o princípio contra a autoincriminação evita que a posição assegurada ao arguido pela presunção de inocência (...) seja “inutilizada” pela previsão de um dever de declarar»⁸². Não obstante a existência deste nexo profundo entre as duas garantias, defende-se que a presunção de inocência não é o fundamento do direito à não autoincriminação, pois não se pode extrair de tal garantia “qual o meio ou meios permitidos para prova da culpa”⁸³.

Contudo, há quem rejeite esta visão tão estrita da presunção da inocência, como Sandra Oliveira e Silva, considerando que a mesma tem de ir para além da garantia de um critério de distribuição do ónus da prova, pois, se o seu âmbito fosse assim tão limitado, então seria redundante e inócuia por nada acrescentar às regras do ónus da prova⁸⁴. Neste sentido, defende-se que a presunção de inocência é um “princípio regulativo da relação entre o Estado e o cidadão”⁸⁵ e que dele deriva uma *proibição relativa de meios* a utilizar pela acusação, não sendo compatível com a utilização pelo Estado de meios de prova que obriguem o arguido a “vincular-se pessoalmente à tese da acusação” ou a “assumir-se como fonte epistémica de informações autoincriminatórias, vale dizer, como garante da veracidade das informações obtidas”⁸⁶. A finalizar sustenta-se que isto conduz à redução do direito à não autoincriminação aos meios de prova com pendor comunicativo, ou seja, declarações e “atos de colaboração não-verbal com significado ‘comunicativo’”⁸⁷.

Tem-se dificuldade em aceitar esta tese, desde logo, quanto ao pressuposto de que parte, designadamente de que a presunção de inocência seria redundante e inócuia enquanto critério de repartição do ónus da prova, pois a sua condição de garantia fundamental, com consagração constitucional, é suficiente para a justificar, ainda que naquele sentido mais estreito. Depois não se comprehende bem como é que se chega, no final, à limitação do direito à não autoincriminação aos meios de prova de natureza comunicativa. A discordância não está no resultado, que se aceita como válido, conforme se irá

⁸² Böse, *apud* Oliveira e Silva, 2018: 214-215.

⁸³ Ramos, 2007: 67.

⁸⁴ Oliveira e Silva, 2018: 221-222.

⁸⁵ Oliveira e Silva, 2018: 222.

⁸⁶ *Idem*.

⁸⁷ *Idem*.

explicitar melhor *infra*. A dificuldade está em compreender o encadeamento de sustentação.

Por fim, há um ponto que nos parece essencial e que consiste no seguinte: conforme sustentava Hegler (ainda que num contexto diferente, mas com aplicação geral) os *axiomas básicos do nosso direito devem ser constituídos por ideias racionais, por ideias finais*⁸⁸, ou seja, qualquer ramo do direito, qualquer instituto jurídico, qualquer categoria ou conceito têm de ser teleologicamente orientados, pois é o fim que lhes subjaz que os torna numa unidade de sentido. Por conseguinte, nunca se pode perder de vista o fim na determinação do fundamento de um dos elementos que concretizam e integram uma dessas unidades de sentido, até porque fazê-lo significa tornar o direito progressivamente irreconhecível e, nessa medida, mais vulnerável a restrições. Assim, se é de garantias processuais de processos de natureza sancionatória que estamos a tratar, então, temos de perceber qual é o propósito teleológico que as orienta.

O fim das garantias processuais é assegurar, evidentemente, as finalidades do processo sancionatório, que, no processo penal, se podem resumir às seguintes: realização da justiça e descoberta da verdade material; proteção dos direitos fundamentais das pessoas; e restabelecimento da paz jurídica⁸⁹. Estando em causa pessoas coletivas não se colocam, conforme já referido, os dilemas relativos aos direitos substantivos suscetíveis de ser implicados com a autoincriminação, como o livre desenvolvimento da personalidade, a integridade moral e a própria dignidade da pessoa humana. Por conseguinte, o tema tem um alcance marcadamente processual e relacionado com as finalidades da realização da justiça e descoberta da verdade material e bem assim do restabelecimento da paz jurídica. Fins estes que têm na sua base, como alicerce fundamental, a verdade, pois é o fator de adequação primeiro para tornar a decisão justa.

Como todos sabemos, a verdade “absoluta” ou “ontológica” não está ao nosso alcance⁹⁰, pois não vivemos num mundo mágico, nem num mundo de ficção científica. O nosso sistema de valoração da prova, dependente do fator humano, é um sistema falível. Nesta medida, a verdade que se pretende é, conforme refere Figueiredo Dias, uma verdade prático-jurídica⁹¹, ou seja, a verdade possível, alcançada mediante a introdução de filtros e mecanismos

88 *Apud* Salas, 2006: 95 e 96.

89 Figueiredo Dias, 1998-9: 29 e ss.

90 *Idem*, p. 131.

91 *Idem*, p. 140.

destinados a assegurar determinados níveis de fiabilidade e, consequentemente, de credibilidade e aceitabilidade do próprio sistema.

Um sistema de valoração da prova com estas características, ou seja, um sistema falível, gera e – mais importante do que isso – torna legítimo um pensamento e uma defesa estratégicos. Um inocente pode não estar disposto, legitimamente, a admitir um facto circunstancial com receio de que, na vanguarda de um sistema falível, isso venha a contribuir para a sua condenação. É evidente que um pensamento estratégico pode surgir também num sistema infalível. Contudo, enquanto que neste haverá, porventura, razões para o reprimir, porque não tem justificação, naquele deve ser aceite e protegido, enquanto contraponto da falibilidade própria do sistema. Mas deve ser aceite e protegido na exata medida em que a sua proteção se justificar para tornar o sistema mais robusto.

É, por isso, que se rejeita uma conceção maximalista do direito à não autoincriminação, entendido como forma de controlo estratégico do arguido sobre todos os meios de prova que dependem de si. Explicitando um pouco melhor esta ideia, rejeita-se a referida conceção maximalista, pelo menos, em relação às pessoas coletivas, que apenas consentem fundamentos processuais na base de sustentação do direito com influência no seu conteúdo, por duas razões essenciais.

Em primeiro lugar, o sistema não é, evidentemente, assim tão falível. A verdade que se pretende alcançar não está na disponibilidade dos sujeitos processuais intervenientes, por via das posições assumidas no processo, mas é uma verdade material, tendo o juiz um poder de investigação autónomo. A livre apreciação da prova (já) não é arbitrária, subjetiva ou oculta. A convicção firmada pela primeira entidade decisora pode ser revista por uma instância de controlo. Há meios de prova menos falíveis, alguns de valor científico e há, em termos gerais, uma maior racionalidade na aplicação do sistema, fruto também de uma maior percepção.

Em segundo lugar, mais importante ainda é que esse entendimento maximalista do direito à não autoincriminação teria efeitos contraproducentes, pois excluiria ou seria suscetível de excluir meios de prova particularmente robustos, alguns validados pelo método científico, em detrimento de outros mais falíveis, como a prova testemunhal. Em vez de diminuir a falibilidade do sistema, aumentá-la-ia, mediante o recurso a meios de prova menos robustos, mas não excluídos pelo *nemo tenetur* por não estarem em causa contributos probatórios do próprio arguido.

Este conjunto de fatores levam-nos a concluir, por um lado, que o direito à não autoincriminação se sustenta no próprio direito de defesa, enquanto “dimensão táctica do direito de defesa”⁹² – expressão utilizada por Costa Pinto – e nessa medida com respaldo constitucional nos artigos 32.º, n.º 1 (para o processo penal) e n.º 10 (para o processo contraordenacional), da Constituição. E, por outro lado, que a referida ideia de defesa estratégica deve estar presente apenas nas interações do arguido com o processo, suscetíveis de aumentar a sua robustez.

O que, relativamente aos contributos probatórios do próprio arguido, círcunscreve o conteúdo do direito aos meios de prova mais suscetíveis de interferir com a falibilidade do sistema e que são aqueles que são dominados ou são uma expressão da vontade. Isto inclui as declarações orais do arguido, declarações ou informações escritas e todas as formas de manifestação da vontade não-verbais, como a entrega de documentos suscetível de exprimir a vontade para além do mero conteúdo do documento (o que exclui sempre da prorrogativa a entrega de documentos legalmente obrigatórios, pelas mesmas razões apresentadas por Sandra Oliveira e Silva). Em relação a estes meios de prova deve-se reconhecer ao arguido o direito de os gerir livremente, sem coação, imediata ou mediata, como forma de forçar a robustez do sistema.

Por conseguinte, adota-se uma posição próxima da solução proposta por Sandra Oliveira e Silva, mas com base num conjunto de razões diferentes, pois a tese da autora funda-se na tutela da “*esfera mental-espiritual*” do indivíduo.

O resultado a que se chegou é distinto do da jurisprudência da UE, em dois pontos essenciais: por um lado, no que respeita à entrega de documentos, aceita-se, em geral, a teoria do ato de entrega que não respeite à entrega de documentos legalmente obrigatórios; por outro lado, não há restrições temáticas quanto aos meios de prova incluídos no conteúdo do direito. Contudo, isto é, pelo menos, assim para o processo penal e levando em conta apenas fundamentos de natureza processual. Para o processo contraordenacional no domínio das práticas restritivas da concorrência contra pessoas coletivas, há que entrar em linha de conta com as especificidades que advêm destes fatores e, em larga medida, já salientadas e que devem ser ponderadas no teste da proporcionalidade.

O percurso precedente – maçador, sem dúvida, mas crê-se que necessário – deve-se à seguinte razão: a jurisprudência da UE só será válida e de manter se passar o teste da proporcionalidade; e para empreender esta análise

92 Pinto, 2009: 99.

era necessário perceber exatamente o que é que tinha de ser justificado à luz desses parâmetros fundamentais, ou seja, em que medida é que o referido entendimento restringe o direito à não autoincriminação. A conclusão a que se chegou está exarada no parágrafo precedente. Passemos, então, para o referido teste.

3.3. Teste da proporcionalidade

Tendo presente a análise efetuada pelo Tribunal Constitucional, no acórdão n.º 461/2011, constata-se, em primeiro lugar, que do “*ponto de vista formal, a restrição em análise obedece aos pressupostos de previsão prévia em diploma de carácter geral e abstracto, no caso, emitido pela Assembleia da República: a Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho*”. Note-se que a restrição é uma consequência do dever de colaboração previsto nos artigos 18.º, n.º 1, alínea a), 15.º e 68.º, n.º 1, alínea h), todos do NRJC.

Em segundo lugar, a “*restrição é funcionalmente dirigida à salvaguarda da concorrência, como princípio constitucional estruturante do funcionamento dos mercados, cuja eficiência é cometida ao Estado, a título de incumbência económica prioritária*”.

Em terceiro lugar, a restrição é adequada, pois corresponde “*a meio idóneo à prossecução do objetivo de proteção do interesse constitucional em análise*”.

Em quarto lugar, quanto à necessidade, o primeiro fator a considerar é que a maior parte da prova nos casos relacionados com as pessoas coletivas é documental e produzida pela empresa⁹³. O que significa que o direito à não autoincriminação, neste domínio, tem custos mais elevados do que em relação às pessoas singulares⁹⁴, por impedir o acesso a essa informação. Este fator é particularmente relevante, no domínio dos processos de contraordenação por práticas restritivas da concorrência, porque, pese embora a AdC possa efetuar buscas e apreensões, aqui há que entrar em linha de conta com outro argumento, salientado pelo TC e que consiste no seguinte: a satisfação da necessidade de eficiência da investigação e repressão de práticas anticoncorrentiais “*não seria alcançável mediante instrumentos alternativos que, por serem excessivamente onerosos para a entidade reguladora – em meios e tempo, face à extensão das atividades e entidades reguladas – trariam como consequência margens de ineficácia excessivas, na proteção do interesse de defesa da concorrência*”.

93 Khanna, 2004: 46; Ramsay, 1992: 307.

94 Khanna, 2004: 46.

É a questão da *capacidade funcional* da entidade de supervisão, de que fala Nuno Brandão, já explicitada.

Quanto à proporcionalidade em sentido estrito ou justa medida, esclarece o TC que a “*restrição em análise mostra-se ainda proporcional, em sentido estrito, apresentando-se como equilibrada e correspondente à justa medida, sendo esta resultante da ponderação do peso relativo de cada um dos concretos bens jurídicos constitucionais em confronto, ou seja, do direito que é objeto da restrição e do bem que justifica a lei restritiva*”. Note-se que, pese embora esteja em causa um confronto entre uma tarefa fundamental do Estado e um direito fundamental⁹⁵, a afetação da concorrência pode ter efeitos sistémicos, em termos económicos, muito significativos e com um potencial de lesão de um universo muito alargado de consumidores.

Contudo, parece-nos que a justa medida é sobretudo assegurada devido às considerações tecidas a propósito das razões que justificam, em geral, uma compressão das garantias processuais no domínio do direito das contraordenações, ou seja, porque as sanções não são tão devastadoras, tão trágicas, pois essa dimensão trágica, que justifica a preservação das garantias do pensamento iluminista-liberal ao máximo, está sobretudo presente quando estão em causa pessoas singulares confrontadas com a possibilidade de privação de liberdade.

Por fim, quanto à preservação do núcleo essencial do direito, considerou o TC que “*os deveres de colaboração, plasmados na lei, deixam intocado o ... conteúdo útil essencial [do direito à não autoincriminação], funcionalmente operante, na vertente do direito a não prestar declarações sobre os factos imputados, atenta a sua virtualidade auto-incriminatória*”.

Recuperando que se disse sobre o fundamento e conteúdo do direito, considera-se que o núcleo essencial tem de consistir na preservação, em relação às manifestações da vontade do visado, de um espaço de defesa estratégico, ainda que significativamente reduzido e que seja suscetível de contribuir para uma maior robustez do sistema. Esse espaço continua a existir quando a pessoa coletiva não confessou os factos, nos termos referidos, pois, por um lado e tal como sustenta a jurisprudência europeia, “*nada impede o destinatário de demonstrar mais tarde no quadro do procedimento administrativo ou num processo perante o juiz comunitário, ao exercer os seus direitos da defesa, que os factos constantes das suas respostas ou os documentos transmitidos têm um significado diferente daquele que lhes deu a Comissão*” – cf. § 78. Por outro lado, dificilmente a

⁹⁵ Cf. Ramos, 2010: 191.

prova se poderá sustentar apenas em informações prestadas pelo visado, pois a fronteira temática protegida pelo direito à não autoincriminação impedirá esse resultado.

Claro que estas asserções poderão levantar dúvidas quanto à sustentabilidade da jurisprudência da UE no caso dos documentos, cujo valor comunicativo do ato de entrega seja equivalente a uma confissão. Note-se que não está aqui em causa o valor probatório dos documentos em si mesmos, mas aquilo que significa o ato de entrega pelo visado, ou seja, a apresentação de determinado documento pelo visado, face ao seu conteúdo e ao teor do pedido que lhe é dirigido, pode conduzir ou equivaler a uma confissão. Contudo, é uma questão que se deixará em aberto, pois aguarda-se por um caso concreto para melhor refletir sobre a mesma.

3.4. Confronto com a jurisprudência do TEDH

Ao contrário do que sucede no contexto constitucional nacional, a compatibilidade da jurisprudência da UE com a CEDH, de acordo com os entendimentos alcançados pelo TEDH, é mais problemática. Não é que o TEDH adote um conceito maximalista do direito à não autoincriminação, no sentido de incluir todo e qualquer contributo probatório do arguido. Na verdade, a posição deste Tribunal até é relativamente restritiva, pois, conforme afirmou no caso *Saunders v. Reino Unido*, proferida em 01.12.1996, num *obiter dictum* que ficou célebre, “[o] direito à não auto-incriminação concerne, em primeiro lugar, ao respeito pela vontade de um acusado em manter o silêncio. Tal como é interpretado na generalidade dos sistemas jurídicos das Partes contratantes da Convenção, o mesmo não abrange a utilização, em quaisquer procedimentos penais, de dados que possam ser obtidos do acusado recorrendo a poderes coercivos, contanto que tais dados existam independentemente da vontade do suspeito, tais como, inter alia, os documentos adquiridos com base em mandato, as recolhas de saliva, sangue e urina, bem como de tecidos corporais com vista a uma análise de ADN”⁹⁶.

À luz desta fórmula, não há qualquer dúvida que o TEDH reconhece a proteção do direito a silêncio, sem restrições temáticas.

Quanto à entrega de documentos, a aplicação do referido critério da dependência ou independência da vontade não é linear, pois, numa decisão anterior, de 25.02.1993, no caso *Funke*, o TEDH incluiu a entrega de documentos na proteção conferida pelo direito à não autoincriminação (reduzido à garantia de um processo equitativo, previsto no artigo 6.º, n.º 1,

96 Mendes, 2010: 133.

da Convenção), mas os fundamentos invocados estavam relacionados com o grau de certeza por parte das autoridades quanto à existência dos documentos, sendo exato, tal como sustenta Sandra Oliveira e Silva, que a censura do TEDH dirigiu-se sobretudo à “tentativa de utilizar as injunções de entrega para obter documentos que as autoridades alfandegárias ‘*supunham existir, mas de cuja existência não estavam certas*’ e que ‘não estavam na disposição ou não tinham condições de obter por outro meio”⁹⁷.

Mais tarde, no caso *J.B. c. Suíça*, cuja decisão data de 03.05.2001, o Tribunal parece acolher, conforme sustenta a mesma autora, uma posição similar à “*required records doctrine*”, ao distinguir entre a “entrega coativa de documentos relativos a investimentos e outras operações financeiras não declaradas (que podem nem sequer existir) da obrigação de apresentação de um tacógrafo no controlo de infrações rodoviárias (cuja instalação nos veículos pesados é legalmente obrigatória, tornando certa a sua existência”, esclarecendo que a primeira não envolve «elementos com uma existência independente da vontade da pessoa visada”⁹⁸. O que significa, à luz do critério definido no caso *Saunders*, que tais documentos estão compreendidos no âmbito de proteção do direito à não autoincriminação.

Em qualquer caso, não se pode afirmar que haja entre o entendimento adotado e a jurisprudência do TEDH uma colisão frontal, pois, conforme tem sido reiteradamente salientado, os casos analisados por este Tribunal envolviam pessoas singulares e, pelo menos, em alguns, sujeitas a procedimentos criminais, não sendo óbvio, tal como refere Wouter Wils, que o TEDH concederá a mesma proteção às pessoas jurídicas, em procedimentos relativos a práticas restritivas da concorrência e destinados à aplicação de sanções⁹⁹. É importante a seguinte precisão: não é que o TEDH não venha a reconhecer o direito às pessoas coletivas em processos desta natureza, mas possivelmente não o concederá com a mesma extensão.

Veja-se, por exemplo, que na decisão do caso *Jussila v. Finlândia*, o TEDH afirmou que “*há casos criminais que não apresentam um grau significativo de estigma*” e que “[e]xistem claramente ‘acusações criminais’ de peso diferente”, acrescentando que *a interpretação autónoma adotada pelas instituições da Convenção sobre a noção de “acusação criminal”, aplicando os critérios de Engel, sustentou um alargamento gradual da classificação criminal a casos que não pertencem,*

⁹⁷ Oliveira e Silva, 2018: 832.

⁹⁸ *Idem*.

⁹⁹ Wils, 2003: 13.

em sentido estrito, às categorias tradicionais do direito penal, por exemplo, penalidades administrativas (Öztürk,), processo disciplinar de prisão (Campbell e Fell v. Reino Unido, 28 de junho de 1984, Série A n.º 80), direito aduaneiro (Salabiaku v. França, 7 de outubro de 1988,. 141-A), lei de concorrência (Société Stenuit c. França, 27 de fevereiro de 1992, Série A n.º 232-A) e penalidades impostas por um tribunal competente em matéria financeira (Guisset c. França, nº 33933/96, ECHR 2000-IX). Mais acrescentou – a propósito do caso concreto – que as sobretaxas fiscais diferem do núcleo duro do direito penal e que, consequentemente, as garantias penais não se aplicarão necessariamente com todo o seu rigor¹⁰⁰.

Em face de todas as asserções precedentes, conclui-se que a jurisprudência da UE, em geral, é de manter, ficando apenas em aberto a questão relativa à entrega de documentos (com exclusão dos documentos legalmente obrigatórios), quando o valor comunicacional o ato de entrega seja igual a uma confissão.

4. CONCLUSÕES

O percurso precedente resume-se aos seguintes pontos essenciais:

- i. O direito à não autoincriminação tem a sua génesis num contexto caracterizado por duas notas e que corresponde ao paradigma clássico de preservação ao máximo das garantias do pensamento iluminista-liberal. Essas duas notas são: um processo criminal; contra pessoas singulares.
- ii. A tipologia de casos em análise (processos de contraordenação por práticas restritivas da concorrência contra pessoas coletivas) apresenta alguns elementos diferenciadores face a esse paradigma clássico, especificamente os seguintes: a aplicação do direito a uma pessoa coletiva; o contexto de regulação e supervisão subjacente; e o reconhecimento do direito num processo de contraordenação.
- iii. Estes elementos não justificam o afastamento do direito, mas comportam especificidades. Assim, o envolvimento de pessoas coletivas significa, por um lado, que o conteúdo do direito, a determinar em função do seu fundamento, não se pode sustentar em fundamentos de natureza substancial, mas apenas em fundamentos de natureza processual e, por outro lado, que a deteção e comprovação das infrações depende, muitas vezes, de informação que somente pode ser fornecida pelas próprias

100 Cf. Martinho, 2010: 169-170.

organizações. O contexto de supervisão e regulação chama à colação, no caso da AdC, a *capacidade funcional* desta entidade para a deteção das infrações. Por sua vez, o processo de contraordenação, por via das sanções que implica, é compatível com uma diminuição das garantias de defesa.

- iv. A jurisprudência da União Europeia sobre o tema resume-se a dois postulados essenciais: um negativo, no sentido de que o direito à não autoincriminação nunca inclui a entrega de documentos (preexistentes), qualquer que seja o seu conteúdo; e um positivo, que se traduz na limitação do direito à faculdade de recusar a resposta a pedidos de informação que possam conduzir à confissão de uma infração.
- v. Tal jurisprudência é mais restritiva face ao conteúdo do direito que é possível traçar, no processo penal e considerando apenas fundamentos de natureza processual, em dois pontos essenciais: por um lado, no que respeita à entrega de documentos, é de aceitar, no processo penal e em geral, a teoria do ato de entrega (com exceção da entrega de documentos legalmente obrigatórios); por outro lado, no processo penal não há restrições temáticas quanto aos meios de prova incluídos no conteúdo do direito.
- vi. Tais restrições respeitam o teste da proporcionalidade, pelo menos, no que respeita à apresentação de informações, porque: têm um caráter geral e abstrato, sendo uma consequência das normas do NRJC que impõem ao visado um dever de colaboração; dirigem-se à salvaguarda da concorrência, como *princípio constitucional estruturante do funcionamento dos mercados*; são idóneas à proteção deste interesse; são necessárias, devido à circunstância da maior parte da prova nos casos relacionados com as pessoas coletivas ser documental e produzida pela empresa, em conjugação com a *capacidade funcional* limitada da AdC; respeitam a justa medida porque o direito contraordenacional, pelas sanções que envolve, não tem a dimensão trágica do referido paradigma clássico; e garantem o núcleo essencial do direito porque preservam, em relação às manifestações da vontade do visado, um espaço de defesa estratégico, ainda que significativamente reduzido e suscetível de contribuir para uma maior robustez do sistema.
- vii. Por fim, não se pode afirmar que haja entre o entendimento adotado e a jurisprudência do TEDH uma colisão frontal, pois os casos analisados por este Tribunal envolviam pessoas singulares e, pelo menos, em alguns, sujeitas a procedimentos criminais.

BIBLIOGRAFIA

ALFAFAR, Diana

- 2012 “O Dever de Colaboração e o *Nemo Tenetur se Ipsum Accusare* no Direito Sancionatório da Concorrência”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano III, números 11/12, julho dezembro, (pp. 319-381).

ANASTÁCIO, Catarina

- 2010 “O Dever de Colaboração no âmbito dos Processos de Contra-Ordenação por Infracção as regras de Defesa da Concorrência e o Princípio *Nemo Tenetur se Ipsum Accusare*”, in *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano I, número 1, janeiro-março 2010 (pp. 199-235).

ANDRADE, Manuel da Costa

- 2014 “*Nemo Tenetur se Ipsum Accusare* e Direito tributário ou a Insustentável Indolência de um Acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional”, in *Boletim de Ciências Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*, Volume LVII, Tomo I, 2014, (pp. 385-451).

ANDRADE, Tiago da Costa

- 2017 “*Nemo Tenetur se Ipsum Accusare*: Um Novo Olhar a Partir do Direito da Concorrência, no Sentido da sua Extensão ao Processo Contra-ordenacional e às Pessoas Colectivas”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano VIII, número 31, julho/setembro 2017, (pp. 179-214).

BASUALTO, Héctor Hernández

- 2015 ¿Derecho de las personas jurídicas a no *auto-incriminarse?* [Do Legal Persons have the Right not to incriminate themselves?], in *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIV* (Valparaíso, Chile, 1.º semestre de 2015), (pp. 217-263).

BOLINA, Helena

- 2012 “O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados no Mercado dos Valores Mobiliários”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano III, números 11/12, julho-dezembro 2012, (pp. 383-427).

BRANDÃO, Nuno

- 2007 “Questões contraordenacionais suscitadas pelo novo Regime Legal da Mediação de Seguros”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 17, n.º 1.

- 2016 *Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material*, Coimbra Editora.

- 2017 “O direito contra-ordenacional económico na era da regulação”, in Universidade do Minho (pp. 87-118), disponível <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/47854>.
- BRAVO, Jorge dos Reis
- 2018 “Direito ao silêncio corporal: significado crítico de uma metáfora em processo penal”, in *Revista do Ministério Público* 155, julho-setembro de 2018 (pp. 23-67).
- DIAS, Augusto da Silva & RAMOS, Vânia Costa
- 2009 *O Direito à Não Auto-Inculpação (Nemo Tenetur se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-ordenacional Português*, Coimbra Editora.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge
- 1988-9 *Direito Processual Penal*, Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias coligidas por Maria João Antunes.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge & COSTA ANDRADE, Manuel
- 2009 Parecer, in *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*, Almedina, pp. 17-61.
- KHANNA, Vikramaditya S.
- 2004 “*Corporate Defendants and the Protections of Criminal Procedure: Na Economic Analysis*”, in *Law & Economics Working Papers Archive 2003-2009*, University of Michigan Law School, 2004 (pp. 1-50), disponível em <http://www.law.umich.edu/centersandprograms/olin/papers.htm>.
- LOSCHIN, Lynn
- 1997 “*Comment: A Comparative La Approach to Corporation and the Privilege Against Self-Incrimination*”, in *University of California Davis Law Review*, vol. 30, issue 1, (pp. 247 e ss.), in https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/30/1/comment/DavisVol30No1_Loschin.pdf.
- MARTINHO, Helena Gaspar
- 2010 “Direito ao silêncio na jurisprudência comunitária”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, número 1, janeiro-março, pp. 145-174.
- MENDES, Paulo de Sousa
- 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 da Concorrência e Regulação*, Ano I, número 1, janeiro-março, pp. 121-144.
- 2012 “O problema da utilização de elementos recolhidos em ações de supervisão como meios de prova em processo sancionatório”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano III, números 11-12, julho-dezembro 2012, pp. 307-318.

MOLINÉ, Cid

- 1996 “Garantias y Sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidade de garantías entre las sanciones punitivas)”, in *Revista de Administración Pública*, Núm. 140, pp. 131-172.

MONTEIRO, Cristina Líbano

- 2018 Natureza e equívocos da sanção contra-ordenacional”, in *Revista do Ministério Público*, ano 155, julho/setembro, pp. 97-107.

MOURA E SILVA, Miguel Moura e

- 2018 *Direito da Concorrência*, AAFDL Editora, Lisboa.

OLIVEIRA E Silva, Sandra

- 2018 *O Arguido como Meio de Prova contra si mesmo*, Almedina.

PINTO, Frederico Lacerda da Costa

- 2009 Parecer, in *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*, Almedina.

RAMSAY, Ross

- 1992 “*Corporations and the privilege against self-incrimination*”, in *University of New South Wales Law Journal*, Vol. 15(1), pp. 297-312.

RAMOS, Vânia Costa

- 2007 «*Corpus Juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare – Parte II*», *Revista do Ministério Público*, n.º 109, Ano 28, pp. 57-96.

- 2010 “*Nemo Tenetur se Ipsum Accusare e Concorrência Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa*”, in *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano I, número 1, janeiro-março, pp. 175-198.

SALAS, Jaime Couso

- 2006 *Fundamentos del derecho penal de culpabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia.

SILVA DIAS, Augusto

- 2018 *Direito das Contra-ordenações*, Almedina.

WILS, Wouter

- 2003 “Self-incrimination in EC Antitrust Enforcement – A Legal and Economic Analysis”, in *World Competition*, vol. 26, n.º 4.

ARTICULAÇÃO ADC-ERC NO ÂMBITO DO ARTIGO 55.º DO REGIME JURÍDICO DA CONCORRÊNCIA: CENAS DOS PRÓXIMOS CAPÍTULOS

*Ricardo Bayão Horta**

ABSTRACT *Article 55 of the Portuguese Competition Act stipulates that whenever a merger is likely to have an impact in a regulated sector the AdC is obliged to request a formal opinion to the relevant sectorial regulator. To the extent that the opinion to be issued by the media regulator ERC may be legally binding on the AdC, this article examines both the constitutional and legal frameworks in which that may occur, and how it has been reflected on ERC's past opinions. Faced with different possible outcomes, the article explores how can/should the AdC react to each one of ERC's possible opinions.*

SUMÁRIO 1. Introdução. 2. Estrutura da exposição. 3. Articulação AdC – Entidades Reguladoras Sectoriais (artigo 55.º RJC) – Caso específico do parecer potencialmente vinculativo da ERC. 3.1. Vinculatividade do parecer – Perspetiva constitucional e legal. 3.2. A Vinculatividade do parecer: Perspetiva administrativa/regulatória da ERC no âmbito da cooperação com a AdC: as deliberações. 4. Cenários (possíveis) decorrentes da atuação da ERC – Análise e resposta/reação a adotar pela AdC. 4.1. Cenários. 4.2. Análise dos cenários e correspondente resposta da AdC. 5 – Síntese conclusiva

1. INTRODUÇÃO

Quando uma operação de concentração possa ter incidência em mercados sujeitos a regulação sectorial o artigo 55.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (“RJC” ou “Lei da Concorrência”) estipula que a Autoridade da Concorrência (“AdC” ou “Autoridade”) solicite à relevante entidade reguladora sectorial que emita parecer sobre a operação notificada.

* Jurista no Departamento de Controlo de Concentrações da Autoridade da Concorrência. As opiniões expressas neste texto são da exclusiva responsabilidade do Autor e não vinculam, a qualquer título, a Autoridade da Concorrência.

Atualmente, a Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, aprovada pela Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto (na sua versão atualizada de 2017), identifica um conjunto de entidades administrativas independentes que qualifica, para efeitos daquele diploma, como Entidades Reguladoras Sectoriais (artigo 3.º, n.º 3). Ainda que o n.º 4 do mesmo artigo 3.º exclua a Entidade Reguladora da Comunicação Social (“ERC”) do âmbito de aplicação da Lei-Quadro, o correspondente estatuto de entidade reguladora sectorial é-lhe, material e universalmente, reconhecido, incluindo para efeitos dos artigos 55.º do RJC e 9.º dos Estatutos da AdC, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto.

Na medida em que o parecer da ERC possa ser de *oposição* à realização da operação de concentração, e adotar um caráter *vinculativo* para a AdC – assim condicionando a atuação desta na adoção da decisão final – torna-se importante refletir sobre quais os vários possíveis cenários decorrentes da atuação da ERC e correspondentes possibilidades de respostas/reacções por parte da AdC.

Saliente-se que o conjunto de cenários apresentados representa, necessariamente, uma lista não exaustiva de hipóteses.

2. ESTRUTURA DA EXPOSIÇÃO

A análise que se segue obedece à seguinte estrutura:

- i. Num primeiro momento, procede-se a uma análise do enquadramento regulatório (constitucional, legal e administrativo) subjacente à atuação da ERC quando solicitada para emitir parecer nos termos do artigo 55.º do RJC.
- ii. Num segundo momento, identifica-se um conjunto de cenários que poderão advir da atuação da ERC e quais as possíveis respostas que a AdC poderá dar.
- iii. Por último, termina-se com uma breve síntese conclusiva.

3. ARTICULAÇÃO ADC – ENTIDADES REGULADORES SECTORIAIS (ARTIGO 55.º RJC) – CASO ESPECÍFICO DO PARECER POTENCIALMENTE VINCULATIVO DA ERC

Conforme resulta acima, pelo facto de a operação incidir sobre mercados sujeitos a regulação sectorial, o RJC obriga a que a AdC solicite parecer

prévio (*i.e.* antes de adotar uma decisão) à correspondente entidade reguladora sectorial. Esta obrigação decorre do artigo 55.º do RJC, o qual também estabelece um conjunto de outras regras.

A *ratio* que preside a este sistema, e em particular no que respeita à consulta obrigatória das autoridades reguladoras sectoriais, parece ser a de assegurar que, por um lado, a AdC dispõe de todos os elementos de facto e de direito para decidir adequadamente processos complexos em sectores sujeitos a regulação e, por outro, que a Autoridade toma na sua devida conta as especificidades características desses mesmos setores¹ onde, *por definição e no sentido próprio da expressão, são aqueles em que se verificam “falhas de mercado” caracterizadas pela ausência de concorrência (situações de monopólio natural) ou por défices de concorrência efetiva*².

A regra geral do procedimento administrativo – e do procedimento de controlo de concentrações nos termos do RJC – é a de que o pedido de parecer ao regulador sectorial é obrigatório e não vinculativo.³ Esta situação ocorre em todas as enquadráveis no artigo 55.º do RJC com a exceção – v. *infra* – do pedido de parecer à ERC; este será *vinculativo* para a AdC quando *negativo* por a operação notificada colocar em risco determinados valores⁴.

Para além do diferente valor atribuído às suas conclusões (vinculativo ou não vinculativo), outra diferença entre um pedido de parecer que possa ser vinculativo – como é o caso do emitido pela ERC – face aos demais solicitados no âmbito do artigo 55.º do RJC é a de que, neste último caso, o pedido

1 Botelho Moniz, 2016: §4.

2 Marques & Moreira, 2017a: §2.1.

3 Artigo 91.º, n.º 2 do Código do Procedimento Administrativo (“CPA”).

4 A vinculatividade pode, em teoria, ser “bidirecional”, caso o parecer da [Autoridade Reguladora Sectorial] se imponha à AdC para proibir a concentração ou para a autorizar. Mas também pode ser “unidirecional” se for vinculativo apenas para a ela se opor. No caso do referido parecer da ERC trata-se de uma vinculatividade unidirecional, uma vez que só são vinculativos quando contrários à concentração (Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 28.01.2015, processo n.º 7/13.8YQSTR, p. 31); Marques & Moreira, 2017b: §4. Vide também Esteves de Oliveira, Costa Gonçalves & Amorim, 2006: “Quanto aos pareceres vinculativos, há uns que o são em absoluto, qualquer que seja o respetivo conteúdo, porque a decisão final tem sempre que se acolher às suas conclusões, e outros que só o são relativamente, se a sua conclusão for em certo sentido (negativa ou positiva), ficando o órgão com competência decisória, na hipótese contrária, “livre” para agir, como entender mais adequado à realização dos interesses públicos envolvidos.” (§V). “Sendo relativamente vinculativos, a autoridade procedural só se encontra obrigada a segui-los na sua decisão se eles forem no sentido que legalmente a vincula.” (§VII). No caso do parecer da ERC solicitado ao abrigo do artigo 55.º do RJC, estamos claramente a lidar com um parecer “relativamente vinculativo”.

de parecer não suspende o prazo de instrução da AdC; esta pode emitir a sua decisão (artigos 50.º ou 53.º do RJC) mesmo na ausência do parecer⁵.

Com efeito, ao contrário do pedido aos restantes reguladores sectoriais, o pedido de parecer à ERC, na medida em que possa ser vinculativo⁶ e prejudicar a conclusão do procedimento⁷, suspende o prazo da AdC para adoção de uma decisão em sede de procedimento de controlo de concentrações; e suspende-o no primeiro dia útil seguinte ao do envio do pedido de parecer e termina no dia da sua receção (pela AdC) ou no fim do prazo concedido para a sua emissão, findo o qual (se não emitido) a AdC poderá adotar uma decisão no âmbito do procedimento de controlo de concentrações (artigo 55.º, n.ºs 2, 3 e 4 do RJC)⁸.

Assim, considerando que este parecer possa ser de *oposição* à realização da operação de concentração e adotar um caráter *vinculativo* para a AdC torna-se importante refletir sobre os valores, critérios e fundamentos que possam estar nessa base.

3.1. Vinculatividade do parecer – Perspetiva constitucional e legal

Conforme referido acima, a ERC será a única entidade reguladora sectorial cujo parecer pode colocar em causa o prosseguimento da instrução do procedimento de controlo de concentrações a correr trâmites na AdC e, logo por decorrência, da adoção de uma decisão. Tal situação prejudicial advém da vinculatividade potencial do parecer por si a emitir nos termos do artigo 55.º do RJC.

Por outro lado, como já referido acima, a regra geral do procedimento administrativo é a de que o parecer, sendo obrigatório, não é vinculativo, salvo disposição expressa em contrário (artigo 92.º, n.º 2 do CPA).

No caso do parecer da ERC emitido ao abrigo do artigo 55.º do RJC existem disposições legais expressas a atestar a sua vinculatividade; *in casu*, no

5 Artigo 55.º, n.ºs 2 a contrario e n.º 3 do RJC, bem como artigo 91.º, n.º 2 do CPA, por remissão do artigo 42.º do RJC. Sem prejuízo, e sob pena de esvaziamento do respetivo propósito, esta situação apenas ocorrerá uma vez esgotado o prazo concedido ao regulador destinatário para a emissão do referido parecer.

6 Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a Pedido (aprovada pela Lei n.º 27/2007, de 30 de julho), Lei da Rádio (aprovada pela Lei n.º 54/2010, de 24 de dezembro) e Lei da Imprensa (aprovada pela Lei n.º 2/99 de 13 de janeiro).

7 Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 28.01.2015, processo n.º 7/13.8YQSTR, p. 31.

8 Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 28.01.2015, processo n.º 7/13.8YQSTR, p. 31-32.

artigo 4.º-B, n.º 2 da Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a Pedido (“Lei da Televisão”), no artigo 4.º, n.º 2 da Lei da Rádio e no artigo 4.º, n.º 4 da Lei de Imprensa⁹:

- Lei da Televisão
 - i. *Artigo 4.º-B, n.º 2 – Concorrência, não concentração e pluralismo*
 2 – *As operações de concentração entre operadores de televisão sujeitas a intervenção da autoridade reguladora da concorrência são submetidas a parecer prévio da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, o qual só é vinculativo quando se verifique existir fundado risco para a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião.*
- Lei da Rádio
 - ii. *Artigo 4.º – Concorrência, não concentração e pluralismo*
 2 – *As operações de concentração entre operadores de rádio sujeitas a intervenção da autoridade reguladora da concorrência são submetidas a parecer prévio da ERC, o qual é vinculativo quando fundamentado na existência de risco para a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião.*
- Lei de Imprensa
 - iii. *Artigo 4.º Interesse público da imprensa:*
 4 – *As decisões da Autoridade da Concorrência relativas a operações de concentração de empresas em que participem entidades referidas no número anterior estão sujeitas a parecer prévio da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, o qual deverá ser negativo quando estiver comprovadamente em causa a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião, sendo neste caso vinculativo para a Autoridade da Concorrência.*

Mas a força jurídica de cada uma destas disposições não emana exclusivamente dos respetivos diplomas legais. De facto, estamos até em crer que a sua previsão legal representa apenas uma mera concretização, uma decorrência, de um imperativo de natureza constitucional.

Com efeito, não obstante a Constituição da República Portuguesa (“Constituição”) prever que a iniciativa económica privada pode ser exercida livremente, também estipula que tal liberdade deve ser obrigatoriamente enquadrada com a Constituição e com a Lei (artigo 61.º, n.º 1).

⁹ V. nota de rodapé 6.

Ora, uma das manifestações do exercício da liberdade de iniciativa económica privada consiste, precisamente, na adoção de comportamentos economicamente racionais por agentes com o intuito de reforçar a sua presença no mercado, nomeadamente através da aquisição de participações sociais noutras empresas (concorrentes suas ou não).

Acontece que, tratando-se de órgãos de comunicação social, tal concentração da sua titularidade encontra-se, constitucional e expressamente, condicionada¹⁰, desde logo por força dos seus artigos 38.º, n.º 4 e 39.º n.º 1, al. b):

- *Artigo 38.º – Liberdade de imprensa e meios de comunicação social*
4. O Estado assegura a liberdade e a independência dos órgãos de comunicação social perante o poder político e o poder económico, impondo o princípio da especialidade das empresas titulares de órgãos de informação geral, tratando-as e apoiando-as de forma não discriminatória e impedindo a sua concentração, designadamente através de participações múltiplas ou cruzadas.
- *Artigo 39.º – Regulação da comunicação social*
1. Cabe a uma entidade administrativa independente assegurar nos meios de comunicação social:
(...)
b) A não concentração da titularidade dos meios de comunicação social.

Mas, então, tal significa que qualquer movimento de concentração da titularidade de meios de comunicação social está, à partida, condenado ao bloqueio? A resposta é negativa, e a razão de tal decorre da articulação teleológica das duas disposições acima referidas com outros valores que a Constituição reputa de indispensáveis.

Concretizando, a Constituição encara a liberdade de imprensa como uma manifestação da liberdade de expressão e de informação destinada ao público. Neste sentido, os meios de comunicação social atuam como um veículo de

10 Note-se que, apesar da letra da Constituição adotar as expressões “impedindo a sua concentração” (artigo 38.º, n.º 4) e assegurar “a não concentração” (artigo 39.º, n.º 1, al. b)), optamos por aqui usar antes o termo “condicionada” atendendo a que – como se verá *infra* – nem todos os movimentos de concentração entre órgãos de comunicação social são impedidos, mas tão-só aqueles que seriam suscetíveis de colocar em risco determinados valores de natureza constitucional, designadamente a sua liberdade e independência perante o poder económico, a possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião, a liberdade de imprensa e de informação, i.e. risco para o pluralismo mediático.

expressão ou informação¹¹, pelo que a pluralidade dos mesmos (número em atividade) e o pluralismo nos mesmos (diversidade de opiniões)¹² representam valores imprescindíveis a assegurar.

Assim, para além das referências atrás aos impedimentos à concentração da titularidade dos meios de comunicação social, a Constituição estipula que o Estado deve assegurar: (i) a liberdade e a independência dos órgãos de comunicação social perante poder económico (artigo 38.º, n.º 4)¹³; (ii) o direito de qualquer pessoa se exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio (artigo 37.º, n.º 1); (iii) o direito de informar, de se informar e de ser informado (artigos 37.º, n.º 1).

Por outro lado, a Constituição reconhece à ERC as funções de regulação da comunicação social e, em particular, as funções de assegurar que estes princípios e valores constitucionais são respeitados: para além do já referido artigo 39.º, n.º 1, al. b) relativo à não concentração da titularidade dos meios de comunicação social, são de salientar o da liberdade e independência da imprensa face ao poder económico [artigo 39.º, n.º 1, als. a) (segunda parte) e c)], a liberdade de expressão e de confronto de opiniões [artigo 39.º, n.º 1, al. f)] e o direito à informação [artigo 39.º, n.º 1 al. a) (primeira parte)].¹⁴

Num segundo momento, a Constituição remete para a Lei a concretização de como a ERC deverá assegurar as funções de regulação da comunicação social (artigo 39.º, n.º 2). Assim se transpõem para a legislação ordinária

11 Canotilho & Moreira, 2007b: §I.

12 Para uma explicação mais desenvolvida sobre o pluralismo externo e pluralismo interno, vide secção 3.2.

13 Requisito da liberdade de imprensa é também a independência perante o poder económico. São vários os mecanismos constitucionais apontados a esse objetivo, entre os quais o princípio do pluralismo que requer o controlo da concentração de empresas jornalísticas. (Canotilho & Moreira, 2007b: §IX).

14 A leitura paralela dos artigos 37.º e 38.º com o artigo 39.º permite identificar essa coincidência dos princípios e valores que ao Estado incumbe assegurar e a atribuição à ERC das funções para o fazer. No mesmo sentido Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 613/2008, de 10.12.2008, processo n.º 425/08, §5: “Da sua configuração constitucional, retira-se que aquela “entidade administrativa independente” não se limita a integrar o leque de pessoas coletivas públicas dotadas de funções administrativas de mera regulação e supervisão de um determinado mercado económico, antes se configurando - e em principal medida – como uma entidade administrativa dotada de funções de defesa e salvaguarda de direitos fundamentais, maxime, dos direitos diretamente relacionados com o princípio do pluralismo político, com a liberdade de expressão e de informação e com a liberdade de imprensa. Tal resulta, desde logo, das várias atribuições que o legislador constituinte entendeu conferir-lhe. Porventura, com exceção da alínea e) do n.º 1 do artigo 39º da Constituição, todas as demais alíneas daquele preceito constitucional afastam a “entidade administrativa independente” da categoria das pessoas coletivas públicas, exclusiva ou predominantemente, vocacionadas para a mera regulação e supervisão de determinado mercado económico (reforçando esta função de defesa de direitos fundamentais, ver GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa Anotada”, Vol. I, Coimbra, 2007, págs. 598 e 599).”

os princípios e valores constitucionais referentes à comunicação social: para além das já referidas disposições da Lei da Televisão, da Rádio e da Imprensa são também de referir algumas alíneas dos artigos 7.º e 8.º dos Estatutos da ERC¹⁵

i. Artigo 7.º – Objectivos da regulação

Constituem objectivos da regulação do sector da comunicação social a prosseguir pela ERC:

- a) Promover e assegurar o pluralismo cultural e a diversidade de expressão das várias correntes de pensamento, através das entidades que prosseguem actividades de comunicação social sujeitas à sua regulação;*

ii. Artigo 8.º – Atribuições

São atribuições da ERC no domínio da comunicação social:

- a) Assegurar o livre exercício do direito à informação e à liberdade de imprensa;*

- b) Velar pela não concentração da titularidade das entidades que prosseguem actividades de comunicação social com vista à salvaguarda do pluralismo e da diversidade, sem prejuízo das competências expressamente atribuídas por lei à Autoridade da Concorrência;*

(...)

- e) Garantir a efectiva expressão e o confronto das diversas correntes de opinião, em respeito pelo princípio do pluralismo e pela linha editorial de cada órgão de comunicação social;*

(...)

Ou seja, recupera-se o dito anteriormente de que a vinculatividade potencial do parecer emitido pela ERC ao abrigo do artigo 55.º do RJC, mais do que uma opção de política regulatória por parte do legislador ordinário, representa antes uma concretização, uma decorrência, de um imperativo de natureza constitucional.

Este “fio condutor” Constituição-Lei ordinária permite também concluir por um outro ponto importante relativamente à vinculatividade potencial do parecer da ERC no âmbito do artigo 55.º do RJC: é o de que a liberdade de imprensa só confere proteção qualificada aos meios de comunicação social na

15 Aprovados pela Lei n.º 53/2005, de 8 de novembro.

medida em que eles funcionem como veículos de liberdade de expressão e de opinião.¹⁶

Por outras palavras, na medida em que a Constituição encara a liberdade de imprensa como uma manifestação da liberdade de expressão e de informação destinada ao público e os meios de comunicação social como veículos de expressão ou informação¹⁷, apenas aqueles movimentos de concentração da sua titularidade [dos meios de comunicação social] que se revelassem suscetíveis de colocar em risco esses valores de natureza constitucional, designadamente a sua liberdade e independência perante o poder económico, a possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião, a liberdade de imprensa e de informação, *i.e.* risco para o pluralismo mediático, estariam sujeitos a uma oposição vinculativa.

Esta conclusão é também consistente com os princípios de restrição de direitos, liberdades e garantias, decorrentes do artigo 18.^o da Constituição, *in casu* aplicável à liberdade de iniciativa económica privada prevista no artigo 61.^o, n.^o 1 da Constituição.

O artigo 18.^o, n.^o 2 da Constituição prevê que “*A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.*”.

Tal implica que uma restrição ao artigo 61.^o, n.^o 1 esteja (*i*) expressamente prevista na Constituição; (*ii*) que tal restrição vise salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido; (*iii*) que tal restrição se limite ao estritamente necessário para alcançar o objetivo.¹⁸

Quanto ao item (*i*) já vimos que é o próprio artigo 61.^o, n.^o 1 que se autolimita quando estabelece que a iniciativa económica privada pode ser livremente exercida nos *quadros definidos pela Constituição e pela Lei*. No que diz respeito ao item (*ii*) terá ficado evidente pelos parágrafos acima a relevância que a Constituição confere à necessidade de assegurar pluralidade dos meios de comunicação social (número em atividade) e o pluralismo nos mesmos (diversidade de opiniões) como veículos de expressão ou informação; neste sentido o impedimento a movimentos de concentração da titularidade

¹⁶ E não enquanto suportes de atividades publicitárias ou de entretenimento (Canotilho & Moreira, 2007b: §I).

¹⁷ Canotilho & Moreira, 2007b: §I.

¹⁸ Também que a restrição não aniquile o direito em causa atingindo o seu conteúdo essencial (artigo 18.^o, n.^o 3). (Canotilho & Moreira, 2007a: §VI).

de meios de comunicação social representa uma restrição ao artigo 61.º, n.º 1. Por último, o item *(iii)* materializa a necessidade de proporcionalidade: a restrição ao artigo 61.º, n.º 1 apenas é admissível na estrita medida em que seja necessário assegurar que os valores vertidos nos artigos 37.º e 38.º da Constituição não são colocados em risco.

Em face do exposto, a natureza vinculativa do parecer da ERC, emitido no âmbito do artigo 55.º do RJC, não resultará tanto de uma opção de política regulatória por parte do legislador ordinário, mas sim da necessidade de assegurar a proteção e a promoção de determinados valores de natureza constitucional; e apenas na estrita medida em que seja necessário protegê-los é que se poderá qualificar de vinculativo um parecer de oposição a determinada operação de concentração entre meios de comunicação social.

3.2. A Vinculatividade do parecer: Perspetiva administrativa/regulatória da ERC no âmbito da cooperação com a AdC: as deliberações

Tanto a AdC como a ERC são entidades administrativas independentes e atuam na prossecução das suas atribuições e no exercício das suas competências, vertidas, desde logo *(i)* nos respetivos Estatutos, aprovados, respetivamente, pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto (AdC)¹⁹ e pela Lei n.º 53/2005, de 8 de novembro (ERC) e; *(ii)* em legislação, mais ou menos dispersa, nomeadamente o RJC, a Lei da Televisão, a Lei da Rádio e a Lei de Imprensa. No caso particular da ERC, será ainda de relembrar a sua consagração constitucional (artigo 39.º).

Com a emissão dos pareceres (sob a forma de Deliberações) à AdC solicitados ao abrigo do artigo 55.º do RJC, a ERC materializa tal cooperação institucional, os seus âmbitos e limites, e concretiza os critérios e fundamentos subjacentes ao reconhecimento do parecer como vinculativo: a *existência de risco para a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião*.

A fim de ilustrar (o melhor possível) esta concretização procedeu-se a uma análise dos pareceres da ERC, solicitados pela AdC ao abrigo do artigo 55.º do RJC (ou 39.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho).

Foram analisados, em particular, os pareceres emitidos pela ERC²⁰ no âmbito das seguintes operações de concentração:

¹⁹ A cooperação institucional para um bom cumprimento das respetivas missões deriva dos mesmos diplomas. Para além do já referido artigo 55.º do RJC, nos Estatutos da AdC, da ERC, na Lei da Televisão e na Lei da Rádio encontram-se os seguintes exemplos: artigo 9.º dos Estatutos da AdC; artigo 8.º, al. g); artigo 4.º-B, n.º 22 da Lei da Televisão; artigo 4.º, n.º 2 da Lei da Rádio e artigo 4.º, n.º 4 da Lei de Imprensa.

²⁰ Disponíveis em www.erc.pt/pt/deliberacoes.

- Ccent. 18/2007 – *Unedisa/Recoletos*: Deliberação n.º 2/PAR-AdC/2007, de 21.03;
- Ccent. 21/2008 – *CATVP/TVTel*: Deliberação n.º 3/PAR-ER/2008, de 24.06 e Deliberação n.º 2/OUT/2008, de 6.08;
- Ccent. 41/2009 – *Ongoing/Vertix/Media Capital*: Deliberação n.º 1/PAR-ER/2010, de 9.02;
- Ccent. 37/2012 – *Altice Portugal/Cabovisão*: Deliberação n.º 2/PAR-ER/2012, de 5.09;
- Ccent. 4/2013 – *Controlinveste*ZON*PT/Sport TV*PPTV*Sportinveste*: Deliberação n.º 140/2013, de 19.06;
- Ccent. 5/2014 – *OI/PT*: Deliberação n.º 19/2014, de 12.2.

Como se viu na secção anterior, nos termos da Constituição e dos seus Estatutos, tem a ERC o dever de assegurar o pluralismo e a diversidade e liberdade de expressão, de imprensa, o direito de informar e de ser informado, velando pela não concentração da titularidade das entidades que prosseguem atividades de comunicação social.²¹

À ERC incumbe também o dever de assegurar a livre difusão de conteúdos pelas entidades que prosseguem atividades de comunicação social e o livre acesso aos conteúdos por parte dos respetivos destinatários da respetiva oferta de conteúdos de comunicação social, de forma transparente e não discriminatória, de modo a evitar qualquer tipo de exclusão social ou económica.²²

Com efeito, se a AdC tem por missão assegurar a aplicação das regras de promoção e defesa da concorrência, designadamente através do controlo prévio de operações de concentração, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a afetação ótima dos recursos e os interesses dos consumidores, nos termos previstos na Lei e nos Estatutos, o objetivo da ERC é o de garantir a liberdade de expressão e a diversidade de opiniões.²³

A ERC tem, deste modo, como missão garantir o *pluralismo* na sua dupla dimensão, externa e interna.²⁴

21. Também Deliberação n.º 2/PAR-ER/2012, de 5.09, §3; Deliberação n.º 140/2013, de 19.06, §15.

22. Artigo 7.º, al. b) dos Estatutos da ERC e Deliberação n.º 2/PAR-ER/2012, de 5.09, §21.

23. Deliberação n.º 3/PAR-ER/2008, de 24.06, §23. Também artigo 8.º, al. b) dos Estatutos da ERC.

24. Deliberação n.º 3/PAR-ER/2008, de 24.06, §24.

O pluralismo *externo* destina-se a “preservar a pluralidade de suportes ou de operadores, permitindo garantir a diversidade de empresas”. Já o pluralismo *interno* “exige uma apreciação qualitativa quanto à diversidade da informação difundida”.²⁵

O pluralismo *externo* será, normalmente, garantido assegurando-se a concorrência entre empresas de comunicação social, com vista ao confronto das informações e das diversas correntes de opinião. Será, deste modo, protegido, essencialmente e ainda que não exclusivamente, por dispositivos de controlo de concentrações.^{26,27}

Por outro lado, esta conceção do pluralismo sublinha que, não apenas a produção, mas também a distribuição e o potencial acesso constituem áreas a considerar na avaliação do pluralismo e da diversidade no sistema mediático.²⁸

Por outras palavras, o *pluralismo* e a *diversidade de conteúdos* não resultam apenas da liberdade da respetiva criação e produção, mas também da inexistência de especiais restrições (*maxime*, económicas) à sua distribuição; inexistência essa que apenas estará garantida se, do lado do mercado da distribuição, for garantido o pluralismo externo, *impeditivo* da tomada de posições restritivas do livre acesso à distribuição de conteúdos, com risco para o confronto das diversas correntes de opinião.²⁹

Tem sido entendimento da ERC³⁰ que o seu parecer no domínio de operações de concentração não se destina a criar as condições abstratas ideais de concorrência no mercado da comunicação social mas, tão-só, a impedir que se agravem, em concreto, as condições de concorrência vigentes no momento imediatamente anterior à operação sobre a qual é emitido o parecer.

O que se pretende é determinar se a operação de concentração analisada não põe em causa o pluralismo externo, enquanto pluralidade de suportes ou de operadores, e interno, enquanto diversidade nas informações difundidas

25 Deliberação 3/PAR-ER/2008 (24/06) §39.

26 Deliberação 3/PAR-ER/2008 (24/06) §40.

27 Deliberação 1/PAR-ER/2010 (9/02) “§7 – A existência de um sistema mediático competitivo e pluralista é considerada um pré-requisito para o pluralismo e a diversidade de órgãos de comunicação social – fontes, canais, mensagens e audiências – tendo em conta as diferenças mais relevantes da sociedade nos aspectos político, geográfico e sociocultural.”

28 Deliberação 1/PAR-ER/2010 (9/02) §8.

29 Deliberação n.º 19/2014, de 12.2, §8.

30 Deliberação n.º 19/2014, de 12.2, §12.

por cada órgão de comunicação social, individualmente considerado, sendo a efetividade da liberdade de receber informação avaliada em função das possibilidades que são oferecidas ao destinatário.³¹

Em concreto, trata-se de assegurar que da operação não resulta um enfraquecimento, atual ou potencial, das condições de funcionamento daqueles mercados, através da introdução de entraves ou dificuldades acrescidas aos produtores de conteúdos e ao público consumidor, no acesso às plataformas de distribuição dos mesmos.³²

Assim, na ótica da ERC, aquilo que for suscetível de afetar o pluralismo na sua dupla dimensão, interna e externa equivale, em substância, à asserção de que tal operação apresenta “*fundados riscos para a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião.*”³³.

Por todo o exposto:

- i. Se a operação de concentração em causa acarretar riscos para o pluralismo (na sua dupla dimensão interna e externa) necessariamente redundará em fundados *riscos para a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião*;
- ii. Como tal, nos termos da Lei da Televisão, na Lei da Rádio e na Lei de Imprensa³⁴, a ERC emitirá, necessariamente, um parecer *negativo*,
- iii. O qual será, necessária e consequentemente, vinculativo para a AdC.

4. CENÁRIOS (POSSÍVEIS) DECORRENTES DA ATUAÇÃO DA ERC. ANÁLISE E RESPOSTA/REAÇÃO A ADOTAR PELA ADC

4.1. Cenários

Chegados a este ponto – *i.e.* ao momento em que a ERC emite o seu parecer, solicitado pela AdC nos termos do artigo 55.^º do RJC – torna-se importante refletir sobre quais os vários possíveis cenários decorrentes da atuação da ERC e correspondentes possibilidades de respostas/reações por parte da AdC.

31 Deliberação n.º 2/PAR-AdC/2007, de 21.03, §54.

32 Deliberação n.º 140/2013, de 19.06, §16.

33 Deliberação n.º 2/OUT/2008, de 6.08, p.4.

34 Respetivamente, artigo 4.º-B, n.º 2, artigo 4.º, n.º 2 e artigo 4.º, n.º 4.

Com base na experiência passada, são possíveis antecipar 7 (sete) cenários decorrentes do pedido de parecer à ERC:

- a) O parecer é negativo por a operação apresentar “*fundados riscos para a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião*”;
- b) O parecer é negativo, mas por motivos diversos de “*fundados riscos para a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião*”;
- c) O parecer é de não oposição;
- d) O parecer é de não oposição, desde que sejam asseguradas determinadas medidas de salvaguarda para *a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião*;
- e) A ERC não emite parecer no prazo concedido pela AdC;
- f) O parecer da ERC é vago/ambíguo;
- g) O parecer é, numa fase inicial, de não oposição, tornando-se negativo e vinculativo numa fase posterior do procedimento em face de compromissos apresentados pela Notificante para solucionar/mitigar preocupações jusconcorrenciais.

4.2. Análise dos cenários e correspondente resposta da AdC

Analisa-se, de seguida, cada um destes cenários, apresentando uma possível resposta/reação da AdC para cada um deles.

- a. *O parecer é negativo por a operação apresentar “fundados riscos para a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião”;*

Conforme resulta dos parágrafos expostos *supra*, um parecer da ERC com estas características é vinculativo para a AdC. Neste sentido, a instrução do procedimento de controlo de concentrações e a correspondente adoção de uma decisão sobre a transação, a correr nos termos do RJC, ficam, necessariamente, prejudicadas: a AdC estará impossibilitada de se pronunciar, jusconcorcialmente, quanto ao mérito da operação de concentração em causa, sob pena da sua decisão poder vir a ser *contra-legem* e ferida de nulidade³⁵.

Será de referir que em apenas uma ocasião a ERC emitiu um parecer com as características analisadas neste cenário. Em pronúncia à operação de concentração Ccent. n.º 41/2009 – *Ongoing/Vertix/Media Capital*, a ERC opôs-se à realização da operação enquanto a notificante Ongoing não cumprisse

³⁵ Artigo 161.º, n.º 2, al. c) do CPA: “2 – São, designadamente, nulos: (...); c) Os atos cujo objeto ou conteúdo seja impossível, (...).”

uma determinada condição. Em razão da recusa da notificante em aceder a tal, o parecer manteve o seu sentido e a AdC viu-se confrontada com o cenário aqui em análise.

Num desfecho que não gerou consenso, a AdC decidiu adotar uma “*decisão de oposição à operação notificada, para proteção do interesse público e em cumprimento do parecer negativo, de natureza vinculativa, emitido pela Entidade Reguladora para a Comunicação Social*.”. A controvérsia suscitada teve, essencialmente, por base a ausência de uma base legal que capacitasse a AdC de emitir uma decisão de oposição à operação ainda no decurso da primeira fase do procedimento³⁶.

Na sua decisão, a AdC recorreu ao CPA e à necessidade de, antes de decidir, se pronunciar sobre todas as questões pertinentes suscitadas durante o procedimento e que não houvessem sido decididas em momento anterior³⁷, para de seguida integrar o parecer no seu procedimento e assumir as conclusões da ERC na sua decisão.

Contudo, e salvo melhor opinião, ao fazê-lo como fez, a AdC pareceu não atender às diferenças entre a ERC e a AdC no que dizem respeito às respetivas missões, atribuições e competências³⁸. O procedimento principal consistia (e consiste) numa análise jusconcorrencial pela AdC, ao abrigo dos seus estatutos e do RJC, a uma determinada operação de concentração; a solicitação de parecer ao regulador constitui uma obrigação que a AdC tem de cumprir no âmbito desse mesmo procedimento principal; o parecer refletirá a opinião do regulador à questão colocada e terá por base, necessariamente, o enquadramento legal e regulatório subjacente à atuação desse mesmo regulador.

Contudo, enquanto específico àquela instituição, tal enquadramento legal e regulatório será diverso do da AdC (ou do de qualquer outra instituição congénere).

Ora, no caso da Ccent. 41/2009, tudo parece levar a crer que a AdC, mais que manter os procedimentos separados – ainda que integrando o parecer e daí tirando as devidas ilações legais processuais – fez suas as preocupações

³⁶ A anterior Lei da Concorrência – Lei n.º 18/2003, de 11 de junho – previa no seu artigo 35.^º que, no final da primeira fase do procedimento, a AdC emitisse uma decisão de inaplicabilidade, de não oposição ou de passagem a investigação aprofundada. A possibilidade de emissão de uma decisão de oposição encontrava-se reservada para a conclusão da investigação aprofundada (segunda fase).

³⁷ Artigo 107.^º do CPA [atual 94, n.^º 1].

³⁸ Para uma melhor explanação destas diferenças *vide*, em especial, secções 3.2 e 4.2d).

e objeções da ERC vertidas no seu parecer e assumiu-as numa tomada de posição substantiva sobre a operação, opondo-se a ela.

Somos assim de opinião que a solução mais adequada perante o presente cenário (de então e de agora) será a de natureza procedural e não substantiva. O parecer negativo e vinculativo da ERC terá implicações no procedimento a correr trâmites na AdC (aliás foi ao abrigo desse que o mesmo foi solicitado) e, salvo melhor opinião, deverá ser sobre esta vertente que a AdC deverá tirar as devidas ilações.

Perante este cenário, a adoção pela AdC de uma decisão de extinção do seu procedimento, por impossibilidade do fim a que se destinava (análise da operação de concentração) e do objeto da decisão (impossibilidade de adoção de uma decisão final sobre a operação)³⁹, afigura-se-nos como a solução que melhor articula o RJC e o CPA.

b. O parecer é negativo, mas por motivos diversos de “fundados riscos para a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião”

Diferentemente do cenário anterior, perante este a AdC deverá presumir que o parecer, ainda que negativo, não é vinculativo.

Com efeito, decorre do enquadramento constitucional e legal (*vide* secção 3.1) que o caráter vinculativo da posição da ERC face à operação se circunscreve às operações cuja implementação acarrete “fundados riscos para a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião”.

No que se refere ao exercício concreto de articulação AdC-ERC no âmbito do artigo 55.º do RJC, esta presunção decorre da letra do artigo 4.º-B, n.º 2 da Lei da Televisão, e de uma interpretação extensiva dos artigos 4.º, n.º 2 da Lei da Rádio e 4.º, n.º 4 da Lei de Imprensa, que aqui se recuperam para facilidade de exposição:

- Lei da Televisão – *Artigo 4.º-B*

2 – As operações de concentração entre operadores de televisão sujeitas a intervenção da autoridade reguladora da concorrência são submetidas a parecer prévio da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, o qual só é vinculativo quando se verifique existir fundado risco para a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião.

39 Artigos 93.º e 95.º, ambos do CPA, ex vi artigo 42.º do RJC.

- Lei da Rádio – *Artigo 4.^º*

2 – As operações de concentração entre operadores de rádio sujeitas a intervenção da autoridade reguladora da concorrência são submetidas a parecer prévio da ERC, o qual é vinculativo quando fundamentado na existência de risco para a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião.

- Lei de Imprensa – *Artigo 4.^º*

4 – As decisões da Autoridade da Concorrência relativas a operações de concentração de empresas em que participem entidades referidas no número anterior estão sujeitas a parecer prévio da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, o qual deverá ser negativo quando estiver comprovadamente em causa a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião, sendo neste caso vinculativo para a Autoridade da Concorrência.

Ainda que se possa argumentar que a letra da Lei da Televisão é mais exigente no reconhecimento do caráter vinculativo do parecer da ERC (ilustrado pela inserção da expressão “só”) é a nossa opinião – salvo melhor – de que idêntica exigência se deve estender às disposições congêneres nas Lei da Rádio e Lei da Imprensa.

Desde logo, resulta da análise às Deliberações da ERC (acima expostas) que o seu enfoque principal em matéria de operações de concentração da titularidade de empresas de comunicação social é a salvaguarda do pluralismo (interno e externo); é este o valor/princípio que tanto a Constituição como a Legislação ordinária encaram como imprescindível.

Assim, havendo coincidência de

- a) Contextos que desencadeiam a intervenção da ERC (*i.e.* operações de concentração que envolvam a titularidade de meios de comunicação social em análise pela AdC e submetidas a parecer prévio da ERC); e,
- b) Valores comuns a proteger em sede dessa mesma intervenção (pluralismo interno e externo), traduzido na *livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião*, torna-se possível argumentar que a exigência de reconhecimento do caráter vinculativo do parecer da ERC para a Lei da Rádio ou para a Lei de Imprensa será idêntica ao da Lei da Televisão.

Por outro lado – e como se viu anteriormente – na medida em que a Constituição encara a liberdade de imprensa como uma manifestação da liberdade

de expressão e de informação destinada ao público e os meios de comunicação social como veículos de expressão ou informação, apenas aqueles movimentos de concentração da sua titularidade [dos meios de comunicação social] que se revelassem suscetíveis de colocar em risco esses valores de natureza constitucional, designadamente a sua liberdade e independência perante o poder económico, a possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião, a liberdade de imprensa e de informação, *i.e.* risco para o pluralismo mediático, estariam sujeitos uma oposição vinculativa.

Assim, em síntese, caso a ERC emitisse um parecer negativo relativamente à operação de concentração, mas por outros motivos que não os de fundados riscos para o pluralismo (interno ou externo), traduzidos em riscos para a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião, o mesmo não deverá ser qualificado de vinculativo para a AdC.⁴⁰

E perante tal desfecho, os trâmites procedimentais de instrução da operação de concentração notificada deverão ser retomados pela AdC, tendentes à adoção de uma decisão final.

c. O parecer é de não oposição

Perante este cenário⁴¹, a suspensão de prazo para adoção de uma decisão final pela AdC cessa (artigo 55.º, n.º 2 e 3 do RJC) após a receção do parecer da ERC, retomando-se, assim, a contagem do prazo de instrução previsto nos artigos 49.º, n.º 1 e 52.º, n.º 1, tendentes à adoção de uma decisão final, nos termos dos artigos 50.º ou 53.º, todos do RJC.

d. O parecer é de não oposição, desde que sejam asseguradas determinadas medidas de salvaguarda para a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião

Uma análise aos vários pareceres da ERC solicitados pela AdC ao abrigo do artigo 55.º do RJC (ou do seu antecessor, artigo 39.º da Lei n.º 18/2003) tem revelado uma clara maioria de pronúncias no sentido de uma não oposição da ERC à realização da operação. Contudo, casos existem em que a ERC faz depender tal pronúncia de não oposição ao cumprimento de um conjunto de requisitos.

40 Esteves de Oliveira, Costa Gonçalves, & Amorim, 2006: §V e §VII (cfr. nota de rodapé 4); *Vide supra* secção 3.1.

41 O cenário aqui previsto pressupõe que a emissão do parecer ocorreu no período concedido pela AdC para o efeito. Para o cenário do parecer não emitido no decurso do prazo concedido pela AdC, *vide* secção 4.2e).

A questão que, então, aqui se coloca é: como deverá/poderá a AdC reagir perante um parecer da ERC de não oposição quando este sentido se encontre condicionado à salvaguarda de determinadas medidas, as quais, se não acauteladas, convolam o mesmo parecer em de oposição e com caráter vinculativo por fundamentado na existência de risco para a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião?

Confrontada com tal cenário – e assumindo que o parecer da ERC se encontra devidamente fundamentado e se pronuncia de forma conclusiva, expressa e clara sobre todas as questões objeto de consulta (cfr. artigo 92.º, n.º 1 do CPA) – a AdC solicita à notificante que se pronuncie sobre as medidas de salvaguarda que a ERC faz condicionar a sua não oposição. Poderá fazê-lo ao abrigo do artigo 49.º, n.º 3 do RJC.

Consoante o teor da resposta da notificante (e da própria análise que a AdC fará ao parecer da ERC), uma questão emerge: *As medidas de salvaguarda indicadas pela ERC são suscetíveis de ser acauteladas pela AdC no âmbito do procedimento em causa?*

Por outras palavras, poderiam as mesmas ser, também, enquadradas num contexto de promoção e defesa da concorrência, sobre o qual a AdC tem competência para atuar ao abrigo dos seus Estatutos e RJC? A título ilustrativo, poderiam tais medidas adotar a natureza de “compromissos” (artigo 51.º do RJC), eventualmente a impor com vista a assegurar a manutenção de uma concorrência efetiva?

Se a resposta à questão colocada for positiva, caberá à AdC e à notificante procederem às devidas diligências nos termos do artigo 51.º do RJC.

Ao invés, se a resposta for negativa – ou seja, se as referidas medidas não forem de natureza jusconcorrencial, e assim não se enquadrando nas competências da AdC – parece-nos que o desfecho da instrução dependerá do resultado do diálogo entre a notificante e a ERC sobre a melhor forma de assegurar a salvaguarda das medidas por esta indicadas (cfr. artigo 55.º, n.º 5 do RJC).

Um aspeto importante a salientar é o de que a emissão do parecer por parte da ERC – independentemente do seu sentido estar ou não condicionado – implica a cessação da suspensão da contagem do prazo e a consequente retoma da instrução pela AdC (cfr. artigo 55.º, n.º 3 do RJC).

Esta situação poderá, no limite, levar a que a AdC se veja na iminência de ter de se pronunciar sobre a operação (sob pena de deferimento tácito) sem saber se o teor final do parecer da ERC é de oposição e vinculativo. Perante tal dilema parece-nos que restará à AdC recorrer aos mecanismos

de cooperação institucional com a ERC (artigo 9.º dos Estatutos da AdC) e aos mecanismos que o RJC lhe confere para gerir a instrução do processo, designadamente o da prorrogação de prazo até um máximo de 20 dias úteis (cfr. artigo 52.º, n.º 3 do RJC).

Uma vez concluído o “diálogo notificante-ERC”, se o mesmo se revelar infrutífero e a ERC convolar o sentido do seu parecer de não oposição condicionado em de *oposição*⁴², parece-nos que o procedimento da AdC deve ser declarado extinto⁴³.

Ao invés, se o mesmo diálogo “chegar a bom porto”, parece-nos que o sentido do parecer da ERC deverá ser interpretado como de não oposição.

O enquadramento exposto – com as devidas adaptações e extrações – é inspirado em casos concretos. Para além do anteriormente referido caso da Ccent.41/2009 (cfr. cenário 4.2a)) em que a notificante não aceitou a condição da ERC para emissão de um parecer de não oposição, no âmbito da Ccent. 21/2008 – *CATVP/TVTel*, o desfecho foi o inverso.

A AdC solicitou parecer à ERC nos termos do artigo 39.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho [atual artigo 55.º do RJC], tendo a ERC se pronunciado pela não oposição desde que fossem salvaguardadas determinadas medidas pela notificante. Após consultar a notificante sobre as mesmas, a AdC remeteu para a ERC a pronúncia final sobre se a resposta da notificante satisfazia as suas [ERC] pretensões, o que veio a ocorrer.

Na sua pronúncia final⁴⁴, a ERC define uma clara linha entre as suas competências de intervenção no procedimento e as da AdC:

“A existência dos serviços de programas assinalados na Deliberação, ou de outros de conteúdo equiparável, é condição de não oposição da ERC, entidade com competência para a determinar, não constituindo obrigações que a AdC deva ou possa fixar na decisão final sobre o processo. Compreende-se, portanto, que aquela Entidade tenha, ao abrigo do artigo 34.º, n.º 2 da Lei 18/2003, de 11 de Junho [atual artigo 49.º, n.º 3 do RJC], solicitado à Notificante que se pronunciasse quanto à sua capacidade para atender aos condicionalismos impostos pela ERC. Pois caberá a esta informar se poderá ou não cumprir o que é solicitado pela ERC.” (p. 9)

“A participação da Entidade Reguladora no processo não visa prosseguir os mesmos objectivos, mas sim salvaguardar, nos termos da Lei, a defesa dos valores subjacentes às

⁴² Numa situação análoga à já abordada no cenário 4.2a) sobre a Ccent. 41/2009.

⁴³ Vide cenário 4.2a).

⁴⁴ Deliberação n.º 2/OUT/2008, de 6.08.

suas atribuições. Os condicionalismos impostos pela ERC reportam-se ao exercício da sua competência própria, conforme supra exposto, visam assegurar valores próprios de regulação sectorial (garantia da livre expressão e diversidade de correntes de opinião), e não de defesa da concorrência.” (p. 10)

“Os condicionalismos impostos pelo Conselho Regulador desta Entidade valem por si, como requisitos de uma não oposição ao projecto. Em última análise, caberá à Notificante garantir a sua verificação, não carecendo de qualquer determinação posterior da AdC. Note-se, mais uma vez, que se trata de condições prévias e não de obrigações a serem instituídas ex post, como medidas condicionantes da autorização da AdC.” (p. 10)

e. A ERC não emite parecer no prazo concedido pela AdC

Nos termos do artigo 55.º, n.º 1 do RJC, a AdC, antes de tomar uma decisão que ponha fim ao procedimento, solicita que a respetiva autoridade reguladora emita parecer sobre a operação notificada, fixando um prazo razoável para esse efeito. Por outro lado, no caso do pedido de parecer ser à ERC a contagem do prazo de instrução pela AdC (artigos 50.º ou 53.º do RJC) suspende-se no primeiro dia útil seguinte ao do envio do pedido de parecer e termina no dia da sua receção (pela AdC) ou no fim do prazo concedido para a sua emissão, findo o qual (se não emitido) a AdC poderá adotar uma decisão no âmbito do procedimento de controlo de concentrações (artigo 55.º, n.os 2, 3 e 4 do RJC).⁴⁵

Perante este último cenário, o RJC é claro: o prazo de instrução e para a adoção de uma decisão pela AdC sobre a operação de concentração notificada retoma a sua contagem (artigo 55.º, n.º 4 do RJC).⁴⁶ No limite poderá presumir-se que a o silêncio da ERC equivale a uma não oposição.

Sem prejuízo, não se poderão descartar dois sub-cenários decorrentes do silêncio da ERC: (i) *o de esta, já após o término do prazo inicialmente concedido pela AdC, vir-lhe solicitar uma prorrogação para emissão do parecer;* (ii) *o de esta, já após o término do prazo inicialmente concedido pela AdC, vir emitir parecer negativo por colocar em risco os valores de pluralismo (i.e. que o tornariam vinculativo para a AdC).*

⁴⁵ Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 28.01.2015, processo n.º 7/13.8YQSTR, p. 31-32.

⁴⁶ Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 28.01.2015, processo n.º 7/13.8YQSTR, p. 31-32.

Este primeiro sub-cenário, e a correspondente resposta, decorrem do caso Ccent. 4/2013 – *Controlinveste*ZON Optimus*PT /Sport TV*Sportinveste*PTV*.

Neste, a AdC solicitou à ERC parecer nos termos do artigo 55.º do RJC, tendo-lhe fixado um determinado prazo para o efeito (n.º 1). Não obstante, já depois de o mesmo prazo ter findado, veio a ERC solicitar um prazo adicional ao inicialmente concedido pela AdC, o qual foi deferido.

Em litígio judicial, as notificantes alegaram que o silêncio da ERC no final do prazo inicial tinha implicado a cessação da suspensão do prazo da AdC, e que a concessão de um novo prazo para a ERC se pronunciar carecia de base legal (logo, o prazo de instrução da AdC não voltou a estar suspenso), pelo que a operação de concentração havia sido objeto de deferimento tácito (artigos 50.º, n.º 4 e 53.º, n.º 5, ambos do RJC).⁴⁷

Contrariamente ao alegado pelas Autoras (notificantes) entendeu o Tribunal que, desde que o prazo fixado pela AdC para a ERC se pronunciar (i) obedeça a critérios de razoabilidade (tendo em conta, nomeadamente, a complexidade associada ao caso); e (ii) seja contínuo (sem hiatos temporais), a sua suspensão mantém-se desde o pedido inicial até ao seu termo final.⁴⁸

Assim, “ainda que a extensão de prazo concedida à ERC tenha sido pedida e concedida após o termo do prazo inicial, a AdC fez coincidir o seu início com o fim do primeiro prazo, criando dessa forma um período temporal sem hiatos.”⁴⁹

O Tribunal concluiu que a AdC pode, ao abrigo do artigo 55.º, n.º 1 do RJC, modificar o período de tempo inicialmente fixado à ERC, mesmo após o termo da fração inicial e com efeitos retroativos (*i.e.* a prorrogação acresce ao prazo inicialmente concedido), desde que, no seu cômputo geral, o prazo respeite o critério da razoabilidade previsto naquela disposição legal. Em suma, o que importa é a razoabilidade do período de tempo concedido pela AdC à ERC⁵⁰ e que o mesmo seja contínuo.

Nestes termos – e respondendo ao sub-cenário indicado e assumindo que o pedido de prorrogação é deferido nos termos solicitados – deverá a AdC fundamentar o deferimento da prorrogação (v.g. aceitação da fundamentação

⁴⁷ Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 28.01.2015, processo n.º 7/13.8YQSTR.

⁴⁸ Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 28.01.2015, processo n.º 7/13.8YQSTR, p. 34.

⁴⁹ Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 28.01.2015, processo n.º 7/13.8YQSTR, p. 34.

⁵⁰ Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 28.01.2015, processo n.º 7/13.8YQSTR, P. 36.

de complexidade do caso objeto de parecer, invocada pela ERC), não deixando de, igualmente, expressa e claramente salientar que a extensão concedida é-o em adição ao prazo inicialmente fixado.

Concluindo, apenas assegurando este “contínuo temporal” de um prazo razoável evitará a AdC os riscos do seu prazo de instrução retomar a contagem (artigo 55.º, n.º 3 do RJC) e de um consequente deferimento tácito (artigos 50.º, n.º 4 e 53.º, n.º 5, ambos do RJC).

Quanto ao segundo sub-cenário – *já após o término do prazo inicialmente concedido pela AdC⁵¹, a ERC emite parecer negativo por a operação colocar em risco os valores de pluralismo* (i.e. o que o tornaria vinculativo para a AdC) – somos de opinião que o parecer não vincula a AdC.

Com efeito, temos que o princípio da segurança jurídica que assiste à entidade que conduz o procedimento e é responsável pelo seu desfecho (artigo 55.º, n.º 1 do CPA), bem como à da própria notificante enquanto requerente no procedimento se sobrepõe a uma eventual invocação do princípio do fundo sobre a forma.

Por outras palavras, ainda que a defesa e salvaguarda do pluralismo mereçam dignidade constitucional e legal, e por isso justifiquem uma proteção qualificada e materializada no caráter vinculativo de uma oposição, não deixa de ser um facto que a avaliação e a conclusão para atribuir tal proteção qualificada deve ocorrer no momento que a Lei estipula.

In casu, a AdC é a entidade responsável pelo procedimento de controlo de concentrações, a correr nos termos do RJC, incluindo pelo desfecho do mesmo⁵²; no âmbito de tal procedimento, e antes de adotar uma decisão final, o RJC estipula que a AdC deve solicitar parecer prévio à ERC sobre a operação sempre que esta tenha incidência sobre o sector da comunicação social; em virtude do parecer a emitir poder ser vinculativo, o RJC estipula que o prazo que a AdC dispõe para adotar uma decisão final sobre o procedimento que conduz se suspende pelo período de tempo concedido à ERC para emissão do parecer ou (se em momento anterior) até à sua receção pela AdC.

Assim, considerando que a não emissão do parecer vinculativo dentro do prazo estabelecido pela AdC não a impede de tomar uma decisão que ponha fim ao procedimento (cfr. artigo 55.º, n.º 4 do RJC), a Lei elimina a característica essencial do parecer da ERC emitido nestas circunstâncias: o das

51 E sem pedido de prorrogação.

52 Artigos 42.ºss do RJC, em particular artigos 44.º, 50.º e 53.º.

respetivas conclusões terem de ser seguidas pela AdC⁵³, i.e. o seu eventual caráter vinculativo.

Por esta razão, ainda que o sentido do parecer extemporâneo seja negativo por colocar em risco o pluralismo, a consequência legal pelo silêncio da ERC é a de devolver à AdC a condução do procedimento e a palavra final sobre a sua conclusão.

Pelo exposto, temos que o eventual caráter vinculativo de um parecer da ERC (não suportado em pedido de prorrogação) vigorará apenas enquanto decorrer o prazo que a AdC fixe para a sua emissão. Uma vez findo o prazo fixado para o efeito, a emissão de qualquer parecer extemporâneo, ainda que negativo, perde o seu caráter vinculativo.

f. O parecer da ERC é vago/ambíguo

Perante este cenário, e na ausência de uma disposição dedicada ao efeito, aplica-se o CPA, designadamente o seu já referido artigo 92.º: os “*pareceres devem ser sempre fundamentados e concluir de modo expresso e claro sobre todas as questões indicadas na consulta.*” (n.º 1).

Assim, caso o parecer da ERC se apresente vago ou ambíguo quanto ao seu objeto, alcance e/ou efeitos jurídicos, deverá a AdC solicitar os correspondentes esclarecimentos com a necessária urgência e celeridade.

Uma dúvida, contudo, poderá suscitar-se: o prazo de instrução da AdC cessa de estar suspenso?

Salvo melhor opinião, tal parece ser a consequência. Com efeito, salvo se o parecer emitido se apresentar manifestamente ininteligível quanto à sua fundamentação e sentido (cuja consequência seria a nulidade do mesmo⁵⁴), aplica-se o já referido artigo 55.º, n.º 3 do RJC e a consequente retoma da contagem do prazo para a AdC adotar uma decisão final.

g. O parecer é, numa fase inicial, de não oposição, tornando-se negativo e vinculativo numa fase posterior do procedimento em face de compromissos apresentados pela Notificante para solucionar/mitigar preocupações jusconcorrenciais.

Conforme resulta do artigo 51.º n.º 1 do RJC, a notificante pode, a todo o tempo, assumir compromissos com vista a assegurar a manutenção de uma concorrência efetiva.

53 Artigo 91.º, n.º 1 do CPA.

54 Artigo 161.º, n.º 2, al. c) do CPA.

Neste sentido, a assunção de um compromisso por parte da notificante implica, necessariamente, uma modificação do resultado final da transação – que pode, inclusivamente, até ser substancial por extensa e profunda⁵⁵ – e na estrutura de mercado em que as partes atuam.

Ainda que o referido artigo 51.º, n.º 1 do RJC preveja que o compromisso possa ser apresentado “a todo o tempo”, a experiência demonstra que, na maioria das vezes, apenas o é já numa fase muito adiantada do procedimento.

Esta circunstância temporal é relevante na medida em que, se o pedido de parecer ao abrigo do artigo 55.º do RJC tende a ser desencadeado numa fase ainda inicial do procedimento⁵⁶, o parecer emitido não contemplará – necessariamente – a modificação à transação notificada decorrente do compromisso assumido, a qual, reitera-se, poderá ser substancial.

Em concreto para o caso da ERC, o que numa fase inicial do procedimento e apenas com base na informação constante do formulário de notificação poderá ser um parecer de simples não oposição a determinada operação, poderá tornar-se de oposição e (no limite) vinculativo em resultado do compromisso assumido.

A AdC, perante a apresentação de compromissos, realiza a avaliação se, e em que medida, os mesmos são suscetíveis de afastar/mitigar as preocupações jusconcorrenciais identificadas no decurso da instrução.

Ora, em casos onde a operação notificada tem impacto em mercados sujeitos a regulação sectorial já ocorreram situações onde o regulador sectorial tivesse sido chamado a pronunciar-se sobre o desenho, a configuração e a viabilidade dos compromissos a assumir, em particular quando uma boa e eficaz implementação destes dependa da atuação do próprio regulador ao abrigo das suas competências.⁵⁷

Por outro lado, considerando que a transação notificada à AdC já não será a mesma da entretanto alterada por força dos compromissos, a pronúncia que o regulador sectorial terá então feito ao abrigo do artigo 55.º do RJC encontra-se desajustada por desatualizada.

⁵⁵ Botelho Moniz, 2016a: §9.

⁵⁶ O RJC estipula que a AdC solicite parecer “antes de tomar uma decisão que ponha fim ao procedimento” (artigo 55.º, n.º 1), o que viabiliza a possibilidade do mesmo o ser em qualquer momento do procedimento, desde que antes da adoção da decisão final (ao abrigo do artigo 50.º ou 53.º do RJC). Por exemplo, na Ccent. n.º 37/2014 – *Suma/EGF*, a AdC solicitou parecer à ERSE já em fase de investigação aprofundada.

⁵⁷ Botelho Moniz, 2016b: §8. Por exemplo, no âmbito da Ccent. n.º 8/2006 – *Sonae*Sonaecom/PT*PTM*, a ANACOM emitiu vários pareceres, inclusive sobre os compromissos em discussão.

Neste sentido – em razão da maior adequação da decisão (e dos seus fundamentos) ao contexto jusconcorrencial pós-operação – será aconselhável que a AdC volte a solicitar parecer ao regulador sectorial sobre a “nova operação”, nos termos do artigo 55.º do RJC.⁵⁸

Note-se que a AdC não se encontra legalmente obrigada a solicitar novo parecer ao regulador. Com efeito, o artigo 55.º, n.º 1 do RJC apenas estipula que a AdC solicite ao regulador que emita parecer sobre a “*operação modificada*”.

Ora, tendo o cumprimento de tal dever legal já ocorrido aquando do primeiro pedido, qualquer decisão de proceder a um pedido adicional de parecer, ainda que aconselhável, não deixa de estar enquadrado no âmbito da discretionaryade da AdC. Contudo, caso opte por fazê-lo desencadear-se-ão todas as consequências que daí possam advir, incluindo suspensão de prazo de instrução no caso de o parecer ser solicitado à ERC.

E, aqui, uma de três situações poderá ocorrer: (i) a ERC não se opõe à operação “modificada” (e aos compromissos que a acompanham) por considerar que a mesma não é suscetível de colocar em risco o pluralismo; o entendimento vertido no primeiro parecer é reiterado; (ii) ao invés, ERC considera que a operação “modificada” coloca em causa o pluralismo (interno e externo) e convola o seu parecer inicial de não oposição em parecer de oposição com caráter vinculativo; ou (iii) a ERC faz depender uma pronúncia de não oposição ao cumprimento de um conjunto de requisitos.

Perante a situação (ii) dificilmente a AdC estará em condições de prosseguir a sua análise e emitir uma decisão de não oposição, na medida em que ou:

- a) Aceita o compromisso proposto se este for jusconcorrencialmente válido (*i.e.* vai de encontro às preocupações da AdC), mas depara-se com a inevitabilidade de uma declaração de extinção do procedimento por este entrar em colisão com uma posição que lhe é de oposição e vinculativa (cfr. artigo 95.º, n.º 1 do CPA);

⁵⁸ Sem prejuízo da pronúncia do regulador incidir sobre a operação modificada, será inevitável que também se pronuncie sobre os compromissos a assumir, designadamente sobre a sua viabilidade e exequibilidade. Neste sentido, poderemos ter um parecer emitido ao abrigo do artigo 55.º do RJC e que também esteja enquadrado na consulta a realizar no âmbito do artigo 51.º, n.º 3 do RJC (na qual a AdC pode solicitar as informações que considere necessárias para avaliar se os compromissos apresentados são suficientes e adequados para assegurar a manutenção da concorrência efetiva ou quaisquer outras que se revelem necessárias à instrução do procedimento).

- b) Não aceita o compromisso proposto e – na ausência de outro – emite, necessariamente, uma decisão de proibição, nos termos do artigo 53.º, n.º 1, al. b) do RJC.

Perante a situação (iii), remeta-se para as considerações *supra* relativamente ao cenário 4.2d).

5. SÍNTESE CONCLUSIVA

Os princípios constitucionais da liberdade de imprensa e de informação, da livre expressão e do confronto das diversas correntes de opinião representam valores constitucionais e legais que justificam uma promoção e uma proteção prevalente face ao do livre exercício de iniciativa económica privada, e no qual se inclui a possibilidade de uma empresa concentrar na sua titularidade participações noutras empresas.

Com a presente exposição pretendeu-se dar uma ilustração do enquadramento constitucional, legal e administrativo que preside à articulação entre a AdC e a ERC no âmbito da solicitação e emissão de parecer ao abrigo do artigo 55.º do RJC.

Pretendeu-se, também explorar um conjunto (necessariamente não exaustivo) de cenários com que a AdC se poderá deparar em face das conclusões que ERC verta no seu parecer e como poderá reagir.

BIBLIOGRAFIA

BOTELHO MONIZ, Carlos (Coord.)

- 2016a “Anotação ao Artigo 49.º”, *Lei da Concorrência Anotada*, Coimbra, Almedina, pp. 508-514.

- 2016b “Anotação ao Artigo 55.º”, *Lei da Concorrência Anotada*, Coimbra, Almedina, pp. 576-587.

CANOTILHO, J.J. Gomes & MOREIRA, Vital

- 2007a “Anotação ao artigo 18.º”, *Constituição da República Anotada*, vol. I, 4.ª Ed. Revista, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 379-396.

- 2007b “Anotação ao artigo 38.º”, *Constituição da República Anotada*, vol. I, 4.ª Ed. Revista, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 557-595.

- ESTEVEZ DE OLIVEIRA, Mário; COSTA GONÇALVES, Pedro & PACHECO DE AMORIM, J.
2006 “Anotação ao artigo 98.º”, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.ª Ed., Coimbra, Almedina, pp. 441-446.
- MARQUES, Maria Manuel Leitão & MOREIRA, Vital
2017a “Anotação ao artigo 35.º”, *Lei da Concorrência – Comentário Conimbriense*, in Lopes Porto, Manuel; Cruz Vilaça, José Luís da; Cunha, Carolina; Gorjão-Henriques, Miguel (Dir.); Anastácio, Gonçalo (Coord.), 2.ª Ed. Coimbra, Almedina, pp. 493-509.
- 2017b “Anotação ao artigo 55.º”, *Lei da Concorrência – Comentário Conimbriense*, in Lopes Porto, Manuel; Cruz Vilaça, José Luís da; Cunha, Carolina; Gorjão-Henriques, Miguel (Dir.); Anastácio, Gonçalo (Coord.), 2.ª Ed. Coimbra, Almedina, pp. 689-694.

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 613/2008, de 10.12.2008, processo n.º 425/08.

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 28.01.2015, processo n.º 7/13.8YQSTR.

A UTILIZAÇÃO JUSCONCORRENCIAL DE COMPROMISSOS COMO MECANISMO DE REGULAÇÃO

Inês Azevedo*

ABSTRACT This article discusses the underlying reasons and consequences of the European Commission's frequent resort to commitment decisions. Through an in-depth analysis of the process of liberalisation of the European electricity sector, the article suggests that commitment decisions are not the incidental result of negotiations but often the intended result of the Commission's strategy. It is hypothesized that, as a result, competition law is being used by institutional actors as a new regulatory instrument.

SUMÁRIO 1. Introdução. 2. Compromissos: noção, origem e evolução. 2.1. Definição. 2.2. Origem: os *consent decrees*. 2.3. Surgimento na União Europeia. 3. Delimitação da figura jurídica dos compromissos. 3.1. Os compromissos e as decisões condenatórias. 3.2. Regime Legal. 3.3. Razão do sucesso dos compromissos. 4. Direito da Concorrência e Regulação Económica. 4.1. Definições. 4.2. Aproximação dos conceitos. 4.3. Enquadramento dos compromissos no conceito de regulação. 5. Discricionariedade da Comissão Europeia. 5.1. Revisão judicial dos compromissos. 5.2. Aplicação do princípio da proporcionalidade. 5.3. Garantias procedimentais e direito a um processo equitativo. 6. Assimetria de posições entre as empresas e a Comissão Europeia. 7. A utilização de compromissos como mecanismo de regulação: A liberalização do setor energético. 8. Crítica. 9. Conclusão

1. INTRODUÇÃO

O presente texto versa sobre os compromissos, mecanismo administrativo alternativo para a aplicação do direito da concorrência (DC), que é utilizado

* Jurista no Banco de Portugal. Este texto corresponde a uma versão adaptada e condensada da dissertação de mestrado apresentada a 4 de junho de 2018, na Universidade Católica Portuguesa, no âmbito do Mestrado em Direito e Gestão. Durante o texto, todas as disposições legais referenciadas, desacompanhadas de qualquer indicação expressa, reportam-se ao Regulamento (CE) n.º 1/2003, de 16 de dezembro de 2002. Quero deixar uma nota de agradecimento ao Professor Doutor Lúcio Tomé Feteira, ao Professor Doutor João Confraria e à Professora Doutora Patrícia Fragoso Martins, pelos seus contributos.

de maneira cada vez mais frequente pela Comissão Europeia (CE), e que tem vindo a ganhar uma posição de destaque no direito da União Europeia (UE).

As justificações facultadas para a proliferação do recurso a este mecanismo, que se prendem genericamente com questões de eficiência, muitas vezes não fundamentam de forma plenamente satisfatória essa opção, dado que os compromissos, devido ao seu caráter perfunctório e generalista e às concessões processuais e de garantia que lhe estão subjacentes, são frequentemente menos vantajosos do que a emissão de uma decisão formal de condenação.

Como tal, esta circunstância deixa antever a possibilidade de existirem interesses mais latos (e sub-reptícios), por parte das autoridades competentes, que possam justificar o recurso crescente a este mecanismo. Será essa a questão aqui abordada.

2. COMPROMISSOS: NOÇÃO, ORIGEM E EVOLUÇÃO

2.1. Definição

Os compromissos são uma figura jurídica administrativa de âmbito concorrencial, que surgiu na UE em 2004, com a adoção do Regulamento 1/2003.

Os compromissos têm como propósito garantir o cumprimento dos arts. 101.º e 102.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), consubstanciando um meio alternativo à declaração formal de existência de uma infração. Através deste mecanismo, perante a suspeita de uma infração, a CE pode tornar vinculativos determinados compromissos propostos pelas empresas, sem que a existência de uma infração venha a ser comprovada.

2.2. Origem: os *consent decrees*

A criação dos compromissos foi inspirada na figura anglo-saxónica do *consent decree*¹, que consiste num mecanismo administrativo através do qual a *Federal Trade Commission* (FTC) ou o *Antitrust Division of the Department of Justice* (DOJ) – órgãos responsáveis pela aplicação do DC nos Estados Unidos da América –, perante uma possível infração concorrencial, celebram com a empresa um acordo que adequadamente responda aos problemas concorrenciais *sub judice*, evitando-se assim a emissão de uma decisão formal de condenação.

¹ Broder, 2010; Georgiev, 2007:1006-1017.

Estes acordos foram utilizados pela primeira vez em 1906², e a sua crescente utilização levou ao surgimento, nos Estados Unidos da América, de uma *culture of consent*, com a aplicação do DC a passar de um sistema centrado na litigância para um sistema baseado na celebração de acordos [segundo Ginsburg & Wright (2013: para. 11), “*both the FCT and the Antitrust Division have settled more than 90 percent of the civil cases they have brought in the last twenty years*”].

Numa análise comparativa, tanto os *consent decrees* como os compromissos assentam num acordo celebrado entre a empresa e a autoridade competente, através do qual se estabelecem restrições à liberdade da empresa em prol da reconstituição do equilíbrio concorrencial. Contudo, entre estes mecanismos existem assinaláveis diferenças:

- Os compromissos não são aplicáveis a operações de concentração, enquanto os *consent decrees* podem abranger restrições da concorrência e operações de concentração;
- Contrariamente aos *consent decrees*, os compromissos não podem aplicar coimas; e
- Os compromissos raramente são sujeitos a revisão judicial, enquanto os *consent decrees* encetados pelo DOJ são obrigatoriamente sujeitos a homologação judicial³.

Perante as diferenças existentes entre os dois mecanismos, vários autores criticaram a transposição que foi feita da figura anglo-saxónica para a realidade europeia, alegando que houve uma incorreta e inadequada adaptação do mecanismo⁴ e que tal facto poderá ter comprometido a sua segurança e legitimidade.

² Phillips Jr., 1961:42.

³ De acordo com o United States Code, 15:1, §16 [e], “*Before entering any consent judgment proposed by the United States under this section, the court shall determine that the entry of such judgment is in the public interest*”. Esta revisão judicial dos *consent decrees*, *conditio sine qua non* para a sua validade, garante que, pelo menos a nível formal, existe sobre eles um controlo independente e adicional. De acordo com Furse (2004:2-3), esta homologação “*was introduced in order to counteract ‘sweetheart deals’, where ‘powerful corporate interests used political influence to negotiate a consent decree that did not adequately address the issues raised in a lawsuit’*”.

⁴ Georgiev, 2007:976 e 981-982; Jenny, 2015:707-708.

2.3. Surgimento na União Europeia

Até à adoção do Regulamento 1/2003, perante a suspeita de infrações aos arts. 101.º ou 102.º do TFUE, a CE procedia à celebração de acordos com as empresas, para que uma solução pudesse ser consensualizada e se evitasse um processo formal de condenação. A adoção oficiosa destes compromissos, que ocorria à margem da lei e em relação à qual a falta transparência era sobejamente conhecida, tinha como única garantia legal o princípio da proteção da confiança legítima das partes, o que gerava problemas de segurança jurídica⁵. Como tal, sentiu-se a necessidade de se regular esta atividade.

Em 1999, com a adoção do *Livro Branco sobre a Modernização das Regras de Aplicação dos Artigos 81º e 82º do Tratado CE*, a CE deu início a um profundo processo de reforma do DC, que culminou com a adoção do *Pacote de Modernização*⁶, cujo intuito passava por modernizar três vertentes do DC, nomeadamente:

- Vertente substantiva – com a passagem de uma proteção estática da liberdade de comércio para uma proteção dinâmica da concorrência, transitando-se de uma *form-based approach* para uma *effects-based approach*;
- Vertente institucional – com a descentralização da aplicação do DC e a criação de uma *network antitrust enforcement*; e
- Vertente processual – com a implementação de mecanismos alternativos para a resolução de infrações, como os compromissos ou a clemência.

O elemento-chave deste *Pacote* consistiu na adoção do Regulamento 1/2003, que desencadeou profundas alterações no paradigma de aplicação do DC.

Como tal, com fundamento nas críticas existentes ao desalinhamento entre o DC europeu e o pensamento neoclássico dominante⁷, a aplicação do DC passou de uma abordagem geralmente tida por excessivamente formalista e legalista para uma abordagem mais económica (sobretudo na aplicação do artigo 102.º do TFUE⁸). Como afirma MONTI (2007:52), “*the increased importance of economic efficiency is a result of a change both in substantive analysis*

5 Georgiev, 2007:995-997; Wils, 2008b; Cengiz, 2011:132; Mantzari & Tapia, 2013:609-611.

6 IP/04/411; Georgiev, 2007:981; Gerard, 2013:2.

7 Segundo a teoria neoclássica, a eficiência e progresso económico apenas seriam alcançados quando se garantisse que os mercados funcionassem livremente e com concorrência.

8 Comissão Europeia, 2005 e 2009.

and in procedure. At the substantive level, the Commission increasingly uses economic analysis to determine the welfare effects of practices under scrutiny. At a procedural level, Regulation 1/2003 creates an environment where the prohibition of agreements under Article 81 is only likely when the agreement has actual adverse effects on economic welfare”.

Em consonância, surgiu também a denominada *economic based approach* que, na determinação de infrações concorrelais, se foca sobretudo nos efeitos que as condutas dos agentes têm no mercado e na repercussão das mesmas no bem-estar dos consumidores, por oposição à abordagem mais formalista (típica do DC Europeu), que se focava na tipificação de determinados tipos de condutas, independentemente do seu impacto no mercado⁹.

Estas alterações foram ainda concatenadas com e reforçadas por outras alterações (como a criação da figura do *Chief Competition Economist*), que tiveram como intuito incitar a que as decisões da CE se pautassem por um maior rigor e independência. Neste sentido, a própria introdução e expansão do recurso aos compromissos traduziu uma preferência pelo objetivo de eficiência, que não só esteve na base da modernização, como reflete o valor supremo da economia neoclássica.

3. DELIMITAÇÃO DA FIGURA JURÍDICA DOS COMPROMISSOS

3.1. Os compromissos e as decisões condenatórias

De acordo com o Regulamento 1/2003, perante a existência de uma potencial infração concorrelal, a CE pode emitir uma decisão condenatória (art. 7.º), estabelecer a adoção de medidas provisórias (art. 8.º) ou proceder à celebração de compromissos (art. 9.º). Dado que as medidas provisórias têm pouca expressão na UE, apenas se trará à colação os dois mecanismos mais importantes para a aplicação do DC – nomeadamente, os compromissos e decisões condenatórias.

A principal vantagem do recurso ao art. 7.º reside na possibilidade de se emitir uma decisão formal de condenação, que incorpora uma série de benefícios, tais como a prevenção de reincidências (através do condicionamento negativo do infrator), a eliminação de possíveis ganhos ilícitos que este tenha obtido com a conduta (através da imposição de uma coima), e a clarificação

⁹ Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico, 2005; Colomo, 2016.

da lei e acervo de certeza jurídica (dado o recurso frequente a instâncias judiciais).

Por sua vez, o art. 9.º permite a resolução célere e efetiva de um potencial problema concorrencial, possibilitando a rápida reposição da concorrência no mercado com custos diminutos para as empresas e CE.

Em termos teóricos, poder-se-á afirmar que, enquanto as decisões condenatórias se focam sobretudo em sancionar comportamentos passados (com base numa justiça punitiva e reativa), os compromissos se focam no futuro, tentando influenciar comportamentos vindouros (com base numa atuação preventiva). Dentro de determinados limites, a CE tem liberdade para decidir por qual dos mecanismos optar. No entanto, esta deverá sempre proceder a uma ponderação casuística das vantagens e desvantagens de cada um, uma vez que, dadas as suas diferenças, a sua adequabilidade irá depender do caso em análise¹⁰.

Genericamente, e sem prejuízo da discricionariedade atribuída à CE, a posição comumente aceite é a de que os compromissos apenas devem ser adotados quando os seus benefícios superem os de uma decisão condenatória, devendo existir, num momento prévio, uma predisposição para se adotar uma decisão formal de condenação¹¹.

3.2. Regime legal

Para que os compromissos possam ser adotados, é necessário que se encontrem cumulativamente reunidos os seguintes requisitos:

- Predisposição das empresas para cooperar com a CE, devendo estas demonstrar um claro interesse em alcançar um consenso que permita acautelar as suas preocupações;
- Que não esteja em causa uma operação de concentração, nem casos cuja solução deva passar pela imposição de uma coima;
- Que existam razões de eficiência que justifiquem a não adoção de uma decisão de condenação.

Conforme disposto no Considerando 13, os compromissos não pressupõem a admissão de culpa por parte das empresas, nem nenhuma conclusão

10 Wils, 2008a:37-38.

11 De acordo com Carpagnano & Pera (2008:671), “*commitment decisions should be seen as a marginal tool available to antitrust authorities to be used to solve specific (and less serious) cases*”.

quanto à existência de uma infração. Não obstante, uma vez aceites, estes têm natureza vinculativa e, como tal, constituem uma decisão administrativa com efeitos legais (art. 9.º/1 do Regulamento 1/2003 e art. 288.º do TFUE), provocando a cessação da investigação em curso com base na existência de uma solução que adequadamente responda às preocupações da CE.

Quanto à sua configuração, os compromissos devem ser inequívocos e autónomos, e as medidas que os consubstanciam devem ser céleres, suficientes, simples e claras¹². Materialmente, estes podem ser comportamentais ou estruturais, consoante o tipo de efeitos que desencadeiem: os compromissos serão comportamentais quando os seus efeitos se dirijam a modificar a conduta das empresas, e estruturais quando se dirijam a alterar a estrutura do mercado onde estas atuam. De acordo com Capobianco & Ogawa (2016:11), os compromissos estruturais são mais efetivos do que os comportamentais, “*because they are clearer, usually one-off, more easily enforceable and do not require ongoing monitoring*”. Contudo, o Considerando 12 estabelece restrições à sua aplicabilidade, na medida em que as soluções estruturais apenas devem ser adotadas quando não exista qualquer solução de conduta igualmente eficaz ou, existindo, caso esta seja mais onerosa.

O procedimento para a adoção de compromissos é bastante simples, passando essencialmente por três fases: a apreciação preliminar, que é dirigida pela CE às empresas e que contém as suas preocupações concorrenciais; a consulta de mercado, que envolve a publicação de um resumo do processo e do conteúdo essencial dos compromissos no Jornal Oficial da União Europeia, havendo a possibilidade de terceiros interessados submeterem comentários (art. 27.º/4); e, por fim, a adoção dos compromissos e sua publicação (arts. 9.º/1 e 30.º/1).

Após a adoção dos compromissos, a CE poderá monitorizar o seu cumprimento através da análise de relatórios elaborados pelas empresas, de informações prestadas por terceiros, ou da nomeação de um administrador fiduciário.

Em caso de incumprimento, a CE poderá aplicar uma coima [art. 23.º/2, c)], aplicar uma sanção pecuniária compulsória [art. 24.º/1, c)] ou reabrir o processo [art. 9.º/2, b)].

Os tribunais nacionais têm a incumbência de zelar pelo cumprimento dos compromissos adotados pela CE. Contudo, a decisão adotada a nível europeu não prejudica a possibilidade de, a nível nacional, o caso ser novamente

¹² Almunia, 2013:4; Italianer, 2013:7-8; Blanco et al., 2013:581; Comissão Europeia, 2012.

julgado, podendo os tribunais nacionais chegar a uma conclusão quanto à existência (ou não) de uma infração (Considerandos 13 e 22)¹³.

3.3. Razão do sucesso dos compromissos

A celebração de compromissos comporta uma série de vantagens, tanto para a CE como para as empresas, o que justifica que estes tenham alcançado uma posição de destaque na UE.

Na perspetiva das empresas, estes possibilitam que haja uma gestão de riscos, redução de custos (tanto monetários como de tempo), uma rápida retoma da atividade económica, ausência de coimas¹⁴, ausência de uma decisão de condenação (e impossibilidade de haver reincidência, o que constituiria uma situação agravante¹⁵), possibilidade de se protegerem informações sensíveis, manutenção dos lucros que se tenham obtido com a infração¹⁶, obtenção de conhecimento privilegiado sobre entendimentos da CE, controlo e influência dos remédios a impor, prevenção de interposição de ações de indemnização, contenção do impacto que o processo possa vir a ter no valor das ações [já que, segundo Aguzzoni et al. (2003:328), grande parte das perdas que uma empresa sofre com uma decisão condenatória se relacionam não com a coima em si, mas com o processo de condenação], controlo do risco reputacional, manutenção de uma boa relação com o supervisor e obtenção de boa publicidade.

13 A este propósito, foi recentemente apresentado um pedido de decisão prejudicial por parte do Tribunal Supremo de Espanha, relativamente à vinculação a que os tribunais nacionais se encontram sujeitos quanto a compromissos celebrados pela CE. No Acórdão de 23 de novembro de 2017, C-547/16, EU:C:2017:891, §29, o Tribunal de Justiça declarou que, não obstante o facto de os tribunais nacionais não se encontrarem vinculados aos compromissos celebrados pela CE, “os órgãos jurisdicionais nacionais não podem ignorar esse tipo de decisões. Com efeito, esses atos, de qualquer forma, têm carácter decisório. Além disso, tanto o princípio da cooperação leal, enunciado no artigo 4.º, n.º 3, TUE, como o objetivo de uma aplicação eficaz e uniforme do direito da concorrência da União impõem ao tribunal nacional que tenha em conta a apreciação preliminar da Comissão e a considere um indício, ou mesmo um princípio de prova, da natureza anticoncorrencial do acordo em causa à luz do artigo 101.º, n.º 1, TFUE”. Consequentemente, o poder judicial atribuiu um caráter indiciário (e até probatório) aos compromissos, tendo assim posto em causa algumas das principais características que lhes estão associadas.

14 Sendo esta ausência bastante importante, dado que as coimas têm vindo a assumir um papel preponderante na aplicação do DC. Neste sentido, no Acórdão de 8 de dezembro de 2011, KME Germany v. Comissão, C-389/10 P, EU:C:2011:816, §109, o TJ constatou que “o direito comunitário é presentemente caracterizado pelo enorme montante das coimas aplicadas pela Comissão, um desenvolvimento que é frequentemente designado como a «penalização» de facto do direito europeu da concorrência”.

15 Comissão Europeia, 2006: para. 28.

16 Mariniello, 2014:5.

Para a CE, as vantagens prendem-se com a redução do tempo necessário para solucionar potenciais infrações, possibilidade de haver uma racionalização e gestão de recursos, rápida reposição da concorrência no mercado, facilidade procedural (não tendo a CE de desenvolver robustas e complexas teorias, suportadas em factos e provas concretas¹⁷), aumento do número de casos solucionados, facilidade em resolver problemas que são económica ou politicamente importantes mas legalmente ambíguos, facilidade em impor soluções (mesmo que a sua posição legal seja fraca, os factos pouco relevantes ou a análise económica ou legal subjacente pouco consistente¹⁸), possibilidade de compatibilizar perspetivas dispareces que existam na CE¹⁹, possibilidade de impor remédios mais exigentes e criativos²⁰ (podendo inclusivamente prever soluções semelhantes ou mais exigentes do que ao abrigo de uma decisão condenatória²¹), prevenção da exposição a críticas externas, possibilidade de transpor para a indústria os seus interesses²², antecipação de problemas e maior foco no futuro (com uma atuação preventiva e proactiva), obtenção de rápidas alterações na estrutura dos mercados e possibilidade de corrigir falhas regulatórias. Concomitantemente, a CE pode tirar proveito destas vantagens sem que para tal tenha de limitar a sua liberdade de atuação, uma vez que, a qualquer momento (e sem que o tenha de fundamentar), pode optar por emitir uma decisão formal de condenação.

17 De maio de 2004 a dezembro de 2013, as decisões condenatórias tinham em média 160 páginas, por contraposição aos compromissos, que apenas tinham 21 (Jenny, 2015:734). Segundo Bay & Schweitzer (2016:5) “*some think that article 9 proceedings have been a convenient means of closing particularly difficult cases*”.

18 Segundo Monnoyeur et al. (2010:176), os compromissos são utilizados em casos “*where the Commission would not have been able to prove an infringement of competition law*”. Neste sentido, também Marsden (2015:75-76) afirma que existem três tipos de situações em que estes podem ser utilizados como atalhos: “*when object is no object*”, “*possible but not likely*” e “*creating law through commitments*”. Lang (2009b:144) constata ainda que “*accepting commitments is therefore not necessarily a sign of success for the Commission. It may also be a sign of weakness, whether procedural or analytical*”.

19 Bellis, 2016:7.

20 Segundo Lang (2009a:49) “*competition authorities may be led to try to achieve what would in fact be regulatory objectives by action under competition law, by trying to make companies comply with instructions which could not be based on competition law*”.

21 Lang, 2006:316-317; Cavicchi, 2011:14; Ginsburg & Wright, 2013:89; Wagner-von Papp, 2013:3-4; Dunne, 2014a:416.

22 Lage & Allendesalazar, 2008:583.

Como tal, e contrariamente à expectativa inicial (em que se considerava que os compromissos iriam ocupar uma posição marginal na aplicação do DC²³), estes vieram a adquirir uma posição de destaque [segundo Jenny (2015:702), “*in the ten years since the adoption of Regulation 1/2003, enforcement decisions have become the exception [...] and commitment decisions have become the norm*”].

Este sucesso contribuiu para que houvesse um aumento da interação entre os setores privado e público, tendo a sua relação passado de um modelo clássico (baseado em processos litigiosos e contraditórios) para uma relação cooperativa (baseada no diálogo e mútua coadjuvação). Segundo Sage & Skoczny (2015:12), “*public-private dialogue amounts now to a key element of ‘dealing’ with most competition cases in Europe*”. Em consonância, sobreveio uma profunda alteração na aplicação do DC, com uma aproximação deste à regulação económica (RE), e com o surgimento da denominada *regulatory competition law* e de uma cultura jurídica baseada em consensos²⁴.

4. DIREITO DA CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO ECONÓMICA

4.1. Definições

A RE e o DC são duas formas de intervenção no mercado, que têm como intuito alterar o seu funcionamento e aumentar o bem-estar dos consumidores. Contudo, os dois conceitos são multifacetados e indeterminados, o que impede que haja uma delimitação precisa e estanque das suas características. Apesar de estes partilharem algumas semelhanças (como o facto de ambos terem a função de corrigirem ou mitigarem falhas de mercado), entre eles existem inúmeras diferenças, utilizando meios distintos e prosseguindo diferentes objetivos²⁵.

Em termos gerais, poder-se-á definir RE como o conjunto de medidas legislativas, administrativas ou convencionais, adotadas por uma autoridade pública em relação a determinado setor do mercado, por forma a orientá-lo de acordo com determinadas escolhas políticas, económicas e sociais. O processo de regulação assenta numa base triangular, com as empresas e os consumidores a ocuparem a posição de base, e o regulador no topo. Segundo Confraria

²³ De acordo com Lang (2009:122), “*the Commission initially believed that commitment decisions would be unusual and rare*”.

²⁴ Waelbroeck, 2009; Gerard, 2013:17; Dunne, 2014a:442-444.

²⁵ Auf'Mkolk, 2012:153; Dunne, 2014b:229.

(2011:59), este processo irá ocorrer sempre que existam *falhas e imperfeições de mercado*, ou seja, quando estejam em causa “bens públicos, monopólio natural, externalidades, deficiências na informação acessível aos agentes económicos, casos específicos de risco e incerteza, problemas de concorrência imperfeita e custos de ajustamento”. Em abstrato, a RE tanto pode ocorrer através de alterações à estrutura do mercado, como ao comportamento dos agentes económicos. A sua intervenção ocorrerá tendencialmente num momento *ex ante*, com a prescrição de determinado resultado para um determinado setor. As obrigações que resultem dessa regulação serão estáticas, impositivas e proactivas, com um carácter positivo e detalhado.

Por outro lado, o DC tem como objetivo controlar eventuais distorções do processo competitivo, sancionando infrações que venham a ocorrer. A atividade sancionatória desenvolvida pelo DC permite punir o infrator, compensar os danos sofridos por terceiros, criar precedentes legais e proibir/condenar publicamente a conduta adotada, tendo um objetivo de prevenção geral, tanto numa perspetiva positiva/de integração – de reforçar a confiança da comunidade na vigência e validade do direito –, como numa perspetiva negativa/ de intimidação – de ameaçar outros agentes através do sofrimento que se inflige ao infrator²⁶. Os objetivos do DC passam pela promoção da eficiência dos mercados, bem-estar dos consumidores e obtenção de uma afetação eficiente de recursos. A intervenção será tendencialmente indireta, transversal e instrumental, com a proscrição de certas categorias de condutas anti concorrenciais. Neste sentido, impõem-se restrições à liberdade de atuação das empresas num momento *ex post* (intervenção corretiva), com a prescrição de obrigações negativas e reativas, de carácter genérico e abstrato, com uma natureza intrinsecamente dinâmica.

Caso exista um conflito entre determinada regulação e a concorrência de mercado, esta última terá prevalência jurídica sobre a regulação, uma vez que o DC consubstancia direito primário da UE [ou seja, de acordo com Gorjão-Henriques (2010:307), “integra o direito que criou e moldou (e configura) a actual União Europeia”], enquanto a RE é direito secundário [ou seja, é o direito que, de acordo com Gorjão-Henriques (2010:307), “é criado no dia-a-dia da vida da Comunidade e da União pelos órgãos previstos nos tratados”].

²⁶ Dias, 2012:50-51.

4.2. Aproximação dos conceitos

No plano europeu tem existido, ao longo do tempo, uma tendência para que os conceitos de DC e de RE se aproximem, tendo estes passado de uma situação em que eram considerados mecanismos alternativos com uma correlação negativa (em que haveria um maior nível de concorrência quanto menor fosse a intervenção regulatória), para uma relação harmoniosa e baseada na complementaridade²⁷. Concomitantemente, houve um esbatimento cada vez mais significativo das suas diferenças e uma aproximação gradual do DC à RE.

De acordo com diversos autores, o DC tem vindo a ser utilizado, desde meados da década de 90 do século passado (e de forma cada vez mais premente)²⁸, como um mecanismo para regular os mercados (*regulatory antitrust*)²⁹, tendo este período sido marcado pela existência de um esforço de liberalização, empreendido pela CE, de setores económicos tradicionalmente sujeitos a regulação estatal³⁰. Para tal, esta autoridade recorreu quer à emissão de regulação quer à aplicação do DC (com a utilização conjunta dos atuais arts. 102.º e 106.º do TFUE).

Em consonância, o recurso ao DC veio a assumir características paradigmáticas da atividade regulatória, tendo passado, em determinados casos, a ocorrer através de um processo cooperativo (ao invés de um processo contraditório), num momento *ex ante* à existência de uma infração, com a imposição de obrigações detalhadas e positivas (que muitas vezes requerem monitorização) e um foco em atingir resultados que vão para além da reposição da concorrência no mercado.

Como tal, e recorrendo a conceitos explorados por First (1995), tem havido a transição, na aplicação do DC, de uma *legalistic regulatory culture* (baseada na proteção dos que sofreram danos com determinada infração) para uma *bureaucratic regulatory culture* (onde se procura decidir como devem funcionar os mercados e a economia). Destarte, Dunne (2014a:414) afirma que “*the use of certain public enforcement procedures – including negotiated settlements – plus adoption of quasi-regulatory enforcement standards, case theories, and remedies,*

²⁷ Segundo Auf'Mkolk (2012:153) “*ex ante regulation and ex post antitrust intervention go hand in hand, and complement each other*”.

²⁸ Melamed, 1995:1; Colomo, 2010:261; Mantzari & Tapia, 2013:625-627; Ginsburg & Wright, 2013: para. 2; Capobianco & Ogawa, 2016:21.

²⁹ Mantzari & Tapia, 2013:605-608.

³⁰ Usualmente, estes eram setores com monopólios naturais ou indústrias de rede (Colomo, 2010:269-270).

have blurred the ostensible line, to a greater or lesser extent, between competition law and the regulatory enterprise.

Segundo Georgiev (2007:1023), ao utilizar um mecanismo concorrencial para atingir objetivos regulatórios “*the Commission serves as a market regulator*”, conseguindo circunvalar o processo necessário para que normas regulatórias possam ser aprovadas e a estrutura dos mercados alterada³¹, evitando ainda a oposição de Estados-Membros em assuntos politicamente controversos³². Como tal, e nas palavras de Hancher & Hauteclocque (2012:322), “*increasingly, the Commission is resorting to quasi-regulatory measures to foster competition under the antitrust interventions*”.

4.3. Enquadramento dos compromissos no conceito de regulação

Existem determinadas características nos compromissos que, não obstante a sua natureza concorrencial, os permitem aproximar do conceito de regulação. Neste sentido, sendo a aplicação do DC importante para manter o *status quo* no mercado (restituindo a concorrência e ordem perturbadas tal como se encontravam antes da infração), a RE é importante para que, atendendo a outras preocupações, se possa alterar esse mesmo mercado. Usualmente, os compromissos são caracterizados como uma figura híbrida³³, uma vez que promovem a concorrência e fazem cessar (potenciais) infrações mas, ao mesmo tempo, impõem soluções que alteram o funcionamento do mercado. Esta aproximação explica-se ainda pelo facto de, através de compromissos, a CE conseguir impor obrigações positivas, específicas e detalhadas (com um carácter contínuo e *quasi-regulatório*), que podem ir além do estabelecimento da concorrência.

Segundo Dunne (2014a:442), “*commitment decisions incorporate most, if not all of the characteristics that are associated with the shift toward regulatory antitrust, in both procedural and substantive terms*”. Schweitzer (2012:3) afirma que, com este mecanismo, a CE passou a ter acesso a “*broad policy-making powers*” podendo, com a aplicação do DC, alcançar os mesmos resultados do que processos regulatórios. Este facto poderá originar problemas já que, apesar de os compromissos assumirem características regulatórias, não se arrogam das suas salvaguardas e garantias. Neste sentido, enquanto a adoção de um ato regulatório está sujeita à intervenção de diversas entidades, havendo

31 Lang, 2009a:49-50; Maggiolini, 2015:16-18.

32 Mantzari & Tapia, 2013:626-627; Hancher & Hauteclocque, 2010:329-330.

33 Dunne, 2014b.

a realização de análises de impacto (que permitem aumentar a transparência do processo e a sua *accountability*), e a sujeição das normas a revisão judicial, promovendo-se assim uma *evidence-based policy making* (especialmente propugnada na sequência da *Better Regulation Agenda*), na determinação de compromissos não existem salvaguardas semelhantes. Como tal, a adoção de regulação através de compromissos pode provocar uma carência na sua legitimidade e ainda falta de segurança no processo e resultados por eles alcançados³⁴.

5. DISCRICIONARIEDADE DA COMISSÃO EUROPEIA

A discricionariedade de que a CE usufrui na celebração de compromissos é essencial para a questão aqui perscrutada, tendo esta contribuído para que, em nome da efetividade, esta autoridade conseguisse estabelecer apertadas restrições à liberdade de atuação das empresas.

Esta discricionariedade tem na sua génese três importantes fatores, nomeadamente: a inexistência de um escrutínio judicial sobre os compromissos (seja porque poucas decisões são sujeitas a recurso judicial, seja porque o nível de revisão judicial que sobre elas é exercido é extremamente superficial); a não aplicação do princípio da proporcionalidade aos compromissos; e a insuficiência de garantias procedimentais durante o seu processo de adoção.

5.1. Revisão judicial dos compromissos

Em consonância com o regime estabelecido no art. 263.º do TFUE, no contencioso europeu as partes podem interpor recurso de anulação de decisões adotadas pela CE, sendo estas analisadas em 1^a instância pelo Tribunal Geral (TG) e em 2^a instância pelo Tribunal de Justiça (TJ). De acordo com Martins (2007:47), “qualquer entidade política moderna que se proponha, como a Comunidade Europeia, basear-se no rule of law deve providenciar um mecanismo para submeter as actividades dos seus órgãos legislativos e executivos a revisão judicial”.

Contudo, de acordo com o princípio do equilíbrio de poderes existente na UE, o poder judicial não se deve imiscuir na margem de discricionariedade atribuída ao poder executivo³⁵ (aqui representado pela CE). Como tal, caso a revisão judicial recaia sobre um ato discricionário da CE, os tribunais devem

³⁴ Dunne, 2014a:444.

³⁵ Dunne, 2015:111; Paz, 2014:223-224.

garantir que, ao mesmo tempo que respeitam essa liberdade, previnem o desvio de poderes e a instrumentalização do DC em prol de outros interesses. No entanto, dado que no DC existe uma estreita conexão entre a aplicação da lei (que incorpora o mandato dos tribunais) e as análises económicas ou técnicas subjacentes (que incorporam o mandato da CE), é extremamente difícil que exista uma delimitação estanque destas matérias.

Ademais, caso uma decisão se baseie numa análise considerada “económica ou tecnicamente complexa”, não deverá haver qualquer ingerência dos tribunais nessa matéria³⁶. Contudo, os compromissos envolvem sempre uma análise económica ou técnica – não havendo uma delimitação clara de quando se poderá considerar que esta é “complexa”³⁷ –, o que poderá levar a que se adote um conceito demasiado amplo e que, com base nessa indeterminação, a CE se possa subtrair (pelo menos em parte) à fiscalização judicial.

A liberdade de que a CE usufrui na adoção, conceção e avaliação da adequação dos compromissos é explicitamente reconhecida pelo TJ que, no Acórdão de 29 de junho de 2010, Alrosa vs. Comissão, C-441/07, EU:C:2010:377, §42, estabeleceu que qualquer revisão que se exercesse sobre os compromissos se deveria basear exclusivamente na existência de “erros manifestos”. Como tal, o tribunal delimitou os seus poderes tendo, nas palavras de Cengiz (2011:129), introduzido “*a manifest disproportionality standard to the commitments regime which does not provide sufficient safeguard against a potential misuse of powers*”.

Em termos empíricos, a falta de revisão judicial faz com que os tribunais não tenham oportunidade de, na eventualidade de surgirem novos problemas, se poderem pronunciar sobre os mesmos, o que impossibilita a criação de orientações jurídicas, aumenta o grau de incerteza legal e amplifica a margem de liberdade concedida à CE.

Destarte, a revisão judicial (que sempre constituiu uma garantia contra a arbitrariedade de autoridades públicas³⁸) perde parte da sua utilidade prática

³⁶ De acordo com o TG, e conforme mencionado no Acórdão de 17 de setembro de 2007, Microsoft vs. Comissão, T-201/04, EU:T:2007:289, §89, neste tipo de situações a revisão judicial deverá ser exígua, limitando-se a “verificar não só a exactidão material dos elementos de prova invocados, a sua fiabilidade e a sua coerência, mas também verificar se estes elementos constituem a totalidade dos dados pertinentes que devem ser tomados em consideração para apreciar uma situação complexa e se são susceptíveis de fundamentar as conclusões que deles se retiram”.

³⁷ Geradin & Petit, 2011:22-23.

³⁸ De acordo com Paz (2014:206-206), “*an effective regime of judicial review acts as counterbalance to the Commission's broad powers*”.

no contexto dos compromissos, passando a CE a dispor de amplos poderes com potencial para orientar o mercado e as autoridades competentes³⁹.

5.2. Aplicação do princípio da proporcionalidade

Outra questão relevante para a problemática aqui em análise relaciona-se com a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade uma vez que, contrariamente ao que acontece nas decisões formais de condenação, no articulado dos compromissos não existe nenhuma referência explícita a este princípio, sendo a sua aplicação uma questão controvertida.

O princípio da proporcionalidade, que se encontra consagrado no art. 5.º do Tratado da União Europeia (TUE)⁴⁰ (e que, conjuntamente com os princípios da subsidiariedade e da atribuição, integra a tríade estruturante do funcionamento da UE), comporta três vertentes essenciais, nomeadamente a proporcionalidade *strictu sensu*, resultante de uma análise custo-benefício; a adequação do meio; e a necessidade do meio. Enquanto princípio geral da UE, este funciona como um “critério para apreciação da legalidade de qualquer atuação das instituições da União, incluindo as decisões que a Comissão aprova na sua qualidade de autoridade da concorrência” (acórdão cit. do TJ, Alrosa vs. Comissão, §36).

Considerando o risco que existe de, através de compromissos, a CE poder impor soluções que vão para além do que seria necessário para cessar uma potencial infração (podendo o racional da solução suplantar os objetivos de defesa da concorrência), este princípio constitui um critério adequado para que se possa avaliar e controlar o alcance dessas decisões⁴¹. Contudo, a sua aplicabilidade a estes atos é uma questão não linear e controvertida, tendo sido bastante debatida no caso Comissão vs. Alrosa, com o advento de diferentes conclusões por parte de diferentes tribunais. Neste sentido, enquanto o tribunal *a quo* considerou que o princípio da proporcionalidade se deveria aplicar na sua totalidade, devendo a CE proceder a uma análise completa da adequação dos compromissos ao caso em análise, de forma tão estrita como o faria ao abrigo de uma decisão condenatória⁴², o tribunal *ad quem* discordou, tendo frisado que as diferenças existentes entre os dois mecanismos seriam suficientes para justificar que os compromissos não fossem sujeitos a um teste

39 Geradin & Petit, 2011:14.

40 Gorjão-Henriques, 2010:387-389.

41 Carpagnano & Pera, 2008:673; Ho & Messina, 2011:744; Gerard, 2013:30; Lianos, 2013:403-404.

42 Acórdão de 11 de julho de 2007, Alrosa vs. Comissão, T-170/06, EU:T:2007:220, §104-§107.

de proporcionalidade tão estrito como o efetuado para as decisões condenatórias⁴³. Segundo Cengiz (2011:152), “*in the context of antitrust commitments, the courts suffer from extreme information asymmetries, as a result of which they face a choice between either second-guessing the Commission’s analysis, thereby breaching its discretion, or conducting ineffective judicial review. In Alrosa the General Court followed the first option, whereas the Court of Justice followed the second*”.

Em conclusão, e de acordo com o entendimento sufragado pelo TJ, a aplicação do princípio da proporcionalidade aos compromissos dever-se-á limitar à verificação, por parte da CE, de que estes respondem às preocupações que comunicou às empresas e de que estas últimas não propuseram compromissos menos gravosos que respondessem de forma igualmente adequada a estas preocupações. Segundo Wagner-von Papp (2012:937), o supramencionado acórdão poderá ser interpretado como tendo “*completely emasculated the proportionality review of commitment decisions*”.

Neste ensejo, também a Advogada-Geral Kokkot afirmou, nas Conclusões Gerais apresentadas em 17 de setembro de 2009 ao Acórdão Comissão V. Alrosa, C-441/07 P, EU:C:2009:555, §60, que a limitação da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade estaria justificada porque, por um lado, os compromissos têm um caráter voluntário e, por outro, porque neste tipo de situações se deve priorizar a economia e rapidez processual. Como tal, afigura-se que a aplicação deste princípio tem sido negligenciada pela CE (com a não oposição do TJ), dependendo a sua aplicação (quase em exclusivo) do auto controlo da CE⁴⁴.

5.3. Garantias procedimentais e direito a um processo equitativo

Por fim, importa considerar se as garantias procedimentais que são concedidas às empresas visadas e a terceiros afetados por decisões formais de condenação lhes deveriam também ser atribuídas durante a celebração de compromissos, especificamente no que concerne ao direito a uma audição oral e a um processo equitativo.

A presente questão tem na sua base a tensão existente entre os objetivos de se obter uma decisão célere e a necessidade de se asseverar um processo equitativo (com todas as garantias inerentes)⁴⁵. Perante este *trade-off*, a CE

43 Acórdão do TJ cit., Alrosa vs. Comissão, §38-§41.

44 Gerard, 2013:29; Jenny, 2015:762.

45 Cook, 2005:219-220.

tem decidido que, perante a natureza voluntária dos compromissos, outros direitos poderiam ser restringidos.

Relativamente ao direito a uma audição oral, onde as partes teriam oportunidade de se defender perante figuras chaves para o desenrolar da aplicação do DC (Comissão Europeia, 2011b: para. 108), tal direito não se encontra previsto para os compromissos, estando associado à emissão de uma comunicação de acusação (para. 106). Esta limitação, aliada à não aplicação do princípio da proporcionalidade, irá indubitavelmente afetar o direito a um processo equitativo.

Também neste processo, os três mecanismos que deveriam salvaguardar a posição das empresas não são totalmente eficazes, uma vez que (i) o parecer emitido pelo Comité Consultivo não é vinculativo⁴⁶; (ii) o relatório final do Auditor apenas abrange aspectos procedimentais do caso⁴⁷; e (iii) a possível discussão do caso no painel de funcionários da CE não tem capacidade para supervisionar essa decisão, uma vez que este apenas discute alguns casos, e será improvável que o faça relativamente a decisões com as quais as partes previamente concordaram⁴⁸.

Considerando que os compromissos poderão, potencialmente, culminar numa decisão que afeta negativamente um agente, dever-se-ia ter como obrigatória a concessão de garantias procedimentais às partes⁴⁹, fazendo estas parte do direito a uma boa administração (art. 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia) e estando intrinsecamente ligadas ao princípio da transparência na UE⁵⁰. Ademais, e como afirma Gerard (2013:36), “*appropriate due process standards can contribute to restore the voluntary nature of commitments as a proportionality safeguard and therefore act as a proxy for a proportionality standard reflecting the specific features of negotiated enforcement, including effectiveness concerns*”.

A circunstância de, formalmente, não existir uma clara delimitação do procedimento e condicionantes para a adoção de compromissos aumenta ainda mais a discricionariedade atribuída à CE, minorando a segurança jurídica e

⁴⁶ De acordo com o art. 14.º/5, a CE apenas deve ter *na melhor conta o parecer emitido pelo Comité Consultivo*, não tendo de o considerado na sua decisão final.

⁴⁷ De acordo com a Comissão Europeia (2011a: Considerando 9), o Auditor apenas terá de *salvaguardar o exercício efectivo dos direitos procedimentais ao longo de todo o procedimento*.

⁴⁸ Lang, 2006:280.

⁴⁹ Blanco et al., 2013:588.

⁵⁰ Georgiev, 2007:1017-1023.

debilitando a posição das empresas⁵¹. Neste sentido, e como afirma Gerard (2013:30-36), “*irrespective of all its benefits, choosing the commitment route has very much been a leap of faith so far, for the due process safeguards build into the process are virtually non-existent [...] in the post-Alrosa era, commitments display a clear due process deficit for they are not subject to a clear sequence articulating identifiable procedural rights*”.

6. ASSIMETRIA DE POSIÇÕES ENTRE AS EMPRESAS E A COMISSÃO EUROPEIA

A determinação da natureza dos compromissos é também uma questão controversa existindo, quanto a este ponto, duas perspetivas distintas.

Por um lado, poder-se-á considerar que os compromissos configuram, tanto numa perspetiva formal como material, um mecanismo administrativo, através do qual um órgão público (que se encontra em posição de vantagem e força) impõe a agentes privados determinadas soluções –“perspetiva publicista”. Por outro lado, poder-se-á considerar que a natureza negocial e cooperativa dos compromissos lhes confere uma configuração materialmente distinta, mais próxima do direito privado, havendo nestes casos um especial enfoque na sua voluntariedade e vertente contratual – “perspetiva privatista”.

De acordo com o TJ, é exatamente esta dicotomia (entre solução imposta e solução negociada) que permite diferenciar o tipo de análise que se deve efetuar sobre os compromissos, influenciando a aplicação do princípio da proporcionalidade, o nível de escrutínio judicial a que estes são sujeitos bem como a margem de discricionariedade atribuída à CE⁵².

Contudo, a perspetiva privatista (defendida pelo TJ no acórdão cit., Comissão vs. Alrosa, §40 e §48) contém um pormenor que, salvo melhor opinião, impede que esta possa ser devidamente propugnada, existindo uma característica que deveria estar presente nos compromissos – o equilíbrio negocial⁵³ – mas cuja existência é, em muitos casos, questionável. Neste sentido, apesar de a inexistência de equilíbrio negocial não afetar, de *per se*, a natureza

⁵¹ Rat, 2015:529.

⁵² Lianos (2013:449-454) discorda da distinção baseada na natureza do mecanismo uma vez que, de acordo com o autor, caso este critério fosse legítimo, então o nível de escrutínio judicial que é efetuado sobre os compromissos deveria ser idêntico ao que é efetuado sobre as operações de concentração, dadas as suas similitudes, o que, contudo, não acontece, sendo as operações de concentração sujeitas a um controlo judicial bastante superior.

⁵³ Colomo, 2013:378.

privatista dos compromissos, acaba por conferir maior legitimidade à teoria publicista já que, de acordo com a ordem tectónica do direito, uma relação que se estabeleça entre uma autoridade pública e agentes privados pertencerá, em princípio, à esfera pública do direito. Neste sentido, e olhando para a relação estabelecida entre as partes, poder-se-á constatar que a CE se encontra a celebrar um ato de execução (especificamente, a emissão de uma decisão para aplicação do DC) e, ao fazê-lo, encontrar-se-á imbuída dos seus poderes de autoridade pública (*ius imperium*), pelo que se estabelece entre as partes uma relação descendente. Como tal, haverá sempre, entre as partes, uma assimetria de posições (o que não obsta a que, perante determinada conjuntura, possa existir também um desequilíbrio negocial).

Vários fatores contribuem para que as empresas não consigam ter uma posição equiparável à da CE. Por exemplo, o facto de esta autoridade se desviar do figurino legalmente estabelecido para a adoção de compromissos tendo, por mais do que uma vez, interferido no seu desenho e alterado as propostas apresentadas pelas empresas, sendo que, legalmente, tal ingerência não é admissível⁵⁴, demonstra o poder desta autoridade. Neste sentido, a própria CE (2012: cap. 16, p. 7/13, §43) admite ter legitimidade para atuar desta maneira, referindo que “*although the commitments are voluntarily submitted by the parties, the Commission can make proposals during discussions on how to modify certain elements of the text, and may even provide concrete drafting proposals on specific issues. It is up to the parties to decide whether to accept such proposals*”. Lugard e Mollmann (2013:9), ironicamente e em relação ao excerto transcrito, afirmam que “*the last phrase may leave a bitter taste for companies that have faced this situation*”.

Ademais, existem empresas que apresentam propostas de compromissos numa fase anterior à da divulgação da apreciação preliminar, o que implica que estas não tenham ainda conhecimento das preocupações da CE⁵⁵, podendo propor concessões que vão para além do que seria expectável com base nessas preocupações. Esta circunstância permite ainda que a CE tenha oportunidade para, em momento ulterior, redigir a apreciação preliminar de maneira a que as suas preocupações coincidam com as soluções anteriormente propostas pelas empresas, podendo assim assegurar uma correspondência mínima entre os dois documentos e fortalecer a legitimidade legal das soluções adotadas. Consequentemente, o procedimento para adoção dos

⁵⁴ Cavicchi, 2011:15; Gerard, 2013:15-16; Jenny, 2015:736.

⁵⁵ Allendesalazar & Lage, 2008:592-593; Bottelman & Patsa, 2013:16-17.

compromissos acaba por não garantir que as empresas tenham acesso a toda a informação relevante para poderem avaliar a consistência das preocupações expressas pela CE, o que acaba por originar assimetrias informativas. Além disso, os tribunais pouco intervêm nestas decisões o que leva a que, na perspetiva das empresas, não haja confiança numa revisão judicial que previna a adoção de soluções desajustadas⁵⁶.

No mesmo sentido, a aversão ao risco também potencia os incentivos para que, mesmo em condições desproporcionais, as empresas celebrem compromissos. De acordo com a *Regret Aversion Theory* desenvolvida por Guthrie (1999:43), que se foca na vertente emocional das decisões, o receio que as empresas têm de, posteriormente, se arrependerem de não terem optado pelo caminho mais seguro dos compromissos, tem um importante impacto na sua decisão, já que “*individuals will seek to make decisions that minimize the likelihood they will experience post decision regret. Because regret is most likely to arise when individuals discover that they would have obtained better outcomes if they had decided differently, the Regret Aversion Theory predicts that people will make decisions that shield them from this knowledge*”. Também Perloff (1996:408) afirma que “*risk aversion plays an important (qualitative and quantitative) role in explaining why cases settle instead of going to trial*”.

Em consonância, a própria hipótese de a CE poder, a qualquer momento (e sem que o tenha de justificar) optar por uma decisão condenatória, leva a que haja um condicionamento da liberdade de decisão das empresas, tendo estas receio de que, caso não prossigam com as negociações, esta autoridade possa impor soluções mais gravosas na decisão condenatória do que as que teria imposto nos compromissos. Ademais, a própria CE tem incentivos para, num processo condenatório, impor remédios mais austeros do que os que estariam a ser negociados para os compromissos, dado que os efeitos reputacionais que daí podem advir serão bastante vantajosos, alavancando a sua posição em negociações futuras e pressionando as empresas a não desistir das negociações⁵⁷. De acordo com Wils (2008a:39), é também importante que a CE mantenha a aparência de que, caso seja necessário, consegue levar as empresas a julgamento e impor sobre elas pesadas sanções. Como tal, a elevada margem de discricionariedade de que a CE goza durante o processo de negociação confere-lhe uma alavancagem negocial que lhe permite, de maneira *quasi-unilateral* e sem controlos adicionais, definir os termos e

56 Gerard, 2013:12.

57 Wagner-von Papp, 2012:947-948.

condições dos compromissos, colocando-se assim numa clara posição de vantagem. Consequentemente, e nas palavras de Lianos (2013:450), esta liberdade “*largely denies the voluntary and consensual nature of the process and enables the Commission to extract disproportionate remedies*”⁵⁸. Também Capobianco & Ogawa (2016:20) afirmam que “*agencies have used a legitimate enforcement tool to leverage their bargaining power to extract excessive remedies or remedies which are non-proportional to the objective that they were meant to pursue*”.

Neste sentido, as empresas acabam por sugerir compromissos que a CE possa considerar robustos o suficiente para responder aos seus interesses, e não compromissos que respondam de maneira adequada às questões concorrenciais *sub judice* – ou seja, a questão deixou de prender-se com o que as empresas fizeram no passado (e o enquadramento legal existente) para passar a focar-se no que a CE pretende no plano da configuração de determinado mercado para o futuro⁵⁹.

Esta assimetria de posições e desigualdade no poder negocial é bastante relevante uma vez que, o facto de os compromissos serem (supostamente) adotados por mútuo acordo é a principal justificação para que a CE possa usufruir de uma ampla margem de discricionariedade já que, neste tipo de circunstâncias, caberia às empresas a obrigação de, em primeira instância, evitar a celebração de compromissos desproporcionais ou abusivos (sendo para salvaguardar essa situação que a anuência das empresas é tida como *conditio sine qua non* para a adoção dos compromissos, devendo ser estas a propô-los⁶⁰).

Perante o exposto, a única opção para as empresas será, de acordo com Jenny (2015:722-733), “*to offer commitments because not offering such commitments is necessarily a losing strategy [...] the Commission will, in any case, have the final say*”. Como tal, frequentemente a escolha dos compromissos não estará ligada à noção de que estes são mais vantajosos, mas sim ao facto de que as empresas receiam que a outra alternativa possa ser pior. Esta conjuntura foi perfeitamente capturada por Italianer (2013:2) através de uma comparação com a famosa peça de Shakespeare: “*In his monologue in Shakespeare's famous play, the young Danish prince Hamlet faces agonising decisions. 'To be, or not to be', he asks himself, and carefully weighs the merits of life and death. He chooses life, but for negative reasons: only because he fears the alternative may be worse*”.

⁵⁸ Forrester, 2008:659-660.

⁵⁹ Melamed, 1995:3; Jenny, 2015:760.

⁶⁰ Wils, 2006:10; Blanco et al., 2013:593.

Consequentemente, será legítimo afirmar que as empresas se encontram, durante o processo de negociação, numa posição fragilizada, havendo uma elevada pressão para que, independentemente da validade e/ou consistência das preocupações expressas pela CE, um resultado negocial seja alcançado. Diversos autores têm afirmado que, face a esta desigualdade, o processo de adoção dos compromissos se afasta do conceito de negociação do direito privado e se aproxima de um processo típico do direito público⁶¹. Objetivamente, poder-se-á afirmar que os compromissos são uma figura híbrida situando-se, de acordo com Wagner-von Papp (2012:933), “*between the ‘public-law paradigm’ and the ‘contract-law paradigm’*”, sendo esta perspetiva também defendida por Dunne (2015:116). Não obstante, considera-se que os compromissos têm uma natureza claramente administrativa, havendo apenas alguns contornos que os aproximam (superficialmente) de uma negociação do âmbito privado. Como tal, deveriam existir mecanismos que salvaguardassem a posição das empresas e que garantissem a existência de um processo equitativo e imparcial.

7. A UTILIZAÇÃO DE COMPROMISSOS COMO MECANISMO DE REGULAÇÃO: A LIBERALIZAÇÃO DO SETOR ENERGÉTICO

Um dos exemplos mais proeminentes da utilização de compromissos com o intuito de regulação ocorreu com o processo de liberalização do sector energético da UE, levado a cabo pela CE no final dos anos 2000⁶².

O sector energético, que em alguns segmentos se caracteriza por ser um monopólio natural com estruturas de rede, sempre se mostrou particularmente avesso ao processo de liberalização (sobretudo pelo papel estratégico e político que representa para os Estados-Membros), tendo havido uma natural tendência para que o setor se encontrasse vertical e horizontalmente integrado. Não obstante, desde os anos 90 que a CE empreendeu diversos esforços com vista a proceder à sua liberalização.

Destarte, num primeiro momento foi concluído, em 2007, um *Inquérito ao sector económico dos mercados do gás e da eletricidade*, tendo sido demonstrado que existiam diversos problemas estruturais que dificultavam a liberalização do setor. Nesta sequência, a CE recomendou, *inter alia*, a aprovação de legislação que exigisse um *ownership unbundling of vertically integrated*

61 Wagner-von Papp, 2012:955-956.

62 Dunne, 2014a:430; Capobianco e Ogawa, 2016:21.

*companies*⁶³. Contudo, esta proposta não foi bem aceite pelos Estados-Membros que, como tal, demonstraram uma contínua resistência ao processo de liberalização⁶⁴. Ademais, também a doutrina não era consensual relativamente às vantagens do *full ownership unbundling*⁶⁵, tendo existido três críticas recorrentes a esta forma de desintegração, nomeadamente (i) a compatibilização com os limites das competências atribuídas à UE no âmbito do art. 114.º do TFUE, (ii) a compatibilização com o art. 345.º do TFUE, e (iii) o respeito pelos direitos de propriedade consagrados no quadro legal europeu.

Em conformidade, quando, em 2009, o Conselho aprovou o *Terceiro Pacote de Energia* (que teve como intuito proceder à liberalização do setor), as Diretivas que o integraram foram sujeitas a compromissos políticos, tendo-se acordado que os Estados-Membros teriam à sua disposição três opções para proceder à separação infraestrutural dos seus setores energéticos, nomeadamente: (i) *full ownership unbundling*, (ii) *independent systems operator*, e (iii) *independent transmission system operator*. Não obstante, a CE, com vista a aproximar a configuração dos mercados nacionais da solução por si sugerida, decidiu celebrar, entre 2008 e 2013, 10 compromissos⁶⁶, que culminaram em mudanças estruturais e garantiram a liberalização dos setores energéticos nacionais. Segundo Jenny (2015:729), “*the Commission very much wanted to change the structure of the energy sector – both vertically and horizontally – as well as contractual relationships between suppliers and buyers in order to promote competition in the energy sector and used commitment decisions to further this goal*”⁶⁷.

Este processo acabou por gerar críticas à legitimidade da atuação e resultados obtidos pela CE, uma vez que, através da celebração de compromissos, esta autoridade subverteu o processo democrático legalmente estabelecido na UE, tendo minado a possibilidade de, de acordo com a liberdade concedida

63 De acordo com o Sector Inquiry (2007:14), “*Economic evidence shows that full ownership unbundling is the most effective means to ensure choice for energy users and encourage investment*”.

64 Vide, por exemplo, “*France warns on energy ‘unbundling’ plan*” de fevereiro de 2007 ou “*Brussels power proposals opposed*” de junho de 2007, ambos do Financial Times.

65 Pollitt, 2007; Manoussakis, 2009; Boscheck, 2009.

66 German Electricity Wholesale Market (COMP/39.388, 2008); German Electricity Balancing Market (COMP/39.389, 2008); Long Term Electricity Contracts in France (COMP/39.386, 2010); Swedish Interconnectors (COMP/39.351, 2010); CEZ (AT/39.727, 2013); Distrigaz (COMP/B-1/37.966, 2008); RWE Gas (COMP/39.402, 2009); GdF Gas (COMP/39.316, 2010); E.ON Gas (COMP/39.317, 2010); ENI (COMP/39.315, 2010).

67 Sage & Skoczy, 2015:17-18.

aos Estados-Membros pelas Diretivas do *Terceiro Pacto de Energia*, estes poderem determinar como iriam proceder à desintegração do seu setor. Em consonância, a CE conseguiu, com recurso a um mecanismo administrativo, impor mudanças substanciais e estruturais para além daquelas que tinham sido acordadas no processo legislativo, tendo, nas palavras de Talus (2016:55), intervindo “*in relation to market distortions without being hindered by the competence restrictions contained in sector-specific energy regulation*”.

Numa nota crítica, Dunne (2014a:435) afirma que “*the executive and judiciary cannot regulate, therefore they cannot, inter alia, regulate through competition enforcement. Accordingly, commitment decisions like those relating to the energy sector – whereby the Commission applied competition law in order to surmount compromises contained within the sector-specific regulatory framework adopted by the European Parliament and Council – would be considered illegitimate insofar as they fail to respect democratically-imposed limitations within the established market control regime*”.

Como tal, através da aplicação do DC, e com base na *essential facilities doctrine*, a CE conseguiu não só impor obrigações daí decorrentes – impedindo que empresas em posição dominante restringissem o acesso de terceiros a estruturas essenciais sem que para que tal tivessem uma justificação plausível –, como conseguiu igualmente, nas palavras de Talus (2016:69), “*to include limitation on the dominant undertaking's own utilization of infrastructure and investments that benefit its competitors*”. Consequentemente, segundo a autora (2016:76), a CE “*took the interpretation much further by disregarding own use as an objective justification and even demanding investment in new capacity based on the doctrine of essential facilities*”, tendo-se acabado por cair numa situação em que “*dominant undertakings are obliged to help their competitors at the expense of their own success*”.

Monti (2003:4) afirmou que, de facto, existiu um intuito regulatório por detrás da atuação da CE, tendo o Comissário descrito estes compromissos como “*a major breakthrough for the creation of a gas market in the European Union*”. Em consonância, e de acordo com Cengiz (2011:143), “*there is not only a hypothetical risk, but also certain factual evidence that commitment decisions may be utilised with the aim of market regulation, rather than the protection of competition*”.

Em suma, a CE conseguiu, através da aplicação do DC, obter resultados muito mais significativos na alteração do funcionamento e estrutura do sector energético europeu do que através da regulação⁶⁸.

8. CRÍTICA

O facto de a CE conseguir impor, através de compromissos, soluções que potencialmente extravasam o âmbito das suas competências, pode originar uma série problemas sistémicos na aplicação do DC, influenciando negativamente a sua certeza, legitimidade, transparência, democraticidade e proporcionalidade⁶⁹. Em última análise, o facto de este mecanismo ser utilizado enquanto um “*powerful instrument for regulating markets*” (Schweitzer, 2008:549) pode, inclusive, constituir um abuso de poder por parte daquela autoridade⁷⁰.

Também problemática é a ausência de um tratamento legal sistemático na adoção de compromissos, o que retira consistência, previsibilidade e certeza à sua aplicação, podendo criar uma dissolução da conexão existente entre a suposta infração e a solução a adotar. Consequentemente, os compromissos podem, de acordo com Melamed (1995:2), vir a ser aplicados “*in circumstances that bear little if any relationship to the alleged violations on which they were initially based*”⁷¹.

Neste sentido, a discricionariedade de que a CE goza quando, perante uma potencial infração, decide qual o mecanismo a adotar, pode ser apontada como a principal razão pela qual os termos em que os compromissos devem ser adotados não se encontram ainda definidos⁷². Perante esta falta de uniformização, a CE tem flexibilidade para, por exemplo, utilizá-los para resolver casos complexos e controversos (em relação aos quais a doutrina não é ainda clara), ou casos novos que comportam problemas ou teorias nunca antes abordadas⁷³. O facto de este tipo de casos ser resolvido (levianamente) através da celebração de compromissos, sem que exista uma ponderação e

68 Talus, 2016:84-85.

69 Hancher & Hauteclocque, 2010:328-329; Mantzari & Tapia, 2013:626.

70 Ginsburg & Wright, 2013: para. 5.

71 Schweitzer, 2008:558-559; Sage & Skoczy, 2015:11.

72 Wagner-von Papp, 2012:932.

73 No caso Rambus (COMP/38.636, 2009) a CE celebrou um compromisso com base num conceito até então desconhecido – *patent ambush*.

revisão judicial que assegure a consistência e robustez das soluções a adotar, e a sua correta articulação com o regime legal existente, retira legitimidade à decisão da CE⁷⁴. Ademais, não obstante o disposto no Considerando 13, a CE tem celebrado compromissos em relação a casos que, no passado, foram sujeitos a pesadas coimas⁷⁵, o que indica que haverá uma flexibilização da solução a adotar, com a sujeição de casos semelhantes a soluções díspares (o que, mais uma vez, coloca em causa a sua uniformização).

Nesta senda, e mesmo que as empresas interponham recurso de anulação dos compromissos, a possibilidade de que os tribunais se foquem demasiado na *complexidade* dos casos, ignorando o valor de precedente que os mesmos podem assumir, prejudica a possibilidade de se sindicar judicialmente essas decisões, impedindo ainda o desenvolvimento jurisprudencial⁷⁶ e não salvaguardando satisfatoriamente a existência de um processo equitativo. Neste sentido, e nas palavras de Dunne (2014a:437), os compromissos são extremamente problemáticos devido à “*(usual) absence of an adversarial hearing and the reduced scope for appeal limits opportunities to test the legal robustness and economic coherence of promulgated rules, whereas the transparency of decision-making is compromised by the relative opacity of the administrative process. Accordingly, compliance with the rule of law cannot be verified, and the legitimacy of the resulting rules is compromised*”.

Ademais, face à redução do número de decisões condenatórias, os compromissos acabaram por assumir uma posição de destaque, tendo passado a assumir um papel de orientação do mercado⁷⁷. Neste sentido, Marsden (2013:5) afirma que, “*once published, such commitments become soft law*”. De acordo com Dunne (2014a:415), a própria CE reafirmou esta orientação, tendo defendido que os compromissos devem ser tratados como uma “*source of liable ‘guidance’ or ‘orientation’ as to the law’s scope and requirements*”. Tal facto acabou por dar origem ao surgimento de uma *soft jurisprudence* baseada em compromissos que, apesar de não esclarecer a lei, esclarece o que as autoridades competentes acham que a lei deveria ser, tendo efeitos práticos equivalentes⁷⁸.

⁷⁴ Monti, 2007:412; Forrester, 2008:638; Lang, 2009b:137; Cengiz, 2011:138; Jenny, 2015:734-736.

⁷⁵ Jenny, 2015:736-737.

⁷⁶ Marsden, 2015:73; Ginsburg & Wright, 2016:4-6; Bay & Schweitzer, 2016:4.

⁷⁷ Cook, 2006:227.

⁷⁸ Segundo Marsden (2013:5), “*the European Commission’s commitments procedure is very much like the story of the Emperor’s New Clothes. It has an elegant design but is policy in the guise of law that no one – let alone the defendant – feels able to change*”. Jenny, 2015:763; Capobianco & Ogawa, 2016:23.

Conforme mencionado, também a assimetria informativa existente no processo de celebração de compromissos e as consequências que daí podem advir, no que concerne a uma errada percepção da realidade e dos factos em análise, pode ser problemática dado que, neste tipo de processos, a CE não realiza grandes diligências, havendo a confiança de que a cooperação existente entre as partes irá permitir colmatar essa ausência. No entanto, as circunstâncias em que os compromissos são celebrados não garantem a imparcialidade do processo, existindo o confronto de três interesses e perspetivas distintas que podem comprometer a sua transparência⁷⁹. Neste sentido, as empresas pretendem restringir o âmbito dos compromissos, tendo incentivos para ocultar informação da CE que, não realizando grandes diligências, dificilmente detetará a omissão; a CE enjeia compromissos não só abrangentes, mas que inclusivamente extravasem o âmbito do DC; e, por fim, os terceiros pretendem compromissos que possam beneficiar o seu negócio, sendo provável que o teste de mercado não consiga garantir respostas satisfatórias e imparciais. Em acréscimo, existe ainda quem afirme que os terceiros não têm uma oportunidade legítima para se pronunciarem sobre o caso em análise, já que estes não têm acesso às provas coletadas pela CE nem à sua apreciação preliminar o que, indubitavelmente, afeta a sua capacidade de adequadamente participarem no processo⁸⁰. Como tal, dificilmente se conseguirá alcançar um processo holístico e imparcial, que garanta a cooperação entre todos.

Em última instância, o desenvolvimento legal pode também ficar comprometido, devido à menor preocupação que existe, por parte da CE, em alocar tempo e recursos à avaliação das teorias económicas e técnicas subjacentes aos casos⁸¹ o que, conjuntamente com a assimetria informativa, aumenta a possibilidade de se concertarem soluções incorretas ou desproporcionais. Os custos que daí podem advir poderão ser bastante avultados, havendo a possibilidade de estes prejudicarem a própria concorrência⁸².

O facto de a CE conseguir circunvalar os procedimentos legais existentes, apenas com base no tipo de remédio que escolhe impor, não tendo de existir diferenças significativas entre as soluções preteridas ou os casos em análise poderá, inclusivamente, criar distorções na aplicação do DC, com o

79 Botteman & Patsa, 2013:14-15.

80 Marsden, 2015:73; Capobianco & Ogawa, 2016:20.

81 Neste sentido, Ginsburg & Wright (2016:6) afirmam que os compromissos “may allow agencies to suppress crucial economic analysis”.

82 Wagner-von Papp, 2013:6; Dunne, 2015:93-95; Rat, 2015:532.

surgimento de uma preferência sistemática pela resolução de problemas concorrenciais através de compromissos.

Analizando as opções da CE, rapidamente se conclui que poucos incentivos esta terá para, relativamente a processos mais complexos, emitir uma decisão condenatória dado que, com a celebração de compromissos, esta conseguirá atingir resultados idênticos. Consequentemente, os critérios a que a CE atende quando seleciona os casos a que decide dar resposta poderão vir a alterar-se, passando o seu enfoque de casos em relação aos quais o fim da infração traria mais bem-estar para os consumidores, para priorizar casos relativamente aos quais se antevê que a celebração de compromissos possa ser de mais fácil obtenção⁸³.

Como exemplo, poder-se-á olhar para o montante das coimas a aplicar em caso de infrações concorrenciais. Em abstrato, o limite máximo para a imposição de uma coima é idêntico caso haja incumprimento de compromissos ou a emissão de uma decisão formal de condenação, estando estabelecido em 10% do volume de negócios realizado pela empresa durante o exercício precedente [art. 23.º/2, alíneas a) e c)]. Neste sentido, recentemente a CE impôs uma pesada coima à Microsoft, pela violação de um compromisso (€561M⁸⁴), tendo este montante excedido o imposto em 2004, na sequência de uma decisão condenatória por uma infração semelhante (c. €497M⁸⁵). Esta circunstância pode levar a que, por exemplo, a CE se preocupe mais em sancionar empresas pela violação de compromissos do que em sancioná-las por infrações ao DC, dado que o processo através do qual a coima é imposta é bastante mais simples, não sendo sequer necessário que se comprove a existência de uma infração⁸⁶.

Ademais, o facto de a CE ter vindo a aumentar os seus poderes e competências a nível europeu pode, inclusivamente, colocar em causa o equilíbrio de poderes existente dentro da UE. Neste sentido, Dunne (2014a:435) constata que “*the enactment of regulation is a legislative task, whereas its implementation is typically a delegated executive one. In formulating regulation, the legislature makes political choices about the desired content; these choices are incorporated within the substance of regulatory regime, and from this the regulator derives its policy-focused mandate for action. Thus, it has been argued that competition authorities*

⁸³ Lang, 2006:316; Wils, 2008a:40-42; Sage & Skoczy, 2015:24.

⁸⁴ Caso Microsoft (Tying), AT/39.530, 2013:§79.

⁸⁵ Caso Microsoft, COMP/C-3/37.792, 2004:§39.

⁸⁶ Dunne, 2014a:418.

*enforcing the competition rules should not apply or sanction use of competition law to create de facto regulation within a sector, given this is a legislative rather than an executive or judicial function*⁸⁷. Como afirma a autora (2015:118), “*regulation through negotiated settlements may permit competition authorities or antitrust courts, effectively, to legislate*” e, como constata Lang (1999:118), “*the Commission is a competition authority, not a regulatory authority*”. Tendo em consideração que o processo de regulação é bastante distinto do de aplicação do DC, exigindo análises complexas e especializadas, particularmente morosas e que consomem bastantes recursos, a ingerência da CE nestas competências poderá ser nefasta já que, como afirmam Hancher & Hauteclercque (2010:325-326), esta não se encontra preparada para exercer tais atividades⁸⁸. Em consonância, Lang (2009b:137) constata que “*competition law allows competition authorities only to prevent or to put an end to identified illegal conduct that restricts competition, but does not empower the authorities to take steps to make a legal market more competitive, however desirable that might seem*”.

Outro fator a considerar relaciona-se com a instrumentalização do DC pela CE uma vez que, com a celebração de compromissos, esta deixou de prosseguir os objetivos que legalmente lhe estão consagrados (nomeadamente, de restabelecimento da concorrência), para se ingerir em competências que estão fora do seu escopo de atuação⁸⁹. Como afirma First (1995:11), “*enforcement officials become too easily tempted to issue guidelines which achieve political objectives, but which also avoid hard factual problems and need not to reflect the actual state of the law*⁹⁰. Esta circunstância poderá, por um lado, tornar o DC mais permeável a influências externas e despoletar a captura regulatória de órgãos concorrenenciais⁹¹ e, por outro lado, retirar transparência e previsibilidade à atuação da CE. Este facto poderá repercutir-se negativamente não só nos casos acordados, mas também a um nível mais macro, com o surgimento de dificuldades em controlar, de maneira sistemática, a atuação desta autoridade.

87 Wagner-von Papp, 2012:965-966.

88 Talus, 2016:84-85.

89 Dunne, 2014a:439; Ginsburg & Wright, 2016:7.

90 Wils, 2006:8-10; Georgiev, 2007:976.

91 De acordo com a *Teoria da Captura Regulatória* desenvolvida por Stigler (1971), existe uma tendência para que o regulador favoreça não o interesse público, mas sim o seu próprio interesse e o das empresas por ele reguladas (que, como o tal, o irão recompensar).

Numa perspetiva mais económica, Gautier & Petit (2018:197) constataram que, em abstrato, a CE poderia prosseguir três estratégias na aplicação do DC, nomeadamente: “*generalized infringement policy*”, “*selective commitments policy*” e “*generalized commitments policy*”. De acordo com os autores, “*the optimal enforcement policy depends on the uncertainty that surrounds the interaction between the agency and the firm*” (2018:220). Como tal, a escolha da estratégia a optar deveria relacionar-se com o nível de certeza legal subjacente ao caso, a assimetria informativa existente relativamente à infração *sub judice*, e o conhecimento dos danos que a infração pode ter causado na sociedade. Neste sentido, os autores concluíram que a aplicação generalizada de compromissos apenas seria aconselhável caso existisse pouca incerteza quanto à infração em causa e os danos que a mesma tivesse causado, uma vez que, neste tipo de situações, tanto as empresas como a CE estariam dispostas a concertar uma solução que desse uma adequada resposta aos problemas mutuamente reconhecidos. Por outro lado, caso existisse um elevado nível de incerteza, então a melhor opção seria recorrer a decisões de condenação, dado que estas permitem avaliar a conduta das empresas, em termos práticos e legais, e determinar o dano que a mesma possa ter causado aos consumidores, podendo assim adequar-se o remédio a impor à infração em causa. Contudo, a abordagem proposta pelos autores não é seguida pela CE, que tornou os compromissos no mecanismo por excelência de aplicação do DC.

Face ao exposto, poder-se-á ainda constatar que, em última instância, a atuação da CE acaba por contrariar o disposto no Regulamento 1/2003 dado que, não obstante o Considerando 1, que exalta a *aplicação eficaz e uniforme dos artigos 81.º e 82.º do Tratado na Comunidade*, a falta de uniformização na aplicação dos arts. 101.º e 102.º do TFUE, aliada à inexistência de jurisprudência sobre esses casos, diminui a probabilidade de diferentes autoridades interpretarem os compromissos de maneira idêntica⁹². Consequentemente, acabará por surgir um oximoro dado que, apesar de o objetivo dos compromissos passar por aumentar a efetividade na aplicação do DC, a sua utilização sistemático acabou por gerar um efeito contrário, diminuindo a certeza jurídica e a efetividade na aplicação do DC. Como tal, também esta consequência contraria o disposto no Considerando 38, onde se realça a importância de haver certeza jurídica para as *empresas que operam ao abrigo das regras comunitárias da concorrência*.

92 Botteman & Patsa, 2013:19; McGeown & Orologas, 2013:3-4.

A longo prazo, as consequências desta prática poder-se-ão tornar cada vez mais preocupantes, uma vez que, perante a tensão existente entre a celeridade de um processo e as garantias e legitimidade que este oferece, os compromissos não oferecem um equilíbrio razoável. Em consonância, Gerard (2013:24) chega mesmo a questionar: “*can the (over-)promotion of (enforcement) effectiveness entail a destruction of the law itself?*”⁹³.

9. CONCLUSÃO

Em conclusão, os compromissos acabaram por se tornar, de acordo com Dunne (2014a:441), numa “*bureaucratic tool of market regulation*”, sendo utilizados como um mecanismo de *soft power*, com elevado potencial para modelar e alterar a estrutura e funcionamento dos mercados, permitindo assim que a CE adquira poderes *quasi-regulatórios*. Não obstante, existe grande celeuma quanto à sua legitimidade, questionando-se inclusivamente a validade dos resultados por eles alcançados.

Como tal, a utilização que atualmente é feita deste mecanismo não pode ser passivamente aceite, dado que os compromissos têm vindo a extravasar o seu escopo e a permitir que a CE incorra, sem qualquer consequência, em situações que poderão abstratamente consubstanciar atuações abusivas, não havendo sobre elas qualquer controlo, e não havendo responsabilização pelas opções adotadas (nem, neste sentido, um processo que as legitime). De acordo com Hancher & Hauteclocque (2010:307), “*the Commission is increasingly taking a quasi-ex ante regulatory approach through antitrust to fix the shortcomings of sector-specific regulation, even if this might neither be a suitable nor a legitimate approach*”.

O facto de a CE representar o interesse geral da UE (art. 17.º/1 TUE) deveria levar a que, face aos impactos nefastos que os compromissos podem ter no mercado, esta atuasse de maneira prudente e ponderada, avaliando sempre os benefícios de obter uma decisão célere *versus* os benefícios de esclarecer a lei e de criar precedentes legais. Neste sentido, algumas das mais importantes vantagens, para o mercado e sociedade, de uma decisão formal de condenação, são desvantajosas para as empresas infratoras – e, como tal, deveria ser a própria CE, enquanto representante do interesse geral, a proceder a uma ponderação holística de todos os interesses em jogo (e não a agir

⁹³ Wagner-von Papp, 2012:931; Colomo, 2013:384.

enquanto parte interessada), dado que os efeitos dos compromissos extravasam a relação estabelecida entre si e a empresa.

A circunstância de as próprias empresas terem, de acordo com os motivos explanados, uma predisposição para celebrar compromissos [o que Wils (2006:9) denominou a “*systematic bias in favour of commitment decisions*”] reforça a importância de haver sobre eles um efetivo controlo judicial, devendo a CE proceder a uma correta ponderação das suas vantagens e desvantagens.

O problema ora em análise relaciona-se não só com o facto de, através deste mecanismo, a CE conseguir (indirectamente) regular o mercado, mas também com o facto de, objetivamente, este não oferecer as garantias que usualmente estão associadas à atividade regulatória (e que se traduzem em limitações à atividade dos reguladores).

O objetivo dos compromissos, que passa por alcançar a eficiência na aplicação do DC, não pode ser justificação para que outros princípios legais sejam colocados em causa. Também neste sentido, a interdisciplinaridade existente, no DC, entre as matérias legais e económicas, não pode ser fundamento para que haja um retrocesso na aplicação dos princípios legais típicos de um Estado de direito (como, por exemplo, a revisão judicial exercida pelos tribunais). A necessidade de se garantir o estrito cumprimento dos direitos procedimentais das partes, na celebração de compromissos, é também essencial para que o melhor resultado possa ser alcançado com base num processo equitativo. Neste sentido, a promoção do princípio da eficiência no DC deverá ser reajustada, e interligada com a promoção de outros princípios igualmente importantes para o DC.

Concluindo, e avocando as palavras de Fiss (1984:1085), “*to be against settlements is only to suggest that when parties settle, society gets less than what appears, and for a price it does not know it is paying*”.

BIBLIOGRAFIA

- AGUZZONI, Luca, Langus, Gregor & Motta, Massimo
 2013 “The effect of EU antitrust investigations and fines on a firm’s valuation”,
 in *The Journal of Industrial Economics*, vol. 61, n.º 2, pp. 290-338.
- ALLENDESLAZAR, Rafael & Lage, Santiago Martínez
 2008 “Commitment Decisions ex Regulation 1/2003: Procedure and Effects”, in
 Claus-Dieter Ehlermann & Mel Marquis (coord.), *European Competition*

Law Annual 2008: Antitrust Settlements under EC Competition Law, USA:
Hart Publishing, pp. 581-601.

ALMUNIA, Joaquín

- 2013 *Remedies, commitments and settlements in antitrust*, Discurso proferido pelo Vice-Presidente da Comissão Europeia, SPEECH/13/210, Março 2013, disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-210_en.htm (consultado em 15.06.2017).

AUF'MKOLK, Hendrick

- 2012 “The ‘Feedback Effect’ of Applying EU Competition Law to Regulated Industries: Doctrinal Contamination in the Case of Margin Squeeze”, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 3, n.º 2, pp. 146-162.

BAY, Matteo & Schweitzer, Heike

- 2016 *Commitments and Settlements – benefits and risks*, 23rd St. Gallen International Competition Law Forum (ICF), Abril 2016, disponível em: <http://www.sg-icf.ch/wp-content/uploads/St.Gallen-ICF-2016-Interview-Schweitzer-Bay.pdf> (consultado em 15.06.2017).

BELLIS, Jean-François

- 2016 *EU Commitment Decisions: What Makes Them So Attractive?*, 125th meeting of OECD Competition Committee, DAF/COMP/WD(2016)53, Junho 2016, disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2016\)53/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2016)53/en/pdf) (consultado em 15.06.2017).

BLANCO, Luís Ortiz, Jorgens, Konstantin & Kellerbauer, Manuel

- 2013 “Voluntary Adjustments, Commitments, Finding of Inapplicability, Informal Guidance”, in Luis Ortiz Blanco (coord.), *EU Competition Procedure*, 3.^a ed., Oxford University Press, pp. 571-597.

BOSCHECK, Ralf

- 2009 “The EU’s Third Internal Energy Market Legislative Package: Victory of Politics over Economic Rationality?”, in *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 32, n.º 4, pp. 593-608.

BOTTEMAN, Yves & Patsa, Agapi

- 2013 “Towards a more sustainable use of commitment decisions in Article 102 TFEU cases”, in *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 1, n.º 2, pp. 347-374.

BRODER, Douglas

- 2010 *U.S. Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction*, 1.^a ed., Oxford University Press.

CAPOBIANCO, Antonio & Orgawa, Satoshi

- 2016 *Commitment Decisions in Antitrust Cases*, 125th meeting of OECD Competition Committee, DAF/COMP (2016)7, Junho 2016, disponível em:

[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)7/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)7/en/pdf) (consultado em 15.06.2017).

CARPAGNANO, Michele & Pera, Alberto

- 2008 “The Law and Practice of Commitment Decisions: A Comparative Analysis”, in *European Competition Law Review*, vol. 29, n.º 12, pp. 669-685.

CAVICCHI, Piero

- 2011 *The European Commission's discretion as to the adoption of Article 9 commitment decisions: Lessons from Alrosa*, Europa-Kolleg Hamburg, Institute for European Integration, Discussion Paper No 3/11, disponível em: http://epub.sub.uni-hamburg.de/epub/volltexte/2014/35563/pdf/DP3_11_Cavicchi_final_corr.pdf (consultado em 15.06.2017).

CENGİZ, Firat

- 2011 “Judicial Review and the Rule of Law in the EU Competition Law Regime After Alrosa”, in *European Competition Journal*, vol. 7, n.º 1, pp. 127-153.

COLOMO, Pablo Ibáñez

- 2010 “On the Application of Competition Law as Regulation: Elements for a Theory”, in *Yearbook of European Law*, vol. 29, n.º 1, pp. 261-306.
- 2013 “Three Shifts in EU Competition Policy: Towards Standards, Decentralization, Settlements”, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 20, n.º 3, pp. 363-385.
- 2016 “Beyond the ‘More Economics-Based Approach’: A Legal Perspective on Article 102º TFEU Case Law”, in *Common Market Law Review*, vol. 53, n.º 3, pp. 709-740.

Comissão Europeia

- 2005 *Discussion Paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, de 12.2005.
- 2006 *Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, 2006/C 210/02*, de 01.09.2006.
- 2009 *Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*, 2009/C 45/02, de 24.02.2009.
- 2011a *Decisão do Presidente da CE relativa às funções e ao mandato do Auditor em determinados procedimentos de concorrência*, 2011/695/UE, de 13.10.2011.
- 2011b *Commission notice on best practices for the conduct of proceedings concerning articles 101 and 102 TFEU*, 2011/C 308/06, de 20.10.2011.

- 2012 *Antitrust Manual of Procedures: Internal DG Competition working documents on procedures for the application of Articles 101 and 102 TFEU*, de 03.2012.
- CONFRARIA, João**
- 2011 *Regulação e Concorrência: Desafios do século XXI*, 2.^a ed., Lisboa: Universidade Católica Editora.
- COOK, Christopher J.**
- 2006 “Commitment Decisions: The Law and Practice under Article 9”, in *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 29, n.^o 2, pp. 209-228.
- DIAS, Jorge de Figueiredo**
- 2012 *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora.
- DUNNE, Niamh**
- 2014a “Commitment Decisions in EU Competition Law”, in *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 10, n.^o 2, pp. 399-444.
- 2014b “Between Competition Law and Regulation: Hybridized Approaches to Market Control”, in *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 2, n.^o 2, pp. 225-269.
- 2015 *Competition Law and Economic Regulation: Making and Managing Markets*, 1.^a ed., Cambridge: Cambridge University Press.
- FIRST, Harry**
- 1995 “Is Antitrust ‘Law?’”, in *Antitrust: Consent Decrees – Antitrust Enforcers as Regulators?*, vol. 10, n.^o 1, pp. 9-12.
- FISS, Owen M.**
- 1984 “Against Settlement”, in *Yale Law Journal*, vol. 93, pp. 1073-1090.
- FORRESTER, Ian S.**
- 2008 “Creating New Rules or Closing Easy Cases? Policy Consequences for Public Enforcement of Settlements under Article 9 of Regulation 1/2003”, in Claus-Dieter Ehlermann & Mel Marquis (coord.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements under EC Competition Law*, USA: Hart Publishing, pp. 637-660.
- FURSE, Mark**
- 2004 “The decision to commit: some pointers from the U.S.”, in *European Competition Law Review*, vol. 25, n.^o 1, pp. 5-10.
- GAUTIER, Axel & Petit, Nicolas**
- 2018 “Optimal Enforcement of competition policy: the commitments procedure under uncertainty”, in *European Journal of Law and Economics*, vol. 45, n.^o 2, pp. 195-224.

- GEORGIEV, George Stephanov
2007 “Contagious Efficiency: The Growing Reliance on U.S.-Style Antitrust Settlements in EU Law”, in *Utah Law Review*, vol. 4, pp. 971-1037.
- GERADIN, Damien & Petit, Nicolas
2011 *Judicial Review in European Union Competition Law: A Quantitative and Qualitative Assessment*, Tilburg and Law Economics Center Discussion Paper, 2011-008, Fevereiro 2011, disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1698342 (consultado em 15.06.2017).
- GERARD, Damien M. B.
2013 *Negotiated Remedies in the Modernisation Era: The Limits of Effectiveness*, Paper to appear in Ph. Lowe and M. Marquis (eds.), *European Competition Law Annual 2013: Effective and Legitimate Enforcement*, Hart Publ., Oxford/Portland, disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2395414 (consultado em 15.06.2017).
- GINSBURG, Douglas H. & Wright, Joshua D.
2013 “Antitrust Settlements: The Culture of Consent”, in Nicolas Charbit & Elisa Ramundo (coord.), *William E. Kovacic: An Antitrust Tribute, Liber Amicorum*, New York: Institute of Competition Law.
- 2016 *The Costs and Benefits of Antitrust Consents*, 125th meeting of OECD Competition Committee on 15-17 June 2016, DAF/COMP/WD(2016)81, Outubro 2016, disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2016\)81/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2016)81/en/pdf) (consultado em 15.06.2017).
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel
2010 *Direito da União: História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, 6.ª ed., Coimbra: Almedina.
- GUTHRIE, Chris
1999 “Better settle than sorry: the regret aversion theory of litigation behaviour”, in *University of Illinois Law Review*, pp. 43-81.
- HANCHER, Leigh & Hauteclocque, Adrien de
2010 “Manufacturing the EU Energy Markets: The Current Dynamics of Regulatory Practice”, in *Competition and Regulation in Network Industries*, vol. 11, n.º 3, pp. 307-334.
- Ho, Jean-Claude Alexandre & Messina, Michele
2011 “Re-establishing the Orthodoxy of Commitment Decisions under Article 9 of Regulation 1/2003: Comment on Commission v. Alrosa”, in *European Law Review*, vol. 36, n.º 5, pp. 737-751.

ITALIANER, Alexander

- 2013 *To commit or not to commit, that is the question*, Discurso proferido pelo Diretor-Geral da Concorrência, no âmbito da CRA Competition Conference, Dezembro 2013, disponível em: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2013_11_en.pdf (consultado em 15.06.2017).

JENNY, Frederic

- 2015 “Worst Decision of the EU Court of Justice: The Alrosa Judgment in Context and the Future of Commitment Decisions”, in *Fordham International Law Journal*, vol. 38, n.º 3, pp. 701-770.

Lang, John Temple

- 1999 “Competition Law and Regulation Law from an EC Perspective”, in *Fordham International Law Journal*, vol 23, n.º 6, pp. 116-121.

- 2006 “Commitment Decisions and Settlements with Antitrust Authorities and Private Parties under European Antitrust Law”, in Barry E. Hawk (coord.), *International Antitrust Law & Policy: Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute 2005*, New York: Juris Publishing, pp. 265-324.

- 2009a “European Competition Policy and Regulation: Differences, Overlaps and Constraints”, in François Lévéque & Howard Shelanski (coord.), *Antitrust and Regulation in the EU and US Legal and Economic Perspectives (New Horizons in Competition Law and Economics series)*, Edward Elgar Publishing, pp. 20-75.

- 2009b “Commitment Decisions under Regulation 1/2003”, in Charles Gheur & Nicolas Petit (coord.), *Alternative Enforcement Techniques: Settlements, Commitments, and Other Novel Instruments*, Bruxelles: Bruylant Bruxelles, pp. 121-144.

LIANOS, Ioannis

- 2013 “Competition Law Remedies in Europe – Which Limits for Remedial Discretion?”, in Damien Geradin & Ioannis Lianos (coord.), *Handbook on European Competition Law: Enforcement and Procedure*, Edward Elgar Publishing, pp. 362-455.

LUGARD, Paul & Mollmann, Martin

- 2013 *The European Commission's Practice under Article 9 Regulation 1/2003: A Commitment a Day Keeps the Court Away?*, Competition Policy International Antitrust Chronicle (3), Março 2013, disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/the-european-commission-s-practice-under-article-9-regulation-1-2003-a-commitment-a-day-keeps-the-court-away/> (consultado em 15.06.2017).

MAGGIOLINO, Mariateresa

- 2015 “The regulatory Breakthrough of competition of competition law: definitions and worries”, in Fabiana Di Porto & Josef Drexel (coord.), *Competition Law as Regulation*, Edward Elgar Publishing, pp. 3-26.

MANOUSSAKIS, Savas

- 2009 “Liberalization of the EU Electricity Market: Enough to Power Real Progress? Analysis of Ownership Unbundling and the Project for Liberalization of the European Union Electricity Market”, in *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 32, n.º 2, pp. 227-247.

MANTZARI, Despoina & Tapia, Javier

- 2013 “The Regulation / Competition Interaction”, in Damien Geradin & Ioannis Lianos (coord.), *Handbook on European Competition Law: Substantive Aspects*, Edward Elgar Publishing, pp. 588-627.

MARINIELLO, Mario

- 2014 *Commitments or Prohibition? The EU Antitrust Dilemma*, Bruegel Policy Brief, Issue 2014/01, Janeiro 2014, disponível em: <http://bruegel.org/2014/01/commitments-or-prohibition-the-eu-antitrust-dilemma/> (consultado em 15.06.2017).

MARDSEN, Philip

- 2013 *The Emperor's Clothes Laid Bare: Commitments Creating the Appearance of Law, While Denying Access to Law*, Competition Policy International Antitrust Chronicle (1), Outubro 2013, disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/the-emperor-s-clothes-laid-bare-commitments-creating-the-appearance-of-law-while-denying-access-to-law/> (consultado em 15.06.2017).

- 2015 “Towards an Approach to Commitments that is ‘Just Right’”, in *Competition Law International*, vol. 11, n.º 1, pp. 71-80.

MARTINS, Patrícia Fragoso

- 2007 *Da Proclamação à Garantia Efectiva dos Direitos Fundamentais: Em busca de um due process of law na União Europeia*, 1.ª ed., Princípia Editora.

McGEOWN, Paul & Orologas, Juliette

- 2013 *You Made a Pledge, Then Keep Your Promise: Article 9 Commitments Decisions in European Antitrust Law*, Competition Policy International Antitrust Chronicle (3), Março 2013, disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/you-made-a-pledge-then-keep-your-promise-article-9-commitments-decisions-in-european-antitrust-law/> (consultado em 15.06.2017).

MELAMED, A. Douglas

- 1995 "Antitrust: The New Regulation", in *Antitrust*, vol. 10, n.º 1, pp. 13-15.
Monnoyeur, Daphne, Rab, Suzanne & Suktankar, Anjali
2010 "Commitments in EU Competition Cases: Article 9 of Regulation 1/2003, its application and the challenges ahead", in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 1, n.º 3, pp. 171-188.

MONTI, Giorgio

- 2007 *EC Competition Law*, 1.ª ed., New York: Cambridge University Press.

Monti, Mario

- 2003 *Applying EU Competition Law to the newly liberalized energy markets*, World Forum on Energy Regulation, SPEECH/03/447, Outubro 2003, disponível em: file:///C:/Users/In%C3%AAs/Downloads/SPEECH-03-447_EN.pdf (consultado em 15.06.2017).

Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

- 2005 *An Economic Approach to Article 82*, de 06.2005

PAZ, José Carlos Laguna de

- 2014 "Understanding the limits of judicial review in European competition law", in *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 2, n.º 1, pp. 203-224.

PERLOFF, Jeffrey M., Rubinfeld, Daniel L. & Ruud, Paul

- 1996 "Antitrust Settlements and Trial Outcomes", in *The Review of Economics and Statistics*, vol. 78, n.º 3, pp. 401-409.

PHILLIPS Jr., Charles F.

- 1961 "The Consent Decree in Antitrust Enforcement", in *Washington and Lee Law Review*, vol. 18, n.º 1, pp. 39-55.

POLLITT, Michael

- 2007 *The arguments for and against ownership unbundling of energy transmission networks*, Judge Business School and ESRC Electricity Policy Research Group, University of Cambridge, Agosto 2007, disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.384.3106&rep=rep1&type=pdf> (consultado em 15.06.2017).

RAT, Dorian

- 2015 "Commitment Decisions and Private Enforcement of EU Competition Law: Friend or Foe?", in *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 38, n.º 4, pp. 527-545.

SAGE, Ewelina D. & Skoczny, Tadeusz

- 2015 *Commitments Decisions as the winning instrument of negotiated enforcement of the abuse prohibition in Europe, or are they?*, 10th ASCOLA Conference at Meiji University, Tokyo Japan – Abuse Regulation in Competition Law:

Past, Present and Future, 2015, disponível em: http://ascola-tokyo-conference-2015.meiji.jp/pdf/ConferencePapers/Parallel%20Sessions/Sage%20&%20Skoczny_final%20draft%20ASCOLA.pdf (consultado em 15.06.2017).

SCHWEITZER, Heike

- 2008 "Commitment Decisions under Article 9 of Regulation 1/2003: The Developing EC Practice and Case Law", in Claus-Dieter Ehlermann & Mel Marquis (coord.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements under EC Competition Law*, USA: Hart Publishing, pp. 547-579.
- 2012 *Commitment Decisions in the EU and in the Member States: Functions and risks of a new instrument of competition law enforcement within a federal enforcement regime*, E-Competitions Bulletin, Special Issue on Commitment Decisions, Agosto 2012, disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2101630 (consultado em 15.06.2017).

STIGLER, George J.

- 1971 "The Theory of Economic Regulation", in *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 2, n.º 1, pp. 3-21.

TALUS, Kim

- 2016 *Introduction to EU Energy Law*, 1.ª ed., Oxford University Press.

WAELBROECK, Denis

- 2009 "The development of a new 'settlement culture' in competition cases – What is left to the courts?", in Charles Gheur & Nicolas Petit (coord.), *Alternative Enforcement Techniques: Settlements, Commitments, and Other Novel Instruments*, Bruxelles: Bruylant Bruxelles, pp. 221-260.

WAGNER-VON PAPP, Florian

- 2012 "Best and Even Better Practices in Commitment Procedures After Alrosa: The Dangers of Abandoning the 'Struggle for Competition Law'", in *Common Market Law Review*, vol. 49, n.º 3, pp. 929-970.

- 2013 *Critical Considerations on the Commission's Commitment to the Commitment Procedure*, Competition Policy International Antitrust Chronicle (3), Março 2013, disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/critical-considerations-on-the-commission-s-commitment-to-the-commitment-procedure/> (consultado em 15.06.2017).

WILS, Wouter P. J.

- 2006 "Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No 1/2003", in *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 29, n.º 3, pp. 345-366.

- 2008a “The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles”, in Claus-Dieter Ehlermann & Mel Marquis (coord.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements under EC Competition Law*, USA: Hart Publishing, pp. 27-45.
- 2008b *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*, 1.^a ed., Oxford: Hart Publishing.



BREVES

BREVES

CHALLENGES TO THE JUDICIARY IN THE ENFORCEMENT OF COMPETITION RULES IN THE DIGITAL AGE

*José Luís da Cruz Vilaça**

Some of you might be aware of the close, almost parental, ties that I maintained with the Portuguese Competition Authority at the moment of its birth. I am thus more than happy to be here to celebrate your 15th anniversary. The Authority was able to find its own way, among many difficulties, along the last 15 years. It became adult and mature, but it still looks young, energetic and plenty of ideas as regards the future!

Congratulations for having been, along these years, the driving force behind the antitrust policy in Portugal.

But, if I may, please do not forget that “strong enforcement” goes hand in hand with “legitimate enforcement”. In that regard, I am perfectly comfortable: the distinguished lawyers assisting the Autoridade are fully aware of the risks for a “successful enforcement” which may be associated with overlooking *procedural fairness* and the full respect of the *rights of defence* of the companies involved.

Now, moving to my chosen topic, I would like to talk about some of the challenges that the enforcement of competition rules in the digital age is confronted with, notably as regards the judiciary.

Indeed, it is common ground that judges face great challenges when judicial review is carried out in a complex economic environment. The rise of the digital economy – which has been the major economic transformation

* Former Judge of the Court of Justice of the European Union (2012-2018). Keynote speech at V Lisbon Conference on Competition Law and Economics, delivered on 18 October 2018. The author thanks his former legal assistant Carla Abrantes Farinhais for her valuable assistance in the preparation of this text.

of our time – adds a substantial layer of complexity to the enforcement of competition law.

Markets are going through enormous changes as a result of continuing technological developments.

Most commentators tend to agree that the current competition law framework is, generally speaking, sufficient to tackle the new challenges for the time being.

In the same vein, Commissioner *Margrethe Vestager*, in charge of competition policy, has noted, on several occasions, that competition rules are flexible and designed to adapt to new realities.

Nevertheless, on March 2018, the Commission appointed a panel of 3 external experts to advise on changes in the digital world that will affect markets and consumers, as well as on the impact of those changes on EU competition policy.¹

The outcome of the expert group is expected to lead to new legislative proposals, relating, for instance, to online platforms or merger control thresholds as concerns start-ups in fast-moving markets.²

In any event, in order to deal with digital markets, it is necessary to better understand the distinctive characteristics of these markets. This is a challenge for both competition authorities and the judiciary, as courts will be called upon to review the validity of the authorities' findings.

I.

A number of decisions taken by the Commission in recent years illustrate how the assessment of whether a given conduct is anticompetitive frequently turns on highly technical questions.

This summer (2018), in the *Google Android case*³, the Commission found that Google had engaged in conduct aimed at protecting and strengthening its dominant position in general internet search through various restrictions in relation to its Android mobile operating system.

1 Also, in a report of April 2018, OECD experts opined that current tools are not always appropriate to assess the economic realities of multi-sided (online) markets. See: <http://www.oecd.org/daf/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm>

2 The turnover of, for example, online platforms at the time of such transactions does not necessarily reflect their market power.

3 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_en.htm

It was the first time the Commission comprehensively assessed the effects on competition of pre-installation of mobile software applications, which are commonly known as apps. Google was fined € 4.34 billion!

The Commission stressed the fact that it undertook an empirical analysis of the positive or negative effects for competition and consumers on the basis of an “effects-based approach”.

On September 2017, the Court of Justice set aside, for the first time, an Article 102 judgment of the General Court, in the Intel case. In particular, the Court clarified that where a dominant firm puts forward credible evidence challenging the capability of its conduct to exclude rivals, the Commission is required to consider “all the relevant circumstances”.

The ruling has been generally praised as a revitalisation of a kind of “effects-based approach” in competition law.

Also last year (2017), in the *Google Shopping case*⁴, the Commission fined Google € 2.42 billion for abusing its market dominance as a search engine by giving an illegal advantage to another Google product, its comparison shopping service.

The Commission held that Google took a conscious decision not to apply to Google searching its search algorithm, which shows the most relevant results at the top of the first page. In fact, rivals were demoted, as they only appeared, on average, on page 4.

In that case, the Commission looked at 5.2 terabytes of Google real search data (around 1.7 billion search queries) to find out how people behave online – which shows the extreme technical complexity of such cases!

An appeal against the Commission’s decisions is now pending before the General Court (Case T-612/17, *Google and Alphabet/Commission*).

Still this summer (2018), in the *consumer electronics manufacturers’ cases*⁵, the Commission fined manufacturers Asus, Denon & Marantz, Philips and Pioneer for over € 111 million for restricting the ability of online retailers to set their own retail prices for a variety of widely-used consumer electronics products.

Those decisions followed the Commission’s e-commerce sector inquiry, published in May 2017, as part of its Digital Single Market strategy, which showed that resale-price related restrictions were by far the most widespread restrictions of competition in e-commerce markets in the EU.

⁴ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_en.htm

⁵ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4601_en.htm.

A prominent feature in these cases was the use of pricing algorithms. Many online retailers use pricing software that automatically adjusts their own retail prices to those of competitors by way of an algorithm. Algorithms are thus taking over decisions from people, including decisions on the prices that companies charge.

II.

The General report on Topic 1 at the XXVIII FIDE Congress, that took place this year in Estoril, assessed how new anti-competitive practices are emerging in the context of *collaborative digital economy* businesses, as a combination of the platform and user actions or as a result of machine learning technologies, for which, at first sight, neither individual users, nor the platform provider might be liable.⁶

As digital markets continue to evolve and grow, and our societies are transformed as a result thereof, other values remain or become of paramount importance. To strike the right balance between, *on the one hand*, realizing the full potential of the digital economy, in terms of innovation and economic growth, and, *on the other hand*, protecting other values of our society has become a pressing issue for both political and judicial actors in the EU.

Take, for instance, the intersection between *competition, data and privacy*.⁷

Companies have always collected data for a variety of purposes. That data can raise antitrust concerns is not a novel issue. In the past, in the *IMS Health case* (2004),⁸ for example, databases have been considered as essential facilities to which access should be given in certain circumstances.

However, today's technology is taking data collection up to a new level. It has become possible to accumulate a significant volume of different types of data, produced at high speed from multiple sources – commonly referred to as “*big data*”.

Big data is an indispensable tool for online businesses, such as Google and Facebook, and for other industries as well. Data is therefore increasingly instrumental to compete.

6 FIDE General Report on the internal market and the digital economy, p. 107.

7 On January 2019, the Commission will host a 1-day conference on “Shaping competition policy in the era of digitalisation”. The panels discussions will focus on three topics: (i) competition, data, privacy and artificial intelligence; (ii) digital platforms’ market power, and (iii) preserving digital innovation through competition policy.

8 Judgment of 29 April 2004, IMS Health, C-418/01, EU:C:2004:257.

One of the issues that the Commission assessed before approving Microsoft's acquisition of LinkedIn, in 2016,⁹ was whether bringing those companies' data together would make it too hard for anyone else to compete.

Indisputably, the contours of the issue of whether the accumulation of large amounts of data, which is otherwise freely available, creates a barrier to entry to potential competitors remain relatively blurred.

Data-driven markets, particularly those dominated by digital platforms, inevitably raise privacy concerns. At the heart of the platform business model is the collection and use of large amounts of personal information.

Much of the debate has been focused on whether competition law should incorporate data protection and privacy concerns.

Some commentators regard competition law and privacy as occupying *separate terrains*. This view is based on the assumption that markets are able to self-correct in the pursuit of economic efficiencies that serve consumer welfare.

Others accept a *broad conception* of competition rules and see synergies between competition and privacy goals. This is commonly associated with some doctrine in the EU and with the so-called "Neo-Brandeis" school that has emerged in the US.

The latter approach is underpinned by a commitment to State intervention for the promotion of pluralist aims of competition law, including those of a political and social nature, not just an economic aim.¹⁰

Last year (2017), the *German Competition Authority*¹¹ sent Facebook a preliminary legal assessment holding the view that the company is abusing its dominant position on the German market for social networks by making the use of Facebook conditional on the possibility for Facebook to collect users' data generated by using third-party websites and to merge it with the user's Facebook account.

⁹ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4284_en.htm.

¹⁰ Commissioner Margrethe Vestager does not seem to favour a large interpretation of the consumer welfare standard. She stated that "I don't think we need to look to competition enforcement to fix privacy problems" (https://ec.europa.eu/competition/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world_en). Similarly, Director-General Johannes Laitenberger has recently highlighted that "the function of competition policy and enforcement is not to duplicate or correct other regulation" and that 'the Commission uses its remit under competition law in full, but in full respect of its limits' (http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2018_08_en.pdf, p. 8).

¹¹ https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.html?nn=3591568

Whereas these practices have been investigated by national data protection authorities, it is the first time in the EU that the collection and use of personal data is investigated from the perspective of an abuse of dominant position.

This case triggers interesting questions as to what extent violations of consumer protection or data protection rules may constitute an abuse of dominance.¹²

In the EU, one should bear in mind that privacy and data protection enjoy a legal status as fundamental rights.¹³ Remember also that the EU Charter of Fundamental Rights applies to the EU institutions but equally to Member States when they implement EU law.

As a result, privacy and data protection laws can impose limits on the enforcement of competition law.

Therefore, even if one excludes data protection considerations from the application of competition law, this does not preclude data protection from influencing competition law.

The case law of the Court of Justice has stressed the importance of those issues.

In the Volker und Schecke case (2010), the Court declared, for the first time, that provisions of secondary legislation that required the publication of the names of certain Common Agricultural Policy beneficiaries were invalid as they interfered with the EU Charter rights to data protection and privacy.¹⁴

In the Digital Rights Ireland case (2014), the Court declared the Data Retention Directive invalid as a result of its failure to comply with same rights.¹⁵

Both the Commission and national competition authorities must therefore respect fundamental rights when they enforce competition law.

This means, for example, that the right to data protection could prevent competition authorities from imposing upon undertakings remedies that would interfere with that right.

12 FIDE General Report on the internal market and the digital economy, p. 109.

13 Articles 7 and 8 of the EU Charter.

14 Judgment of 9 November 2010, Volker und Markus Schecke and Eifert, C-92/09 and C-93/09, EU:C:2010:662.

15 Judgment of 8 April 2014, Digital Rights Ireland and Others, C-293/12 and C-594/12, EU:C:2014:238.

The GDF Suez case (2014) in France illustrates this point.¹⁶ The French competition authority adopted an interim measure ordering the company to disclose data concerning its customers – that it acquired while it was a public service operator – to competing energy suppliers in order to enable them to compete effectively.

The French competition authority worked in conjunction with the French data protection authority (CNIL) in order to ensure that the data sharing agreement did not breach data protection law.

At the end of the day, GDF Suez was ordered to obtain prior consent from all affected data subjects.

Another potential implication for competition law enforcement in connection with the obligation to respect fundamental rights – notably in light of the increasingly severe antitrust fines – is that judicial review may need to become more intense.

It follows from the Court's case law in cases Digital Rights Ireland (2014)¹⁷ and Schrems (2015)¹⁸ that a strict standard of review will normally apply when the EU Charter is engaged.

Traditionally, however, the Court had taken, in general, a careful approach as to the scope and intensity of its own scrutiny of the Commission's decisions in complex technical and economic matters. An important reason for that reluctance is supposed to be that such appraisals lie beyond the ordinary capacities of a court of law.

The Court of Justice stated in the landmark case Consten and Grundig (1966) that “the exercise of the Commission's powers necessarily implies complex evaluations of economic matters. A judicial review of these evaluations must take account of their nature by confining itself to an examination of the relevance of the facts and of the legal consequences, which the Commission deduces therefrom”.¹⁹

¹⁶ <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/14mc02.pdf>

¹⁷ Judgment of 8 April 2014, Digital Rights Ireland and Others, C-293/12 and C-594/12, EU:C:2014:238, paras. 47-48.

¹⁸ Judgment of 6 October 2015, Schrems, C-362/14, EU:C:2015:650, para. 78. In that case, the Court held that the Commission's discretion to adopt a decision regarding the adequacy of the third country data protection measures is limited and the Court's review of the requirements of secondary legislation, read in light of the EU Charter, must be strict.

¹⁹ Judgment of 13 July 1966, Consten and Grundig v Commission, 56/64 and 58/64, EU:C:1966:41

Notwithstanding, the EU courts have progressively felt the need to strengthen their scrutiny in competition cases as a result of the incorporation of more sophisticated economic analysis.

The judgment of the Court in the *Intel case* constitutes an important – albeit limited – step made by the Court in this direction.

In such context, the great challenge for the jurist and, in particular, for the judge, is to be able to lay down clear and solid legal criteria, capable of securing the adaptability of the concepts to a fast-moving complex reality, whilst enhancing legal certainty and predictability in the application of the law.

HUB AND SPOKE CONCERTED PRACTICES

*Richard Whish**

In a series of cases competition authorities and courts in the UK and elsewhere have established the existence of unlawful horizontal cooperation between competitors on the basis of a “hub and spoke” conspiracy rather than direct contact between them. In the Dairy Products case in the UK the Competition Appeal Tribunal identified five conditions that must be met to establish a concerted practice in such circumstances.

1. INTRODUCTION

In 2003 the United Kingdom Office of Fair Trading, the predecessor to today's Competition and Markets Authority, adopted two decisions in which it found there to be so-called “hub and spoke” concerted practices, contrary to Article 101 TFEU and the Chapter I prohibition of the UK Competition Act 1998; significant fines were imposed. These cases involved the finding of a horizontal concerted practice between retailers of, in the first case, football shirts¹ and, in the second, toys². In 2011 the OFT adopted a third hub and spoke decision, this time in relation to dairy products; again fines were imposed³. For the most part these decisions were upheld on appeal to the Competition Appeal Tribunal and the Court of Appeal⁴. There have been hub and spoke cases in other jurisdictions, notably in Belgium, where in 2015 the Belgian Competition Authority settled a case with producers and retailers in the drugstore, perfumery and hygiene sector that were found to have

* Emeritus Professor of Law, King's College London; QC (Hon).

1 *Football Kit price-fixing*, OFT decision of 1 August 2003.

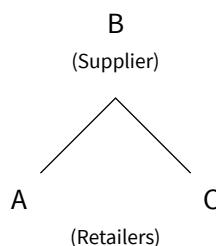
2 *Hasbro UK Ltd/Argos Ltd/Littlewoods Ltd*, OFT decision of 2 December 2003.

3 *Dairy retail price initiatives*, OFT decision of 10 August 2011.

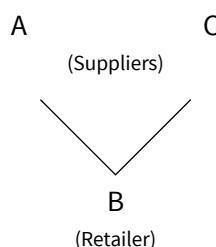
4 See eg *Argos Ltd v Office of Fair Trading* [2006] EWCA Civ 1318; Case 1188/1/11 *Tesco Stores Ltd v OFT* [2012] CAT 31.

coordinated on prices between 2002 and 2007. Most of Belgium's major retail chains were involved⁵. Two notable hub and spoke cases in the US, where the hub was a retailer and the spokes led to suppliers held liable for horizontal coordination, were the *Toys "R" Us* case of 2000⁶ and the *Apple/e-Books* case of 2015⁷. There are other cases currently under investigation within the EU and in Latin America.

The great interest of hub and spoke cases lies in the fact that horizontal coordination between firms at the same level of the market (between retailers in the UK and Belgian cases and between suppliers in the US ones) is established not on the basis of direct communications between the retailers or suppliers, but as a result of indirect communications between them via their mutual suppliers or retailers. This can be presented in diagrammatic form where the "hub" is B and the spokes lead to A and C, who are found to have coordinated their conduct at their level of the market:



Alternatively:



⁵ Decision of 22 June 2015.

⁶ *Toys "R" Us, Inc. v. F.T.C.*, 221 F.3d 928 (7th Cir. 2000).

⁷ *United States v. Apple, Inc.*, 791 F.3d 290 (2nd Cir. 2015).

In some cases where retailers are suspected of horizontal coordination of their prices there may be evidence that this is attributable to direct contact between them, in which case it would be clear that there is a horizontal agreement or concerted practice. In other cases a competition authority may find there to be a series of vertical agreements, for example imposing minimum resale prices; the prohibition of those agreements may have the effect of disrupting parallel horizontal behaviour. However the interest of the hub and spoke cases is the establishment of horizontal collaboration through the medium of vertical discussions with the relevant hub.

2. DEFINITION OF A CONCERTED PRACTICE

In the UK hub and spoke cases the retailers were found to have coordinated their behaviour not by agreement but through a concerted practice. There are many ways in which firms can coordinate their behaviour on the market, and in some cases it is easy to see – as a linguistic matter – that they have done so by agreement. For example they may have entered into a formal contract or be party to a so-called “gentlemen’s agreement”: perhaps a dinner followed by a shaking of hands that prices will be raised the following week. However in some cases firms may coordinate their behaviour in circumstances where one would hesitate linguistically to say they had “agreed” to do so. For example where competitors meet and discuss their future pricing or capacity-expansion plans, this may lead to a coordination of behaviour, and yet it would not be appropriate to say that this was by agreement. It is for this reason that Article 101 TFEU applies not only to agreements but also to concerted practices. It has been pointed out that *“concerted practices can take many different forms, and the courts have always been careful not to define or limit what may amount to a concerted practice”*⁸, and in *Tesco v OFT*⁹ the UK Competition Appeal Tribunal described a concerted practice as a “versatile concept”.

The classic definition of a concerted practice was set out in *ICI v Commission*¹⁰ (usually referred to as the *Dyestuffs* case). The Court of Justice

⁸ *Argos Ltd v Office of Fair Trading* [2006] EWCA Civ 1318, para 22.

⁹ Case 1188/1/11 Tesco Stores Ltd v OFT [2012] CAT 31, paras 55-56, citing the Court of Appeal’s judgment in *Argos Ltd v OFT* [2006] EWCA Civ 1318, para 22.

¹⁰ Case 48/69 EU:C:1972:70.

said that the object of bringing concerted practices within Article 101 was to prohibit:

“a form of coordination between undertakings which, without having reached the stage where an agreement properly so-called has been concluded, knowingly substitutes practical cooperation between them for the risks of competition¹¹”.

In *Suiker Unie v Commission*¹² (the *Sugar cartel* case) the Court of Justice held that it was not necessary to prove that there was an actual plan. Article 101 strictly precluded:

“any direct or indirect contact between such operators, the object or effect whereof is either to influence the conduct on the market of an actual or potential competitor or to disclose to such a competitor the course of conduct which they themselves have decided to adopt or contemplate adopting on the market”¹³.

3. HOW TO ESTABLISH A HUB AND SPOKE CONCERTED PRACTICE: DAIRY PRODUCTS

The fact that horizontal coordination between suppliers or between retailers can be established without any direct contact between them is of far-reaching importance, not least because of the possibility of fines and damages claims. It is clearly of importance that the law in this area should not be stretched too far, and there was much concern at the time of the *Football Shirts* and *Toys and Games* cases that innocent, vertical discussions between a supplier and a retailer might lead to a finding of infringement. In *Dairy Products* the Competition Appeal Tribunal, applying the earlier judgment of the Court of Appeal in *Football Shirts* and *Toys and Games*¹⁴, provided a useful guide as to the circumstances in which a concerted practice between A, B and C

¹¹ Case 48/69 EU:C:1972:70, para 64; see similarly Case C-8/08 *T-Mobile Netherlands BV v Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit* EU:C:2009:343, para 26 and the cases cited therein.

¹² Cases 40/73 etc EU:C:1975:174.

¹³ Cases 40/73 etc EU:C:1975:174.

¹⁴ [2006] EWCA Civ 1318, para 141.

might be established. The Tribunal considered that five conditions should be met¹⁵:

- retailer A discloses to supplier B its future pricing intentions
- A may be taken to intend that B will make use of that information to influence market conditions by passing that information to other retailers (of whom C is, or may be, one)
- B passes that information to C
- C may be taken to know the circumstances in which the information was disclosed by A to B and
- C uses the information in determining its own future pricing intentions.

The CAT explained that it is necessary to prove each retailer's "state of mind" to establish that discussions between a supplier and a retailer have gone beyond normal commercial dealings, for example as to the retailer's profit margin or the terms of trade, and have instead given rise to an unlawful, albeit indirect, "horizontal element"¹⁶. The absence of any legitimate commercial reason for a disclosure by retailer A of its future pricing intentions to supplier B may indicate the requisite state of mind¹⁷. The CAT left open whether a lesser state of mind, such as recklessness as to transmission or receipt of A's pricing intentions, would be sufficient¹⁸. In *VM Remonts*, however, the Court of Justice held that liability could be established when A could reasonably have foreseen that B would disclose confidential information about A's intentions to C and A was prepared to accept the risk that this entailed¹⁹.

These cases mean that an undertaking in the position of B must take care to ensure that it does not, consciously or unconsciously, act as the facilitator of horizontal collusion between A and C; it will be recalled that the facilitator of a horizontal transgression of the law may itself be fined, as in *AC Treuhand v Commission*²⁰ and *ICAP v Commission*²¹. Whilst bilateral discussions

15 Case 1188/1/11 [2012] CAT 31, para 57.

16 See paras 65–66 of the CAT judgment; see also para 106 of the Court of Appeal's judgment.

17 [2012] CAT 31, para 72.

18 Ibid, paras 73 and 350–354.

19 Case C-542/14 *VM Remonts* EU:C:2016:578, para 33; cf the English Court of Appeal's view that the criterion of reasonable foreseeability "may have gone too far": [2006] EWCA Civ 1318, paras 91 and 140.

20 Case C-194/14 *P AC-Treuhand v Commission* EU:C:2015:717.

21 Case T-180/15 *ICAP v Commission* EU:T:2017:795.

between a supplier and a dealer of a purely vertical nature about matters such as likely retail prices, profit margins and wholesale prices are permissible, suppliers must be cautious about how they seek to influence the pricing behaviour of their retailers. Retailers, for their part, must be careful about telling suppliers about their intention to maintain or increase retail prices: an authority may consider that A anticipated that B would disclose that information to C, opening up the possibility of a hub and spoke infringement.

COMPETITION ENFORCEMENT AND ADVOCACY IN THE FINANCIAL SECTOR IN SPAIN*

*María Ortiz***

The CNMC is responsible for enforcing the competition law in all sectors of the Spanish economy, the financial sector included. In fact, the CNMC's Action Plan for 2018 contains a special reference to the financial sector as a specific sector of interest from the dual competition perspective, antitrust enforcement and competition advocacy.

The relevance of the financial sector is more qualitative than quantitative¹. Payments, credit and insurance services are inputs for other sectors of the economy, especially important for innovative SMEs. It is the "life blood" of any economy. An efficient financial sector is key to provide access to quality and affordable financing for other sectors to develop and grow. This is key for the productivity and competitiveness of the economy.

The competition authorities' interest on this sector is also due to other factors. The financial sector is an industry with several market failures: information asymmetries, externalities, economies of scale and scope, network and learning effects, creating systemic risks. To correct these market failures and improve consumer's welfare, some public intervention is necessary, in particular through regulation. Additionally, the relevance of the financial sector as an input for the rest of the economy brings stability aspects in question. Regulation can also reduce stability concerns. In any case, as some experts

* Based on the Author's presentation at the V Lisbon Conference on Competition Law and Economics (October 18th-19th 2018).

** Member of the Board, Spanish Competition Authority, CNMC.

1 The financial sector represents 4% of Spanish GDP (this share has reduced with the crisis, as it was 6% before). It is a 5% of EU GDP.

have stated as well, those regulations have to take into account the intensity of competition. Because competition, as in any other sector, can have a positive impact on efficiency and even on stability in the financial sector.

Over the last 10 years, since the beginning of the crisis until now, market concentration increased sharply in the financial sector in Spain, specifically in the banking sector. The number of banks and saving entities has clearly reduced between 2008 and 2018 and this market concentration process during the crisis and after has been more intense in Spain than in the rest of the EU. In terms of the European Central Bank figures², the share in total assets of the 5 bigger banks increased from 42% in 2008 to 63.7% in 2017 (higher than Italy –43%–, France –45%– or Germany –30%–). CNMC's analysis show that, in Spain, in terms of credits and deposits, this share could be higher and close to 80% in some local markets.

This concentration process has been due on one hand, as it has happened historically, to the financial restructuring due to and during the crisis and after. On the other hand, there are as well other structural factors with an incidence on the restructuring process. Concentration is also the response to an already mature business, to enormous regulatory requests to enter the activity and provide services and to competition from new non-traditional incomers that do not need physical presence.

It is interesting to follow all this restructuring process through the competition merger control. Mergers in the financial sector over the last 5 years (for some experts, the last 3rd wave of mergers that started in 2014) attains around 7% of total mergers cleared under merger control in Spain³. The competition analysis has been very detailed, separating banking from insurance sectors and analyzing quite a number of markets in each sector. In banking for instance, following the national and EU precedents, retail (credit, deposit and branches), corporate, investment banking and factoring markets

² *Structural Indicators for the EU Banking Sector*, European Central Bank.

³ For example, in the insurance sector: C/0647/15, Segurcaixa Adeslas/Sociedad de Profesionales/Igualatorio de Asturias; C/0861/17, Santa Lucía/Unicaja Banco/Aviva Vida/Unicorp Vida/Caja España Vida; C/0928/18, Grupo Catalana Occidente/Sociedades Adquiridas; C/0960/18, Sanitas/Néctar; C/0568/14, Mapfre/Bankia/Aselval/Laietana Vida/Laietana Generales; C/0530/13, Segurcaixa Adeslas/Cajasol Seguros Generales/Ican Salud; C/0629/14, Caser/CMV/CMP; C/0963/18, Santa Lucía/Pelayo/Pelayo Vida; C/0765/16, Catalana Occidente/Grupo Previsora Bilbaina/Grupo Funerario Arroita; C/0717/15, VidaCaixa/Barclays Seguros – Negocio Adquirido; C/0683/15, Pelayo/Agromutua – Activos; C/0698/15, GACM/RACC Seguros. And in the banking sector: C/0873/17, Banco Santander/Santander Elavon Merchant Services-SEMS; C/0942/18, Banco Santander/Wizink Activos; C/0535/13, Apollo/Evo Banco; C/0587/14, Banco Popular/Citibank-Activos; C/0940/18, Varde/Wizink; C/0611/14, BBVA/Catalunya Banc; C/0911/17, Servired/Sistema 4B/Euro 6000; C/0732/16, Credit Mutuel-Tar-gobank; C/0901/17, Bankia-BMN; C/603/14, CaixaBank/Barclays; C/515/13, Banco Sabadell/Lloyds España.

were reviewed. Also life and non-life insurance and reinsurance markets. All these markets have different geographic scopes (supranational or international scope in corporate, investment and factoring; national – or within EU scope – in insurance and national and regional – province level – in retail banking in deposits, credits and branches).

Except from one big operation in 2017, analyzed and cleared by the European Commission⁴, the CNMC gave the green light to mergers in banking with not substantial share additions at national level. The CNMC has actually verified in those analysis that things have been changing rapidly in this sector. As regards the assessment of entry barriers in the markets considered, the CNMC has stated that, there are still legal barriers (legal requests that banks have to fulfil to enter in activity and provide services); and that branches are not significant entry barriers anymore. In fact, the development of alternative channels – ATM and phone, mobile and on-line banking – has allowed the entrance of new incomers operating only via internet⁵. In the meantime, the new incomers without branches have the possibility to arrange collaboration agreements to use others operators' networks, in particular with third operators not present in the financial services markets. Obviously, the CNMC has also considered in these merger assessments that Fintech and big data companies are lessening entry barriers.

The merger of the management companies for domestic card payment system in Spain (SERVIRED, SYSTEM 4B, EURO 6000) was also reviewed by the CNMC at the beginning of this year. CNMC took into account that the effect of it was the convergence to the most common model within the EU, where there is a single card payment system with a payment application of its own in which financial entities that intermediate card payments are integrated. CNMC authorized it subject to commitments – now under monitoring for a 5+3 year period –, to keep access opened to new members and to preserve the competitive capacity of their members in the market of card payment services in Spain. Additionally, commitments were offered as well in the market for issuance, acquisition and processing of card payments, to avoid hindering the selection of alternative payment applications and to prevent the flow of sensitive information.

What has been said so far clearly reflects that the industry is undergoing a deep process of transformation. There is a complex interplay of exhaustive

⁴ Case M.8553 – Banco Santander/Banco Popular Group.

⁵ ING Direct, OpenBank and Activobank.

regulations, increasing potential competition and growing market concentration in Spain. All considered, as a competition authority, CNMC has been following this process with close attention to preserve competition and to avoid antitrust conducts.

In fact, in 2015, the multilateral ATM's interbank rate agreement, prior authorized in 2007 by the former Spanish Competition Authority – Tribunal de Defensa de la Competencia – under the previous regime, broke up as from the withdrawal of one of the main banks followed by others. The effect of that was the proliferation of bilateral ATM agreements between medium size entities that gave rise to a complex scenario followed by a new piece of legislation to avoid double payments to users. The CNMC closely monitored the process and published a state of the play report in 2016.

Besides, concerning antitrust enforcement, the CNMC adopted at the beginning of this year a decision⁶ imposing fines (up to 91 mll€) on the main 4 Spanish banks for an infringement of article 1 LDC and 101 TFEU, consisting on financial derivative price agreements in derivatives hedging syndicated loan interest rates in project finance. All of those four main banks participated jointly in a relevant part of total syndicated loans contracted in between 2006-2016.

The file started with a complaint from a renewable energy company that had a syndicated loan with the four banks. Normally, in syndicated loans⁷, interest rates are variable⁸ and, to ensure the return of the loan, the banks requested the borrower to buy from them an interest rate financial derivative to counteract interest rates fluctuations. The four banks provided the financial derivative, which was normally a collar or a *swap*.

During the investigation, it was proved that the banks agreed on advance on the collar floor rate level or the swap fixed rate, behind the borrower's back, through phone calls and e-mails, and more than 100 b.p. -1 percentage point – higher than the market rates, without any proved objective or technical justification. They pass it on to the borrower as if it was at "zero cost" or at "market conditions". On the contrary, with those rates, the value of the financial derivative for the borrower of the syndicated loan at the time of purchase was negative for him. The undertaking should have received a premium from

⁶ S/DC/0579/16, *Derivados Financieros*.

⁷ The European Commission has launched in 2017 a study on EU loan syndication and its impact on competition in credit markets.

⁸ 6/3 month Euribor/Libor + spread.

the banks, as the hedging included an implicit and, to the CNMC, non-llicit spread favorable to the banks that made the derivative very negative to the undertaking from the outset.

The CNMC adopted this decision in February 2018 and it is now under jurisdictional review.

Based on this experience in merger and antitrust, and bearing in mind the indicated restructuring and transformation process, the CNMC decided to study FINTECH in its action plan 2018, to advocate it as a source of competition in the financial sector that can bring along greater access to financing, especially to SMEs, benefiting the whole economy.

So concerning advocacy in the financial sector, after some months of public consultations, the CNMC Board adopted in the last week of September a report on Fintech that has become public recently.

Fintech – ICTs in the financial sector – is a disruptive innovation. The key element at the center of this process is the improved forms of information and data use, information being the most important input in the financial services markets. The better use of data (DLTs, new payment services, financial, advice and asset management, crowdfunding, Insurtech) allows new incomers into the markets, many of them smaller than incumbents and offering just a specific service in a market niche, also greater consumer involvement, disintermediation and new business models and services based on platforms. A completely new picture of the industry structure.

New stakeholders will compete with new strategies completely adapted to consumer needs. New technologies allow banks to be profitable at a lower scale, since fixed costs are much lower thus reducing the need of physical branches and legacy infrastructure. This is the main reason of the advent of alternatives to the one-stop shop model, unbundling the provision of financial services and allowing the emergence of niche competitors. On the other hand, costs and assets are less specific, and firms from other sectors (e.g. TechFins with know-how in data management) can compete in the financial sector. Both tendencies put consumer at the center, with a bigger customization of financial services. This customer centricity is a driver of competition.

Based on a detailed analysis, the CNMC study highlights three main conclusions:

- 1) FINTECH can foster competition in the financial sector and hence in the rest of the economy. This importance of advocating for competition

in the financial sector is obvious when we see how financial instruments are a catalyst for competition in other sectors. This is the case of crowdfunding, which provides cheaper and broader access to credit, reducing the credit rationing for small, nascent and innovative firms or projects. In the same vein, wider options in payments can allow firms to internationalize their business, and do business in a global and more competitive environment.

- 2) Fintech eliminates or, at least, reduces market failures that are behind financial regulation such as information asymmetries and systemic risk, because of customer centricity, smaller players competing and unbundling services provision.
- 3) These new market realities demand regulators and policy makers to reassess current regulation that maybe has become inefficient for these new realities and is preventing competition and innovations to develop.

On the basis of the former conclusions, the CNMC's study on Fintech recommends:

- 1) Ensure good regulations and reassess the rational of some restrictions in existing laws (entry requirements, physical presence); Intervention has to base on necessity, proportionality and non-discrimination principles.
- 2) Try to regulate activities instead of entities and avoid whenever possible reserves of activities (key to take advantage of scope and network economies).
- 3) Take advantage of Regtech to reduce regulations (compliance and supervision can be less costly and more efficient for operators and regulators).
- 4) Consider regulatory sandboxes (or temporary regulatory exemptions for innovative models and assess their impact on the market before adopting a final regulatory response).
- 5) Open banking and insurance (access to inputs on fair and reasonable terms under principles of technological neutrality and non-discrimination).

The digitalization/digitisation of the economic activity, poses evidently some challenges to the competition authorities. There is in particular the issue of data – or big data – and competition; and digital platforms and

competition⁹. Dynamic competition is worth stressing because it plays a key role to ensure the health of the digital economy preserving innovation. That is why it is so relevant to make sure that regulation is not hindering innovation changes in financial markets.

Besides, there is the question of how competition authorities can take into account this innovation defense in the different markets and how mergers can affect. One very important element is that big players do not foreclose access to their data when firms in other related markets need it to develop new products. Regulation has provided an answer to this potential problem. The Payment System Directive 2 (PSD2) has tried to address those challenges from a broad perspective, trying to ensure the application of general principles, such as interoperability and technological neutrality, and it has made mandatory that banks grant access to financial data of their customers when they give their consent and some security requirements are fulfil.

It is likely that Competition Authorities will have to react faster but Competition Authorities should keep on conducting the competition analysis on a case-by-case basis. Existing antitrust tools are robust and forward-looking, capable of evolving with the times and able to cope with the challenges of the digital economy.

⁹ See CNMC's contribution on the "Implications of digitisation for competition policy" for the conference on "Shaping competition policy in the era of digitisation" (under DG COMP call for contributions, July 2018).

COMPETITION COMPLIANCE: A MUDANÇA DO PARADIGMA

*Ana Patrícia Carvalho**

Para uma empresa com um portfolio de marcas, produtos, canais, modelos de negócio tão amplo e complexo como o da Nestlé Portugal, onde orgulhosamente trabalho há cerca de 15 anos, onde muitas vezes os clientes, correntes, fornecedores e parceiros são distintos em função do segmento em causa, são naturalmente vários os desafios que a empresa enfrenta ao nível do cumprimento da legislação, com particular destaque para o quadro normativo jus-concorrencial.

Nos dias de hoje, as infrações ao direito da concorrência podem assumir um tremendo impacto financeiro, ao ponto de serem suscetíveis de comprometer a sustentabilidade e viabilidade das empresas visadas. Por outro lado, a reputação e a confiança que os consumidores, trabalhadores, *shareholders*, clientes, fornecedores e demais *stakeholders*, depositam nas empresas, e que, em muitas situações, foram conquistadas e mantidas ao longo de muitos anos, pode perder-se num ápice.

* Head of Legal and Compliance Officer do Grupo Nestlé Portugal.

Este artigo foi escrito no contexto do último Seminário Aberto de 2018 organizado pela Autoridade da Concorrência (AdC), dedicado ao tema «*Desafios da Concorrência vistos de dentro: a Perspetiva das Empresas*», e que contou com a participação de um painel de três *in-house counsels* para uma conversa sobre os desafios do cumprimento das regras de concorrência em diversas indústrias. Agradeço à AdC o convite e a oportunidade de poder partilhar a experiência prática de quem diariamente lida com os desafios das regras de concorrência nas empresas e espero que esta iniciativa possa ser replicada no futuro por muitas outras empresas, mostrando que a AdC e as empresas não têm forçosamente que estar sempre em lados opostos e que há claramente espaço para que a AdC e as empresas possam colaborar em conjunto, para além do contexto da atividade de fiscalização e de supervisão, prestando um simbólico mas importante contributo para o aumento da produtividade e da competitividade da economia Portuguesa, da inovação e da eficácia da cadeia de valor, aumentando o bem estar dos consumidores e zelando por um tecido empresarial que se pretende saudável, competitivo e sustentável.

É precisamente nesta sede que os programas de *Competition Compliance* e os *Compliance Roadmaps* assumem um papel preponderante já que correspondem a uma forma da empresa anunciar e partilhar junto dos *key stakeholders* internos e/ou externos, o seu compromisso de cumprimento das regras do direito da concorrência.

Os programas de *Competition Compliance* assumem vários propósitos relevantes:

- i) Prevenção do risco de ilícitos de natureza jus-concorrencial;
- ii) Criação de mecanismos de controlo para detetar situações de risco e adoção de ações imediatas corretivas e/ou preventivas;
- iii) Fornecimento de muita (e intensa) formação que seja pragmática e adaptada às necessidades das diversas áreas de negócio e corporativas;
- iv) Educação de toda a organização, do *management* às *equipas*, e por vezes dos parceiros que porventura possam não estar tão sensibilizados para os temas e preocupações de direito da concorrência;
- v) Auditorias às áreas de negócio;
- vi) Fornecimento de suporte às equipas numa base diária e permanente, monitorizando em simultâneo as práticas e comportamentos, e acompanhando, se necessário, as equipas no *marketplace*.

No caso da Nestlé Portugal, e de acordo com o programa de *Competition Compliance* adotado pelo Grupo a nível internacional, na base dos seus programas de Compliance está o seu Código de Conduta e a sua Política de Direito da Concorrência, os quais estão totalmente alinhados com aquele que é o propósito e os valores da empresa: melhorar a qualidade de vida e contribuir para um futuro mais saudável.

A Nestlé, que comemorou, a nível internacional, 150 anos de existência e, em Portugal, 95 anos, defende a importância da livre concorrência e da lealdade comercial e acredita que somente assim se poderá manter de forma duradoura como um *benchmark* para a Indústria em matéria de integridade, credibilidade, confiança e reputação.

Neste contexto, é obrigação de todos e de cada trabalhador da empresa, desde o top management às equipas operacionais, o respeito e o cumprimento do direito da concorrência, não sendo aceitável, nem tolerável, comportamentos divergentes. Dito isto, claro que não se trata de um processo automático até porque estão em causa pessoas, pelo que se afigura como fundamental a

continuidade da implementação e a robustez dos Programas de *Competition Compliance*.

Na economia atual, o paradigma mudou: a *Competition Compliance* proporciona às empresas manifestas vantagens comerciais, financeiras e competitivas, tendo passado a fazer parte dos modelos de gestão e de negócio das empresas. Por exemplo, para que as empresas se possam opor a práticas e a comportamentos comerciais que não são aceitáveis, as equipas comerciais podem usar e alavancar argumentos legais de natureza jus-concorrencial; ou ainda, para desafiar concorrentes e/ou até clientes que, no entendimento das empresas, não estejam a respeitar a Lei.

Em suma, as empresas, para terem no seu ADN uma perspetiva de sucesso a longo prazo, terão de gerar e criar valor partilhado que seja sustentável, gerindo a sua atividade de uma forma leal e justa, com benefícios para os consumidores, sociedade, trabalhadores e demais stakeholders.

Os reguladores, em particular a AdC, têm igualmente um papel importante, no sentido de se aproximarem das empresas num contexto que pode ir muito além dos seus importantes poderes de *enforcement* e supervisão, incentivando e dinamizando as empresas, independentemente da sua dimensão e relevância, a desenvolverem e adotarem programas de *Competition Compliance* e a divulgarem as suas vantagens.



JURISPRUDÊNCIA

Jurisprudência geral

JURISPRUDÊNCIA GERAL

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL DE CONCORRÊNCIA – OUTUBRO DE 2018 A DEZEMBRO DE 2018

Elaborado por Margarida Caldeira

Sentença do Tribunal Constitucional, de 2.10.2018, proferida no âmbito do Processo n.º 1378/17 (Autos de Recurso vindos do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão - Processo n.º 322/17.1YUSTR).

Recorrentes: *Ministério Público e Autoridade da Concorrência.*

Sumário: Julga inconstitucional (com um voto de vencido) a norma do artigo 84.º, n.º 5, da LdC a qual determina que a impugnação judicial de decisões da AdC que apliquem coima têm, em regra, efeito devolutivo, apenas lhe podendo ser atribuído efeito suspensivo quando a execução da decisão cause ao visado prejuízo considerável e este preste caução, em sua substituição, não concedendo, assim, provimento ao recurso.

Normas relevantes: arts. 34.º e 84.º, n.os 3, 4 e 5 da LdC; arts. 2.º, 18.º, n.º 2, 20.º, n.º 1, 32.º, n.os 2 e 10, e 268.º, n.º 4 da CRP; art. 278.º do TFUE; arts. 160.º e 162.º do Regulamento de Processo do TJUE; art. 31.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, do Conselho, de 16.12.2002; art. 59.º do RGCO; art. 46.º, n.os 4 e 5, do Regime Sancionatório do Sector Elétrico (aprovado pela Lei n.º 9/2013, de 28 de janeiro).

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 25.10.2018, proferida no âmbito do Processo n.º 3/18.9YQSTR.

Autora: *Modelo Continente Hipermercados, S.A. e outro.*

Sumário: Julga verificada a exceção dilatória de erro na forma de processo, determinando, em consequência, a absolvição da AdC da instância.

Normas relevantes: arts. 66.º, 193.º, 196.º, 199.º, n.º 3 e 552.º, n.º 1, do CPC; arts. 1.º e 4.º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais; art. 112.º, n.º 2, da LOSJ (Lei da Organização do Sistema Judiciário, aprovada pela Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto).

Sentença do Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa (Unidade Orgânica 2), de 25.10.2018, proferida no âmbito do Processo n.º 1802/18.7BELSB.

Autora: *Modelo Continente Hipermercados, S.A.*

Sumário: Declara o Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa incompetente, em razão do território, para conhecer a pretensão da Autora, ordenando-se a remessa dos autos ao Tribunal Administrativo (e Fiscal) do Porto.

Normas relevantes: arts. 102.º, n.º 1 e 104.º, n.º 1 do CPC; arts. 2.º, n.º 2, 16.º, 20.º, n.os 5 e 6 e art. 37.º, n.º 1, do CPTA; art. 3.º, n.os 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 325/2003 de 29 de dezembro.

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 30.10.2018, proferida no âmbito do Processo n.º 229/18.5YUSTR-B.

Recorrente: *Lusitânia – Companhia de Seguros, S.A.*

Sumário: Decide não dar provimento ao recurso interposto e manter as deliberações da AdC impugnadas, relativamente ao pedido de prorrogação de prazo deduzido pela Recorrente para a preparação e apresentação de versão não confidencial de alguns documentos.

Normas relevantes: art. 14.º da LdC; arts. 152.º, n.º 4, 54.º, 569.º, n.os 5 e 6 e art. 630.º, n.º 1, do CPC.

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 5.11.2018, proferida no âmbito do Processo n.º 225/15.4YUSTR-H.

Recorrente: *Banco Comercial Português, S.A.*

Sumário: Concede provimento ao recurso interposto pela Recorrente e declara a nulidade por insuficiência da instrução do procedimento sancionatório por omissão da prática de atos legalmente obrigatórios, como sejam a consecução de contraditório, seguido de decisão final acerca do procedimento visado por um ofício da AdC.

Normas relevantes: art. 30.º da LdC; arts. 120.º, n.º 2, al. d) e 121.º, n.º 1 do CPP.

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 8.11.2018, proferida no âmbito do Processo n.º 228/18.7YUSTR-A.

Recorrente: *Pingo Doce – Distribuição Alimentar, S.A. e Jerónimo Martins, SGPS, S.A.*

Sumário: Não admite um requerimento das Recorrentes; julga o recurso procedente, revogando a decisão proferida pela AdC no processo contraordenacional

n.º PRC/2017/13, determinando em sua substituição que esta entidade forneça às Recorrentes determinadas informações; desentranhe e lhes devolva alguns elementos e faculte novo prazo para eventual junção dos elementos solicitados (caso decida reiterar os pedidos de informações).

Normas relevantes: arts. 15.º, 17.º, n.º 2, 18.º, n.º 1, al. *a*), 24.º, n.º 3, al. *a*), 25.º, n.ºs 1 e 2 e 33.º, n.ºs 1 e 2 da LdC; arts. 18.º, 27.º, n.º 1, 32.º, 61.º e 62.º da CRP; arts. 61.º, n.º 1, al. *c*), 141.º, n.º 4, al. *d*), e 144.º do CPP.

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 8.11.2018, proferida no âmbito do Processo n.º 243/18.0YUSTR.

Recorrente: *Pingo Doce – Distribuição Alimentar, S.A. e Jerónimo Martins, SGPS, S.A.*

Sumário: Não admite um requerimento das Recorrentes; julga o recurso procedente, revogando a decisão proferida pela AdC no processo contraordenacional n.º PRC/2017/04, determinando em sua substituição que esta entidade forneça às Recorrentes determinadas informações; desentranhe e lhes devolva alguns elementos e faculte novo prazo para eventual junção dos elementos solicitados (caso decida reiterar os pedidos de informações).

Normas relevantes: arts. 9.º, n.º 1, al. *c*), 67.º, 68.º, n.º 1, al. *a*), 69.º, n.º 2, 80.º, 81.º, n.º 4 e 89.º, n.º 1 da LdC; art. 32.º, n.º 10 da CRP; art. 101.º do TFUE; arts. 686.º e 687.º do CPC; arts. 283.º, n.º 3, 374.º, n.º 2, 379.º, n.º 1, al. *a*), 401.º, n.º 2, 437.º, n.ºs 1 a 5, 438.º, n.ºs 1 e 2, 445.º, n.º 1 e 448.º do CPP; arts. 7.º, n.º 2, 41.º, 58.º, n.º 1, al. *b*), 62.º, n.º 1, 73.º, n.ºs 1, 2 e 3 e 75.º, n.º 1 do RGCO.

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 9.11.2018, proferida no âmbito dos Processos n.ºs 228/18.7YUSTR, 228/18.7YUSTR-B e 228/18.7YUSTR-C.

Recorrente: *Super Bock Bebidas, S.A.*

Sumário: Julga os recursos (referentes ao processo contraordenacional n.º PRC/2017/13) totalmente improcedentes, não existindo fundamento para a recusa pela Recorrente, à luz do direito à não autoincriminação, em prestar os elementos solicitados pela AdC.

Normas relevantes: arts. 18.º, n.º 1, al. *a*), 15.º e 68.º, n.º 1, al. *b*), da LdC; arts. 18.º e 32.º, n.ºs 1, 5 e 10 da CRP; art. 14.º, n.º 3, al. *g*) do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 19 de dezembro de 1966; art. 6.º, n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem; considerando 23 do Regulamento (CE) n.º 1/2003 de 16 de dezembro de 2002; arts. 2.º e 7.º da

Diretiva (UE) 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de março de 2016.

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 14.11.2018, proferida no âmbito do Processo n.º 249/18.0YUSTR.

Recorrente: *Futrifer – Indústrias Ferroviárias, S.A.*

Sumário: Julga improcedente o recurso interposto relativamente a alegadas nulidades do mandado de busca, credenciais e despacho que autorizou a busca.

Normas relevantes: arts. 18.º, n.º 2, 21.º, 84.º, n.os 1 e 2 e 85.º, n.º 1 da LdC; arts. 20.º, n.os 2 e 3, 33.º, n.º 1, 119.º, 123.º, 126.º, n.º 3, 268.º e 269.º do CPP.

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 19.11.2018, proferida no âmbito do Processo n.º 71/18.3YUSTR-D.

Recorrentes: *Jerónimo Martins SGPS, S.A. e Pingo Doce – Distribuição Alimentar, S.A.*

Sumário: Julga totalmente improcedentes os recursos de impugnação, absolvendo a AdC dos pedidos de declaração de invalidade e nulidade de duas decisões por esta proferidas em 16.5.2018 e 17.5.2018, no âmbito do processo contraordenacional n.º PRC/2016/4, pelas quais a AdC indeferiu os requerimentos das Recorrentes, recusando-se a conhacer da invalidade, por nulidade, das apreensões de ficheiros de correio eletrónico a coberto de mandados de busca e apreensão emitidos pelo Ministério Público.

Normas relevantes: art. 18.º, n.º 1, als. c) e d), 19.º, 20.º, 21.º e 30.º, n.º 1 da LdC; arts. 57.º, 58.º, 119.º, 120.º, 126.º, n.º 3 e 174.º a 186.º do CPP; art. 50.º do RGCO.

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 19.11.2018, proferida no âmbito dos Processos n.os 71/18.3YUSTR-B e 71/18.3YUSTR-C.

Recorrente: *Super Bock Bebidas, S.A.*

Sumário: Julga totalmente improcedentes os recursos de impugnação, absolvendo a AdC dos pedidos de declaração de invalidade e nulidade de duas decisões interlocutórias por esta emitidas em 10.7.2018 e 20.7.2018, no âmbito do processo contraordenacional n.º PRC/2016/4, pelas quais foram indeferidos requerimentos apresentados pela Super Bock Bebidas, S.A. relativamente à alegada nulidade e proibição de prova obtida, por preterição do direito ao silêncio e do princípio da não auto-incriminação.

Normas relevantes: arts. 24.º, n.º 3, al. *a*), 31.º, n.º 5, 68.º, n.º 1, al. *b*) e 69.º, n.º 3 da LdC; arts. 18.º, n.º 2, 20.º, n.º 4 e 32.º, n.os 2 e 10 da CRP; art. 6.º, n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem; arts. 124.º e 126.º do CPP.

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 19.11.2018, proferida no âmbito do Processo n.º 71/18.3YUSTR-E.

Recorrente: *Super Bock Bebidas, S.A.*

Sumário: Julga totalmente improcedente o recurso de impugnação, absolvendo a AdC do pedido de declaração de invalidade e nulidade de uma decisão interlocutória por esta emitida em 26.7.2018, no âmbito do processo contraordenacional n.º PRC/2016/4, pela qual esta se recusou a conhecer da invalidade, por nulidade, das apreensões de ficheiros de correio eletrónico a coberto do mandado de busca e apreensão emitido pelo Ministério Público. **Normas relevantes:** arts. 18.º, n.º 1, als. *c* e *d*) e n.º 2, 19.º, 20.º, 21.º, 30.º, n.º 1, 84.º e 85.º da LdC; art. 32.º da CRP; arts. 119.º, 120.º, 126.º, n.º 3, e 174.º a 186.º do CPP; art. 112.º, n.º 2, als. *b*) da LOSJ (Lei da Organização do Sistema Judiciário, aprovada pela Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto).

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 19.11.2018, proferida no âmbito do Processo n.º 71/18.3YUSTR-F.

Recorrente: *Super Bock Bebidas, S.A.*

Sumário: Julga totalmente improcedente o recurso de impugnação, absolvendo a AdC do pedido de declaração de invalidade e nulidade de uma decisão interlocutória por esta emitida em 31.7.2018, no âmbito do processo contraordenacional n.º PRC/2016/4, pela qual foi indeferido um requerimento apresentado pela Super Bock Bebidas, S.A. relativamente à alegada nulidade e proibição de prova obtida, por preterição do direito ao silêncio e do princípio da não auto-incriminação.

Normas relevantes: arts. 31.º, n.º 5, 68.º, n.º 1, al. *b*), e 69.º, n.º 3 da LdC; arts. 18.º, n.º 2, 20.º, n.º 4 e 32.º, n.os 2, 8 e 10 da CRP; arts. 124.º e 126.º do CPP; art. 6.º, n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 19.11.2018, proferida no âmbito do Processo n.º 71/18.3YUSTR-G.

Recorrente: *Super Bock Bebidas, S.A.*

Sumário: Julga totalmente improcedente o recurso de impugnação, absolvendo a AdC do pedido de declaração de invalidade e nulidade de uma

decisão interlocutória por esta emitida em 2.8.2018, no âmbito do processo contraordenacional n.º PRC/2016/4, pela qual a AdC indeferiu o requerimento da Super Bock Bebidas, S.A., recusando-se a conhecer da invalidade, por nulidade, das apreensões de ficheiros de correio eletrónico a coberto do mandado de busca e apreensão emitido pelo Ministério Público.

Normas relevantes: arts. 18.º, n.º 1, als. c) e d) e n.º 2, 19.º, 20.º, 21.º, 30.º, n.º 1, 85.º e 88.º da LdC; art. 32.º da CRP; arts. 119.º, 120.º, 126.º, n.º 3, e 174.º a 186.º do CPP; art. 42.º do RGCO; art. 112.º, n.º 1, al. a) e n.º 2, al. b) da LOSJ (Lei da Organização do Sistema Judiciário, aprovada pela Lei n.º 62/2013).

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 19.11.2018, proferida no âmbito do Processo n.º 71/18.3YUSTR-H.

Recorrente: *Super Bock Bebidas, S.A.*

Sumário: Julga totalmente improcedente o recurso de impugnação, absolvendo a AdC do pedido de declaração de invalidade e nulidade de uma decisão interlocutória por esta emitida em 25.7.2018, no âmbito do processo contraordenacional n.º PRC/2016/4, pela qual a AdC indeferiu o requerimento da Super Bock Bebidas, S.A. quanto à arguição de nulidade referente ao despacho que determinou a imposição de segredo de justiça ao mencionado processo contraordenacional.

Normas relevantes: arts. 14.º, n.º 1, 25.º, n.º 1, e 32.º da LdC; arts. 20.º e 32.º, n.º 10 da CRP; arts. 86.º, 97.º, n.º 1, al. b) e n.º 5, e 123.º do CPP.

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 19.11.2018, proferida no âmbito do Processo n.º 71/18.3YUSTR-I.

Recorrente: *Super Bock Bebidas, S.A.*

Sumário: Julga totalmente improcedente o recurso de impugnação, absolvendo a AdC do pedido de declaração de invalidade e nulidade de uma decisão interlocutória por esta emitida em 3.8.2018, no âmbito do processo contraordenacional n.º PRC/2016/4, pela qual a AdC se recusou a conhecer da invalidade, por nulidade, das apreensões de ficheiros de correio eletrónico a coberto do mandado de busca e apreensão emitido pelo Ministério Público.

Normas relevantes: arts. 15.º, n.º 1, al. a), 18.º, n.º 1, al. c), e n.º 2, 19.º, 20.º, 21.º, 24.º, n.º 3, al. a), 30.º, n.º 1, 31.º, n.º 5, 43.º, 61.º, 64.º, 68.º, n.º 1, als. b) e j), 69.º, n.º 3, 85.º e 88.º da LdC; arts. 18.º, 26.º, 32.º, n.os 2, 4, 8 e 10, 34.º, 61.º e 62.º da CRP; art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem; arts. 57.º, 58.º, 59.º, 119.º, 120.º, 126.º, n.º 3, 97.º, n.º 5 e 174.º a 186.º do

CPP; arts. 42.º, n.º 1 e 50.º do RGCO; arts. 84.º e 112.º, n.º 1, al. *a*) e n.º 2, al. *b*), da LOSJ (Lei da Organização do Sistema Judiciário, aprovada pela Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto).

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 23.11.2018, proferida no âmbito do Processo n.º 249/18.0YUSTR-A.

Recorrente: *Fergrupo – Construções e Técnicas Ferroviárias, S.A.*

Sumário: Julga improcedente o recurso interposto relativamente à alegada nulidade da diligência de busca e apreensão de correspondência eletrónica e do respetivo mandado.

Normas relevantes: arts. 13.º, 18.º, n.º 2, 21.º, 84.º, n.os 1 e 2 e 85.º, n.º 1, da LdC; arts 1.º, al. *b*), 119.º, al.*e*), 126.º, n.º 3, 263.º, n.º 1, 268.º e 269.º do CPP; arts. 112.º, n.º 1, al. *a*), e n.º 5, da LOSJ (Lei da Organização do Sistema Judiciário, aprovada pela Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto).

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 26.11.2018, proferida no âmbito do Processo n.º 249/18.0YUSTR-B.

Recorrente: *Futrifer – Indústrias Ferroviárias, S.A.*

Sumário: Julga totalmente improcedente o recurso na medida em que as questões invocadas pela Recorrente (relativas a um despacho e mandado de busca) não podem ser conhecidas pelo Tribunal naquele momento (nem apreciadas e decididas pela AdC), conforme decisão proferida no recurso objeto do processo principal, e as questões subsequentes não podem, igualmente, ser conhecidas nessa fase processual.

Normas relevantes: art. 13.º da LdC; art. 41.º, n.º 1 do RGCO; art. 4.º do CPP; arts. 580.º e 581.º do CPP.

Sentença do Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto, de 28.11.2018, proferida no âmbito do Processo n.º 1802/18.7BELSB.

Requerente: *Modelo Continente Hipermercados, S.A.*

Sumário: Ordena o levantamento do decretamento provisório da providência cautelar peticionada pela Requerente, julgando-se o Tribunal Administrativo incompetente em razão da matéria, e deferindo-se a competência material ao Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.

Normas relevantes: arts. 9.º e 92.º da LdC; art. 13.º do CPTA; art. 112.º da LOSJ (Lei da Organização do Sistema Judiciário, aprovada pela Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto).

JURISPRUDÊNCIA DE CONCORRÊNCIA
DA UNIÃO EUROPEIA – DE OUTUBRO
A DEZEMBRO DE 2018

Elaborado por Fernando Pereira Ricardo

Abuso de posição dominante

Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de outubro de 2018, proferido no âmbito do processo C595/17; ECLI:EU:C:2018:854

Partes: Apple Sales International e o./ MJA

Descritores: Reenvio prejudicial – Espaço de liberdade, segurança e justiça – Competência judiciária em matéria civil e comercial – Regulamento (CE) n.º 44/2001 – Artigo 23.º – Cláusula atributiva de jurisdição constante de um contrato de distribuição – Ação de indemnização intentada pelo fornecedor contra o distribuidor por violação do artigo 102.º TFUE

Acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas

Acórdão do Tribunal Geral de 18 de outubro de 2018, proferido no âmbito do Processo T640/16; ECLI:EU:T:2018:700

Partes: GEA Group AG/Comissão

Descritores: Concorrência – Acordos, decisões e práticas concertadas – Estabilizadores térmicos – Decisão que declara uma infração ao artigo 81.º CE – Decisão que altera a decisão inicial – Recurso de anulação – Interesse em agir – Admissibilidade – Coimas – Limite máximo de 10% – Grupo de sociedades – Igualdade de tratamento

Auxílios de Estado

Acórdão do Tribunal Geral de 29 de novembro de 2018, proferido no âmbito do Processo T-720/16; ECLI:EU:T:2018:853

Partes: Aziende riunite filovie ed autolinee Srl (ARFEA)/Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Compensação retroativa de serviço público prestado pelas autoridades italianas – Serviço de transporte regional de passageiros em autocarro entre 1997 e 1998 com base em concessões – Decisão que declara o auxílio incompatível com o mercado interno e ordena a sua recuperação – Acórdão Altmark – Aplicação das regras de direito material no tempo

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de novembro de 2018, proferido no âmbito do Processo T-793/14; ECLI:EU:T:2018:790

Partes Tempus Energy Ltd, e o. /Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Mercado de capacidade no Reino Unido – Regime do auxílio – Artigo 108.º, parágrafos 2 e 3, do TFUE – Noção de “dúvidas” no quadro do artigo 4.º, parágrafos 3 e 4, do Regulamento (CE) n.º 659/1999 – Orientações relativas a auxílios estatais à proteção ambiental e à energia 2014/2020 – Decisão de não levantar objeções – Não abertura de um procedimento formal de investigação – Direitos processuais das partes interessadas

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de novembro de 2018, proferido no âmbito do Processo T-406/11; ECLI:EU:T:2018:793

Partes: Prosegur Compañía de Seguridad, SA/Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Regime fiscal que permite às empresas com domicílio fiscal em Espanha amortizar a diferença relativamente ao valor do património (financial goodwill) resultante da aquisição de participações em empresas com domicílio fiscal no estrangeiro – Decisão que declara o auxílio incompatível com o mercado interno e ordena a sua recuperação – Noção de auxílio de Estado – Seletividade – Sistema de referência – Derrogação – Diferença de tratamento – Justificação da diferença de tratamento – Empresas beneficiárias da medida – Confiança legítima

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de novembro de 2018, proferido no âmbito do Processo T-405/11; ECLI:EU:T:2018:780

Partes: Axa Mediterranean Holding, SA, /Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Regime fiscal que permite às empresas com domicílio fiscal em Espanha amortizar a diferença relativamente ao valor do património (financial goodwill) resultante da aquisição de participações em empresas com domicílio fiscal no estrangeiro – Decisão que declara o auxílio incompatível com o mercado interno e ordena a sua recuperação – Noção de auxílio de Estado – Seletividade – Sistema de referência – Derrogação – Diferença de tratamento – Justificação da diferença de tratamento – Empresas beneficiárias da medida – Confiança legítima

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de novembro de 2018, proferido no âmbito do Processo T399/11 RENV; ECLI:EU:T:2018:787

Partes: Banco Santander, SA, e o. /Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Disposições relativas ao imposto sobre as sociedades que permitem às empresas fiscalmente domiciliadas em Espanha amortizar o goodwill resultante de aquisições de participações em sociedades fiscalmente domiciliadas no estrangeiro – Decisão que declara o auxílio incompatível com o mercado interno e ordena a sua recuperação – Noção de auxílio de Estado – Seletividade – Sistema de referência – Derrogação – Diferença de tratamento – Justificação da diferença de tratamento – Empresas beneficiárias da medida – Confiança legítima

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de novembro de 2018, proferido no âmbito do Processo T239/11; ECLI:EU:T:2018:781

Partes: Sigma Alimentos Exterior, SL /Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Disposições relativas ao imposto sobre as sociedades que permitem às empresas fiscalmente domiciliadas em Espanha amortizar o goodwill resultante de aquisições de participações em sociedades fiscalmente domiciliadas no estrangeiro – Decisão que declara o auxílio incompatível com o mercado interno e ordena a sua recuperação – Noção de auxílio de Estado – Seletividade – Sistema de referência – Derrogação – Diferença de tratamento – Justificação da diferença de tratamento

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de novembro de 2018, proferido no âmbito do Processo T227/10; ECLI:EU:T:2018:785

Partes: Banco Santander, SA /Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Disposições relativas ao imposto sobre as sociedades que permitem às empresas fiscalmente domiciliadas em Espanha amortizar o goodwill resultante de aquisições de participações em sociedades fiscalmente domiciliadas no estrangeiro – Decisão que declara o auxílio incompatível com o mercado interno e ordena a sua recuperação – Noção de auxílio de Estado – Seletividade – Sistema de referência – Derrogação – Diferença de tratamento – Justificação da diferença de tratamento – Empresas beneficiárias da medida – Confiança legítima

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de novembro de 2018, proferido no âmbito do Processo T-219/10 RENV; ECLI:EU:T:2018:784

Partes: World Duty Free Group, SA, anteriormente Autogrill España, SA/Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Disposições relativas ao imposto sobre as sociedades que permitem às empresas fiscalmente domiciliadas em Espanha amortizarem o goodwill resultante de aquisições de participações em sociedades fiscalmente domiciliadas no estrangeiro – Decisão que declara o auxílio incompatível com o mercado interno e que ordena a sua recuperação – Conceito de auxílio de Estado – Seletividade – Sistema de referência – Derrogação – Diferença de tratamento – Justificação da diferença de tratamento – Empresas beneficiárias da medida – Confiança legítima

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de novembro de 2018, proferido no âmbito do Processo T-207/10; ECLI:EU:T:2018:786

Partes: Deutsche Telekom AG/Comissão e o.

Descritores: Auxílios de Estado – Regime fiscal que permite às empresas com domicílio fiscal em Espanha amortizar a diferença relativamente ao valor do património (financial goodwill) resultante da aquisição de participações em empresas com domicílio fiscal no estrangeiro – Decisão que declara o auxílio incompatível com o mercado comum e ordena a sua recuperação parcial – Disposição que permite ao regime continuar a ser parcialmente aplicável – Pedido de não conhecimento do mérito – Manutenção do interesse em agir – Confiança legítima – Garantias

precisas dadas pela Comissão – Legitimidade da confiança – Âmbito de aplicação temporal da confiança legítima

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de novembro de 2018, proferido no âmbito dos Processos T202/10 RENV II; ECLI:EU:T:2018:795 e T203/10 RENV II;

Partes: Stichting Woonlinie e o. /Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Habitação social – Regime de auxílios concedidos a sociedades de habitação social – Auxílios existentes – Compromissos do EstadoMembro – Decisão que declara o auxílio compatível com o mercado interno – Artigo 17.º do Regulamento (CE) n.º 659/1999 – Serviço de interesse económico geral – Artigo 106.º, n.º 2, TFUE – Definição da missão de serviço público

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de novembro de 2018, proferido no âmbito do Processo C-93/17; ECLI:EU:C:2018:903

Partes: Comissão/Grécia

Descritores: Incumprimento de Estado – Auxílios de Estado – Auxílios declarados ilegais e incompatíveis com o mercado interno – Obrigação de recuperação – Acórdão do Tribunal de Justiça que declara o incumprimento – Empresa que exerce simultaneamente atividades civis e militares – Inexecução – Interesses essenciais da segurança de um EstadoMembro – Artigo 346.º, n.º 1, alínea b), TFUE – Sanções financeiras – Sanção pecuniária compulsória – Quantia fixa – Capacidade de pagamento – Fator “n” – Fatores que estão na base da avaliação da capacidade de pagamento – Produto interno bruto – Ponderação dos votos do EstadoMembro no Conselho da União Europeia – Nova regra de votação no Conselho

Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de novembro de 2018, proferido no âmbito do Processo C544/17 P; ECLI:EU:C:2018:880

Partes: BPC Lux 2 Sàrl e o./Comissão

Descritores: Recurso de decisão do Tribunal Geral – Auxílios de Estado – Recurso de anulação – Admissibilidade – Auxílio das autoridades portuguesas à resolução da instituição financeira Banco Espírito Santo SA – Criação e capitalização de um banco de transição – Decisão da Comissão Europeia que declara o auxílio compatível com o mercado

interno – Interesse em agir – Recurso nos tribunais nacionais destinado a obter a anulação da decisão de resolução do Banco Espírito Santo

Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de novembro de 2018, proferido no âmbito dos Processos C622/16 P a C624/16 P; ECLI:EU:C:2018:873

Partes: Scuola Elementare Maria Montessori Srl /Comissão

Descritores: Recurso de decisão do Tribunal Geral – Auxílios de Estado – Decisão que declara impossível a recuperação de um auxílio de Estado incompatível com o mercado interno – Decisão que declara a inexistência de auxílio de Estado – Recursos de anulação interpostos por concorrentes de beneficiários de auxílios de Estado – Admissibilidade – Ato regulamentar que não necessita de medidas de execução – Afetação direta – Conceito de “impossibilidade absoluta” de recuperar um auxílio de Estado incompatível com o mercado interno – Conceito de “auxílio de Estado” – Conceitos de “empresa” e de “atividade económica”

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de outubro de 2018, proferido no âmbito do Processo T-79/16; ECLI:EU:T:2018:680

Partes: Vereniging Gelijkberechtiging Grondbezitters e o./Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Regime de auxílios relativos à aquisição subvencionada ou à colocação à disposição a título gracioso de zonas naturais – Decisão que declara o auxílio compatível com o mercado interno no termo da fase preliminar de exame – Ausência de procedimento formal de investigação – Legitimidade para agir – Noção de parte interessada – Admissibilidade – Violação dos direitos processuais – Dificuldade sérias – Afetação substancial da posição concorrencial das empresas concorrentes

Concentrações

Acórdão do Tribunal Geral de 9 de outubro de 2018, proferido no âmbito do Processo T885/16; ECLI:EU:T:2018:666

Partes: Mass Response Service GmbH/Comissão

Descritores: Recurso de anulação – Concorrência – Concentrações – Mercado retalhista dos serviços de telecomunicações móveis e mercado grossista de acesso e de origem de chamadas na Alemanha – Aquisição da EPlus pela Telefónica Deutschland – Decisão que declara

a concentração compatível com o mercado interno e com o funcionamento do Acordo EEE – Implementação do elemento nãoORM previsto nos compromissos finais – Atos não suscetíveis de recurso – Inadmissibilidade

Acórdão do Tribunal Geral de 9 de outubro de 2018, proferido no âmbito do Processo T-884/16; ECLI:EU:T:2018:665

Partes: Multiconnect/Comissão

Descritores: Recurso de anulação – Concorrência – Concentrações – Mercado retalhista dos serviços de telecomunicações móveis e mercado grossista de acesso e de origem de chamadas na Alemanha – Aquisição da EPlus pela Telefónica Deutschland – Decisão que declara a concentração compatível com o mercado interno e com o funcionamento do Acordo EEE – Implementação do elemento nãoORM previsto nos compromissos finais – Atos não suscetíveis de recurso – Inadmissibilidade

Acórdão do Tribunal Geral de 9 de outubro de 2018, proferido no âmbito do Processo T43/16; ECLI:EU:T:2018:660

Partes: 1&1 Telecom GmbH/Comissão

Descritores: Recurso de anulação – Concorrência – Concentrações – Mercado retalhista dos serviços de telecomunicações móveis e mercado grossista de acesso e de origem de chamadas na Alemanha – Aquisição da EPlus pela Telefónica Deutschland – Decisão que declara a concentração compatível com o mercado interno e com o funcionamento do Acordo EEE – Implementação do elemento nãoORM previsto nos compromissos finais – Atos não suscetíveis de recurso – Inadmissibilidade

NOTAS CURRICULARES

ANA PATRICIA CARVALHO

Head of Legal e Compliance Officer do Grupo Nestlé Portugal, sendo membro do Comité de Direção do Grupo Nestlé Portugal desde 2014 e membro do Antitrust Lead network da Nestlé's EMENA - Europe, Middle East e North Africa. Ao longo da sua carreira trabalhou nas áreas de Direito da Concorrência, Propriedade Intelectual, Comercial e Direito de Consumo. Antes de se juntar à Nestlé em 2003, trabalhou durante 5 anos nas áreas de Propriedade Intelectual e Direito Europeu e Concorrência na sociedade PLMJ, onde iniciou a sua carreira como estagiária. Com uma Licenciatura em Direito pela Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, e Pós-graduações em Propriedade Intelectual pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa, e cursos de Organizational Leadership na Catholic Lisbon School of Business and Economics, na IESE Business School Barcelona e na London Business School, Ana Patrícia Carvalho foi Assistente de Direito Comercial e de Direitos Reais na Universidade Moderna. Ana Patricia Carvalho está inscrita como Advogada na Ordem dos Advogados, é Vice-Presidente da Comissão de Concorrência da Câmara de Comércio Internacional Portugal, é membro da Comissão de Questões Legais & Concorrência da Centromarca e é ainda membro do board da Woman@Competition Iberia. Ana Patricia Carvalho foi reconhecida pela Legal 500 General Counsel Power List - Iberia 2018 e pela ACC European Counsel Award na categoria de Employment team 2016.

Head of Legal & Compliance Officer at Group Nestlé Portugal, member of the Management Committee of Nestlé Portugal since 2014 and member of Nestlé's EMENA - Europe, Middle East and North Africa - Antitrust Lead network. Throughout her career, she has worked actively in the area of Competition Law, IP, Corporate and Consumer Law. Before joining Nestlé in 2003, she worked at the Intellectual Property, European and Competition Law Practice Area of PLMJ Law Firm for 5 years, where she began her career as a trainee. With a Law degree from the Faculty of Law of the University of Lisbon and post-graduations in Intellectual Property from the Faculty of Law of the University of Lisbon and in Commercial and Company Law from the Faculty of Law of the Catholic University

of Lisbon, and Organizational Leadership courses at Catholic Lisbon School of Business and Economics, IESE Business School Barcelona and London Business School, Ana Patricia Carvalho was a Lecturer of Commercial and Property Law at University Moderna. Ana Patricia Carvalho is a member of the Portuguese Bar Association since 2010; member of the board of the Portuguese Competition Commission, International Chamber of Commerce; member of the Competition & Legal Affairs Committee of Centromarca and a member of the board of Woman@ Competition Iberia. Ana Patricia Carvalho was awarded by Legal 500 General Counsel Power List - Iberia 2018 and by ACC European Counsel Award in the category of Employment team 2016.

JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA

Licenciado em Direito e Mestre em Ciências Político Económicas pela Universidade de Coimbra; Doutor em Economia Internacional (Universidade de Paris I Panthéon Sorbonne); serviço militar obrigatório cumprido no Ministério da Marinha (Serviço de Justiça, 1969-1972); Professor na Universidade Católica Portuguesa e na Universidade Nova de Lisboa; membro do Conselho de Curadores da Fundação Universidade Nova; foi professor da Universidade de Coimbra e da Universidade Lusíada de Lisboa (Diretor do Instituto de Estudos Europeus); membro do Governo português (1980-1983); Secretário de Estado da Administração Interna, Secretário de Estado da Presidência do Conselho de Ministros, Secretário de Estado para a Integração Europeia; Deputado à Assembleia da República, vice-presidente do grupo parlamentar do CDS; Advogado-Geral no Tribunal de Justiça (1986-1988); Presidente do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (1989-1995); Juiz no Tribunal de Justiça (2012-2018); membro do Grupo de Reflexão sobre o Futuro do Sistema Jurisdicional das Comunidades Europeias - “Groupe Due” (2000); Presidente do Conselho de Disciplina da Comissão Europeia (2003-2007); Presidente da APDE – Associação Portuguesa de Direito Europeu (2006-2018); Presidente da FIDE – Federação Internacional de Direito Europeu; advogado, especialista em Direito Europeu e Direito da Concorrência (1996-), Sócio fundador de Cruz Vilaça Advogados.

Degree in Law and Master's degree in Political Economy at the University of Coimbra; Doctor in International Economics (University of Paris I - Panthéon Sorbonne); compulsory military service performed in the Ministry for the Navy (Justice Department, 1969-72); member of the Board of Curators, Nova University Foundation; Professor at the Catholic University and the Nova University of

Lisbon; formerly Professor at the University of Coimbra and at Lusíada University, Lisbon (Director of the Institute for European Studies); Member of the Portuguese Government (1980–83); State Secretary for Home Affairs, State Secretary in the Prime Minister's Office and State Secretary for European Affairs; Member of the Portuguese Parliament, Vice-President of the Christian-Democrat Group; Advocate General at the Court of Justice (1986–88); President of the Court of First Instance of the European Communities (1989–95); Judge at the Court of Justice (2012–2018); member of the Working Party on the Future of the European Communities' Court System – 'Due Group' (2000); Chairman of the Disciplinary Board of the European Commission (2003–07); President of APDE – Portuguese Association of European Law (2006–2018); President of FIDE – International Federation for European Law; lawyer at the Lisbon bar, specialising in European and competition law (1996–), Partner and founder of Cruz Vilaça Lawyers.

INÊS AZEVEDO

Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Em 2018, concluiu o Mestrado em Direito e Gestão na Universidade Católica Portuguesa (Escola de Lisboa). Em 2018 concluiu também a Pós-Graduação em Regulação e Concorrência do Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Desde 2016 é jurista no Departamento de Averiguação e Ação Sancionatória do Banco de Portugal.

Graduated in Law at New University of Lisbon. In 2018, she concluded a master's degree in Law and Management at the Catholic University of Lisbon. In 2018 she also finished a post-graduation in Competition Law and Regulation, at the Institute for Economic, Financial and Tax Law of the Faculty of Law of the University of Lisbon. Since 2016 she has been a legal adviser at the Law Enforcement Department of Banco de Portugal.

MARIA ELISABETE RAMOS

Nasceu no Porto. É licenciada e mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (respectivamente, 1991 e 1997). Doutorada pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, na área das Ciências Jurídico-Empresariais (2010). Professora Auxiliar da Faculdade de Economia de Coimbra, desde 2005. É docente do MBA para Executivos/FEUC, onde tem lecionado Direito das Empresas e Direito da Concorrência. É autora e coautora de livros e de artigos publicados em revistas jurídicas nacionais e internacionais, especialmente em matérias de direito societário e direito

da concorrência. Membro do Observatório da Concorrência. É membro do Conselho Científico da AIDA – Association Internationale de Droit des Assurances (Portugal). Investigadora do Centre for Business and Economics Research (CeBER) da Universidade de Coimbra.

Born in Oporto, graduated from the Faculty of Law, University of Coimbra (1991). She gained a Master's degree in law from the same university in May 1997. PhD in Law - Faculty of Law of Coimbra, specialization in Legal Corporate Sciences (2010). Assistant Professor at the Faculty of Economics of the University of Coimbra, since 2005. Teacher of Corporate Law and Competition Law at the Executive MBA Program of the Faculty of Economics, University of Coimbra. Author and co-author of several publications, mainly in the areas of corporate law and competition law. Member of the Portuguese Competition Law Observatory. Member of the Scientific Board of AIDA - Association Internationale de Droit des Assurances (Portuguese section). Researcher at the Center for Business and Economics Research (CeBER), University of Coimbra.

MARIA JOSÉ COSTEIRA

Licenciada em Direito pela Universidade de Coimbra (1991); estudos pós-universitários em Direito da Propriedade Intelectual na Universidade Clássica de Lisboa (2001); advogada estagiária (1991-1992); auditora de justiça (1992-1995); juíza dos tribunais de comarca (1995-1997); juíza no Tribunal de Comércio de Lisboa (1999-2016); juíza no Tribunal da Relação de Coimbra (2016); atividade de ensino do Direito em várias universidades portuguesas e no Centro de Estudos Judiciários; secretária-geral (2012-2015) e em seguida presidente (2015-2016) da Associação Sindical dos Juízes Portugueses; juíza no Tribunal Geral da União Europeia desde 19 de setembro de 2016.

Graduated in law from the University of Coimbra (1991); postgraduate studies in intellectual property law at the University of Lisbon (2001); trainee lawyer (1991-92); Judicial Trainee (1992-95); Judge at courts of first instance (1995-97); Judge at the Commercial Court, Lisbon (1999-16); Judge at the Court of Appeal, Coimbra (2016); taught law at a number of Portuguese universities and at the Centre for Judicial Studies; Secretary-General (2012-15), then President (2015-16), of the Association of Portuguese Judges; Judge at the General Court of the European Union since 19 September 2016.

MARÍA ORTIZ

Membro do Conselho da Comissão Nacional de Mercados e Concorrência espanhola, desde setembro de 2013, renomeada em julho de 2017. Desenvolveu a sua carreira profissional em Economia, na área da Administração Pública, nos domínios da Concorrência e Regulação. A sua experiência anterior inclui ter sido Sub-Diretora Geral de Estudos no anterior Tribunal de Defesa da Concorrência espanhola; Sub-Diretora Geral para Legislação e Relações Institucionais na anterior Unidade de Investigações de Concorrência (*Servicio de Defensa de la Competencia*) e Sub-Diretora Geral para a Concorrência e Regulação Económica no Ministério da Economia e Competitividade. Foi também Conselheira Económica e Comercial na Representação Permanente de Espanha junto da UE, em Bruxelas, e Conselheira Económica e Financeira no Ministério dos Negócios Estrangeiros. Ingressou na Administração Pública em 1992 como perita em comércio e Economista do Estado e é licenciada em Direito pela Universidade Complutense, de Madrid.

Member of the Board of the Spanish National Commission for Markets and Competition, since September 2013, reappointed in July 2017. Her professional career has developed in the Economic area of the Public Administration, in the fields of Competition and Regulation. She has previous experience as Deputy Director General of Studies in the former Competition Defense Court; Deputy Director General for Legislation and Institutional Relations in the former Competition Investigation Unit (Servicio de Defensa de la Competencia) and Deputy Director General for Competition and Economic Regulation in the Ministry of Economy and Competitiveness. She was also Economic and Trade Advisor in the Spanish Permanent Representation to the EU in Brussels and Economic and Financial Advisor in the Ministry of Foreign Affairs. She joined the Public Administration in 1992 as a Trade Expert and State Economist and holds a degree in Law from the Complutense University in Madrid.

MARTA CAMPOS

Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2001) e pós-graduada em Law Enforcement, Compliance e Direito Penal, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2016). Frequentava atualmente o Mestrado em Direito e Ciência Jurídica na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e é Juíza no Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.

Graduated in Law from the Faculty of Law of the University of Coimbra (2001) and post-graduate in Law Enforcement, Compliance and Criminal Law

from the Faculty of Law of the University of Lisbon (2016). Currently attends the Master in Law and Legal Science at the Faculty of Law of the University of Lisbon and is Judge at the Competition, Regulation and Supervision Court.

RICARDO BAYÃO HORTA

Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (2000). Grau LLM – Master of Laws in Commercial and Corporate Law, atribuído pela Faculdade Queen Mary, Universidade de Londres (2003). Advogado (inscrição suspensa). Estágio no Office of the General Counsel do European Bank for Reconstruction and Development (2003). Jurista Sénior na Autoridade da Concorrência, no Departamento de Controlo de Concentrações (2003 – Abril 2010 e desde Julho 2014) e no Gabinete de Estudos e Acompanhamento de Mercados (Maio 2010-Junho 2014). Membro da Associação Portuguesa de Direito Europeu. Membro da Associação Portuguesa de Direito Europeu e Individual Observer do European Law Institute. Membro da Rede Alumni - UCP Direito Lisboa. Membro do European Law Institute Competition Law Special Interest Group. Presidente do Conselho de Redação da Revista “Concorrência & Regulação”.

Law Degree from Universidade Católica Portuguesa Law School (2000). LLM – Master of Laws in Commercial and Corporate Law from Queen Mary College, University of London (2003). Lawyer (with suspended registry at the Portuguese Law Bar Association). Internship at the Office of the General Counsel of the European Bank for Reconstruction and Development (2003). Senior Legal adviser at the Portuguese Competition Authority's Merger Department (2003–April 2010, and as from July 2014) and at the Bureau of Studies and Market Monitoring (May 2010–June 2014). Member of the Portuguese Association of European Law and Individual Observer of the European Law Institute. Member of Alumni Network (Universidade Católica Portuguesa Law School). Member of the European Law Institute Competition Law Special Interest Group. President of the Executive Editorial Board of the “Competition and Regulation” Journal.

RICHARD WHISH

Professor Emérito de Direito e autor. Exerceu advocacia em Londres entre os anos de 1989 e 1998. É reconhecido pelos seus contributos para as áreas de direito da concorrência e política de concorrência no Reino Unido, na União Europeia e em muitos outros Estados que dispõem de regimes jurídicos de promoção e defesa da concorrência. Prof. Whish é autor de várias obras e artigos em matéria de direito da concorrência, contribuindo regularmente

em muitas outras. É co-autor da obra *Competition Law*, 9.^a ed. em 2018. É consultor de Governos e Autoridades da Concorrência em matéria de direito da concorrência e política de concorrência e tem contribuído para o desenvolvimento de Leis da Concorrência e de orientações baseadas em *soft law*. É Professor Emérito de Direito no King's College London onde tem desempenhado um relevante papel na promoção de cursos de pós-graduação em direito da concorrência e política de concorrência e onde lecionou entre os anos de 1991 e 2013. Foi também Professor Visitante no *Collège d'Europe* em Bruges. Foi membro do Comité Consultivo do *Director General of Fair Trading* (2001-2003) e Diretor não-executivo do *Board of the Office of Fair Trading* (2003-2009). Foi membro do Conselho do *Singapore Energy Markets Authority* (2005-2011). Em 2014 foi designado *Queen's Counsel Honoris Causa*.

*Emeritus Professor Richard Whish is a legal academic and author. He is a qualified solicitor and was in legal practice in London from 1989 to 1998. He was admitted in 1977. He has been recommended for his contribution to competition law and policy, in the UK, the European Union and in many other countries with competition laws throughout the world. Professor Whish has published many books and articles on competition law, and contributed to many others. In particular he is the co-author of *Competition Law*, 9th edition 2018. Professor Whish has advised various Governments and competition authorities on competition law and policy, and has had an influence on the development of various competition laws and on soft law guidance. He has contributed to the development of many postgraduate courses on competition law and policy at King's College London, where he is now Emeritus Professor, having been a Professor of Law therefrom 1991 to 2013. For many years he was also a Visiting Professor of Law at the College of Europe in Bruges. Professor Whish was a member of the Advisory Panel of the Director General of Fair Trading (2001 to 2003), and a non-executive director of the Board of the Office of Fair Trading (2003 to 2009). He was also a member of the Board of the Singapore Energy Markets Authority (2005 to 2011). In 2014 Professor Whish was appointed Queen's Counsel Honoris Causa.*

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

ÍNDICE TEMÁTICO CONSOLIDADO – N.os 1 a 35

- 2 Concorrência – Questões gerais
 - 2 *Questões processuais*
 - 4 *Private enforcement*
 - 6 *Nemo tenetur se ipsum accusare*
 - 7 *Outros*
- 7 Concorrência – Práticas restritivas
 - 8 *Geral*
 - 8 *Abuso de posição dominante*
 - 9 *Restrições verticais*
 - 10 *Restrições horizontais*
- 11 Concorrência – Controlo de concentrações
- 12 Concorrência – Auxílios de Estado
- 13 Financeiro e bancário
- 16 Seguros
- 16 Comunicações eletrónicas
- 16 Energia
- 17 Saúde
- 18 Autoridades Reguladoras e Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
- 20 Regulação do comércio e concorrência desleal
- 20 Contratação pública
- 21 Direito contraordenacional e processual penal
- 22 Ambiente
- 23 Transportes
- 23 Artigos transversais e outros

Concorrência – Questões gerais

Questões processuais

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
4	Patrícia Lopes	<i>Segredos de negócio versus direitos da defesa do arguido nas contraordenações da concorrência</i>
4	Helena Gaspar Martinho	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Setembro de 2010 no Processo C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals Ltd e Akros Chemicals Ltd c. Comissão Europeia</i>
6	Sara Rodrigues/ Dorothée Serzedelo	<i>O Estado português seria condenado? As buscas efetuadas pela Autoridade da Concorrência e o artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem</i>
6	Carla Farinhais	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Maio de 2011 no Processo C-375/09 –Tele2Polska</i>
7-8	Alexander Italianer	<i>The European Commission's New Procedural Package: Increasing Interaction With Parties and Enhancing the Role of the Hearing Officer</i>
9	João Espírito Santo Noronha	<i>Impugnação de decisões da Autoridade da Concorrência em procedimento administrativo</i>
9	Helena Gaspar Martinho	<i>Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 27 de setembro de 2011, Petição n.º 43509/08, A. Menarini Diagnostics SLR c. Itália</i>
10	Márcio Schlee Gomes	<i>As buscas e apreensões nos escritórios de advogados de empresas</i>
11-12	Paulo de Sousa Mendes	<i>O problema da utilização de elementos recolhidos em ações de supervisão como meios de prova em processo sancionatório</i>
16	Paulo de Sousa Mendes	<i>Eficácia das sanções e transações</i>
17	Helena Gaspar Martinho	<i>Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos de 2 de outubro de 2014, Petição n.º 97/11, Delta Pekárny A.S. c. República Checa [Buscas e inspeções]</i>
22	Jeroen Capiau/Virgílio Mouta Pereira	<i>The Easyjet Case and the rejection of complaints when they have already been dealt with by another Member of the ECN</i>
23-24	Eva Lourenço	<i>O Acórdão Vinci Construction e GTM Génie Civil et Services c. França, do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), de 2 de abril de 2015, n.ºs 63629/10 e 60567/10</i>

25	Francisco Marcos	<i>Blowing hot and cold: the last word of the Supreme Court on setting fines for competition law infringements in Spain</i>
25	Mateusz Blachuki	<i>Judicial control of guidelines on antimonopoly fines in Poland</i>
25	Luís Miguel Romão/ Miguel Alexandre Mestre	<i>Conteúdo e extensão do direito à confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente à luz do direito comunitário e do direito nacional – Parte I</i>
26	Margarida Caldeira	<i>Acórdão do Tribunal Constitucional de 8 de junho de 2016, Peugeot Portugal Automóveis, S.A. contra Autoridade da Concorrência – Efeito devolutivo da interposição do recurso de impugnação judicial</i>
31	Patrícia Oliveira	<i>Acesso das visadas a documentação confidencial com potencial valor exculpatório nas contraordenações do Direito da Concorrência: análise jurisprudencial</i>
32	Luís Miguel Romão/ Alexandre Miguel Mestre	<i>Conteúdo e extensão do direito à confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente à luz do Direito Comunitário e do Direito nacional (Parte II)</i>
32	Tânia Luísa Faria	<i>Os efeitos dos recursos judiciais em processo de contraordenações da Autoridade da Concorrência: uma interpretação sistemática</i>
33-34	Inês Neves	<i>O lugar da proteção de dados na efetividade necessária ao direito da concorrência</i>
33-34	Rita de Sousa Costa	<i>O direito à portabilidade dos dados pela lente do direito da concorrência</i>
33-34	Maria Gabriela Castanheira Bacha	<i>CADE's application of pecuniary penalties and punitive measures: the need of ascertaining its "state of rightness"</i>
35	Sérgio Martins P. de Sousa	<i>Reflexões "soltas" sobre a jurisprudência do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão em matéria de confidencialidade e acesso à prova</i>

Private enforcement

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
4	Alberto Saavedra	<i>The relationship between the leniency programme and private actions for damages at the EU level</i>
9	Assimakis Komninos	<i>Private Antitrust Damages Actions in the EU: Second Generation Questions</i>

10	Alberto Saavedra	<i>Access by National Courts and Private Plaintiffs to Leniency Documents Held by the Commission</i>
10	Leonor Rossi/Miguel Sousa Ferro	<i>Private Enforcement of Competition Law in Portugal (I): An Overview of Case-law</i>
10	Catarina Anastácio	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de junho de 2011, no Processo C-360/09, Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt</i>
11-12	José Robin de Andrade	<i>Apresentação sobre a nova Lei de Arbitragem Voluntária e a aplicação do direito da concorrência pelos tribunais arbitrais</i>
11-12	Christopher Hodges	<i>New Modes of Redress for Consumers and Competition Law</i>
11-12	Laurence Idot	<i>Arbitration, European Competition Law and Public Order</i>
11-12	Assimakis P. Komninos	<i>Arbitration and EU Competition Law</i>
13	Leonor Rossi/Miguel Sousa Ferro	<i>Private Enforcement of Competition Law in Portugal (II): Actio Popularis – Facts, Fictions and Dreams</i>
14-15	Fernanda Paula Stoltz	<i>A defesa da concorrência no Mercosul e a responsabilidade civil por ilícitos concorrenciais</i>
14-15	Fernando Xarepe Silveiro	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de junho de 2013, no Processo C-536/11, Bundeswettbewerbsbehörde v. Donau Chemie AG</i>
18	Nuno Calaim Lourenço	<i>The European Commission's Directive on Antitrust Damages Actions</i>
19	João Espírito Santo Noronha	<i>Litigância jurídico-privada e Direito da Concorrência – A Diretiva n.º 2014/104/UE, de 26 de novembro de 2014: divulgação de elementos de prova, efeitos das decisões nacionais, prazos de prescrição e responsabilidade solidária</i>
20-21	Marco Botta/Natalie Harsdorf	<i>The Judgement of the European Court of Justice in Kone: Any Real Added Value?</i>
22	Ricardo Alonso Soto	<i>La aplicación privada del Derecho de la competencia</i>
22	Antonio Robles Martín-Laborda	<i>La Directiva 2014/104/UE sobre daños antitrust y la configuración del Derecho español de daños</i>
22	Leonor Rossi/Miguel Sousa Ferro	<i>O “private enforcement” do direito da concorrência e o acesso a elementos de prova</i>
22	Antonio Davola	<i>Empowering consumers through competition: A study on the creation of a European antitrust claims market</i>

22	Vasil Savov	<i>Quel rôle du regroupement de créances indemnitàires par voie de cession pour la réparation du préjudice subi en raison d'infractions commises au droit de la concurrence ?</i>
26	Maria João Melícias	<i>The art of consistency between public and private antitrust enforcement: practical challenges in implementing the Damages Directive in Portugal</i>
26	Miguel Sousa Ferro	<i>Workshop consultivo sobre o anteprojeto de transposição da diretiva 2014/104/UE – Relatório Síntese</i>
26	Autoridade da Concorrência	<i>Enquadramento da consulta pública da proposta de anteprojeto de transposição da Diretiva Private Enforcement; Relatório sobre a consulta pública da proposta de anteprojeto de transposição da Diretiva Private Enforcement; Exposição de motivos anexa à Proposta de Anteprojeto submetida ao Governo; e Proposta de Anteprojeto de transposição da Diretiva Private Enforcement</i>
27-28	Maria Elisabete Ramos	<i>Situação do “private enforcement” da concorrência em Portugal</i>
31	Catarina Varajão Borges, Inês Neves, Ricardo Tavares & Tiago Monfort	<i>Sobre o prazo de prescrição e outros aspectos da Diretiva 2014/104/UE</i>

Nemo tenetur se ipsum accusare

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	Paulo de Sousa Mendes	<i>As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem</i>
1	Helena Gaspar Martinho	<i>O direito ao silêncio e à não auto-incriminação nos processos sancionatórios do Direito da concorrência – Uma análise da jurisprudência comunitária</i>
1	Vânia Costa Ramos	<i>Nemo tenetur se ipsum accusare e concorrência – Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa</i>
1	Catarina Anastácio	<i>O dever de colaboração no âmbito dos processos de contra-ordenação por infracção às regras de defesa da concorrência e o princípio nemo tenetur se ipsum accusare</i>

1	Augusto Silva Dias	<i>O direito à não-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários</i>
11-12	Diana Alfafar	<i>O dever de colaboração e o nemo tenetur se ipsum accusare no direito sancionatório da concorrência</i>
23-24	Angélica Rodrigues Silveira	<i>“Nemo tenetur se ipsum accusare” e o dever de colaboração: análise do caso Web c. Áustria da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos</i>
31	Tiago Costa Andrade	<i>Nemo tenetur se ipsum accusare: um novo olhar a partir do Direito da Concorrência, no sentido da sua extensão ao processo contra-ordenacional e às pessoas colectivas</i>

Outros

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	João Espírito Santo Noronha	<i>Algumas reflexões na perspectiva de uma reforma da Lei da Concorrência</i>
1	Luís Silva Morais	<i>Evolutionary Trends of EC Competition Law – Convergence and Divergence with US Antitrust Law in a Context of Economic Crisis</i>
5	Gonçalo Anastácio	<i>Aspectos normativos decisivos para a modernização do direito da concorrência em Portugal</i>
7-8	Fernando Herren Aguillar/ Diogo R. Coutinho	<i>A evolução da legislação antitruste no Brasil</i>
7-8	Vinícius Marques de Carvalho/Ricardo Medeiros de Castro	<i>Política industrial, campeões nacionais e antitruste sob a perspectiva brasileira: Uma avaliação crítica</i>
10	João Espírito Santo Noronha	<i>A aplicação no tempo do novo Regime Jurídico da Concorrência</i>
10	Paulo de Sousa Mendes	<i>O contencioso da concorrência: Balanço e perspetivas em função da reforma do direito da concorrência português</i>
19	Lúcio Tomé Feteira	<i>Entre eficiência e desenvolvimento: Reflexões sobre o Direito da Concorrência nos países em vias de desenvolvimento</i>
22	Francisco Portugal	<i>Impact of taxes on competition: the legal status quo in the European Union</i>
23-24	António Ferreira Gomes	<i>IV Conferência de Lisboa sobre Direito e Economia da Concorrência: discursos de abertura e de encerramento</i>

26	Miguel Moura e Silva	<i>As operações sobre valores mobiliários e o direito da concorrência</i>
27-28	Mary Catherine Lucey	<i>Economic crisis and competition law in Ireland and Portugal</i>
33-34	Peter Freeman	<i>Things are not what they were – Competition Law in a changing context</i>
33-34	Bruno de Zêzere Barradas	<i>Blockchain e Concorrência – Um novo horizonte de aplicação?</i>
33-34	Danilo Sérgio de Souza	<i>Direito da concorrência e inovação. O uso da tecnologia blockchain e possíveis implicações concorrenceis</i>
35	Marta Borges Campos	<i>Competition Law and the Competition, Regulation and Supervision Court</i>
35	Sofia Oliveira Pais	<i>Considerações de lealdade e equidade no direito da concorrência da União: breves reflexões</i>
35	Abel Mateus	<i>Portugal precisa de uma política de concorrência mais ativa</i>
35	António Ferreira Gomes	<i>Com concorrência todos ganhamos</i>
35	António Saraiva	<i>15 anos ao serviço da concorrência nos mercados</i>
35	Manuel Sebastião	<i>Concorrência. Um valor, uma lei, uma instituição, uma praxis</i>
35	Margarida Matos Rosa	<i>Direito à Concorrência</i>
35	Vasco Colaço	<i>Concorrência, Inovação digital e dados pessoais: os novos desafios das Autoridades de Concorrência</i>

Concorrência – Práticas restritivas

Geral

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
3	Cristina Camacho	<i>O sistema de competências paralelas e o princípio “non bis in idem”</i>
3	Ana Perestrelo de Oliveira / Miguel Sousa Ferro	<i>The sins of the son: parent company liability for competition law infringements</i>
9	Nuno Carroulo dos Santos	<i>Like running water? The Interplay Between Antitrust and Online Music Licensing</i>

10	Fernando Xarepe Silveiro	<i>O regime jurídico da clemência na nova Lei da Concorrência: Novas valências, novos desafios</i>
13	Stéphane Rodrigues	<i>Les services sociaux d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne</i>
18	Harry First/Spencer Weber Waller	<i>Antitrust's Democracy Deficit</i>
26	Francisco Hernández Rodríguez/José Antonio Rodríguez Miguez	<i>La aplicación descentralizada del derecho de la competencia: la experiencia española</i>

Abuso de posição dominante

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	João E. Gata/Jorge Rodrigues	<i>Uma perspectiva económica sobre abuso de posição dominante – A distribuição de gelados de impulso a nível europeu</i>
1	Miguel Moura e Silva	<i>A tipificação do abuso de posição dominante enquanto ilícito contra-ordenacional</i>
5	Ioannis Kokkoris	<i>Should the Dominance Test Have Been Changed?</i>
5	António Pedro Santos	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Fevereiro de 2011 no Processo C-52/09, Telia-Sonera (Abuso de posição dominante sob a forma de esmagamento de margens pela empresa TeliaSonera)</i>
6	Damien Neven/Hans Zenger	<i>Some remarks on pricing abuses and exclusionary conduct</i>
6	João Ilhão Moreira	<i>Preços predatórios: Encontros e desencontros de jurisprudência e pensamento económico</i>
7-8	Vicente Bagnoli	<i>Um balanço crítico do desenvolvimento da política de concorrência no Brasil nos últimos 15 anos e o início da repressão das condutas unilaterais – Abuso de posição dominante</i>
7-8	Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo	<i>A eficácia jurídica da norma de preço abusivo</i>
9	Miguel Moura e Silva	<i>Os abusos de exploração sobre os consumidores: Uma revolução silenciosa no novo regime nacional de proibição do abuso de posição dominante?</i>

14-15	Konstantina Bania	<i>Abuse of dominance in online search: Google's special responsibility as the new bottleneck for content access</i>
14-15	Lucas Saretta Ferrari	<i>Google e o direito europeu da concorrência: abuso de posição dominante?</i>
29	Tânia Luísa Faria	<i>Direito da concorrência e big data: ponto da situação e perspetivas</i>

Restrições verticais

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
4	Miguel Gorjão-Henriques / Miguel Sousa Ferro	<i>The latest reform of EU Competition Law on Vertical Restraints</i>
4	Laurence Idot	<i>La pratique de l'Autorité française de concurrence en matière de restrictions verticales</i>
4	Ioannis Lianos	<i>Upfront access payment, category management and the new regulation of vertical restraints in EU Competition Law: importing the retail side of the story</i>
5	Jean-François Bellis	<i>The new EU rules on vertical restraints</i>
7-8	Paula Vaz Freire	<i>O poder de compra e as restrições verticais determinadas pela procura</i>
7-8	Nuno Cunha Rodrigues	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de outubro de 2011, nos Processos C-403/08 e C429/08, Murphy Football Association Premier League Ltd e o. / QC Leisure e o. e Karen Murphy / Media Protection Services Ltd</i>
33-34	Francisco Espregueira Mendes, Leyre Prieto & Daniela Cardoso	<i>Da natureza das restrições à concorrência nos acordos de distribuição seletiva: a influência de Coty Prestige no comércio eletrónico</i>

Restrições horizontais

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	João Matos Viana	<i>Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Julho de 2008 – Processo T-99/04 (Os conceitos de autor e cúmplice de uma infracção ao artigo 81.º TCE)</i>
2	João Pateira Ferreira	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Junho de 2009 (3.ª secção) no Processo C-8/08, T-Mobile Netherlands BV e o. c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (Práticas concertadas entre empresas, trocas de informações e infrações concorrenciais por objecto e/ou por efeito)</i>
4	Arianna Andreangeli	<i>Modernizing the approach to article 101 TFEU in respect to horizontal agreements: has the Commission's interpretation eventually "come of age"?</i>
4	Silke Obst / Laura Stefanescu	<i>New block exemption regulation for the insurance sector – main changes</i>
6	Donald I Baker/Edward A. Jesson	<i>Adam Smith, modern networks and the growing need for antitrust rationality on competitor cooperation</i>
6	Luís D. S. Morais	<i>The New EU Framework of Horizontal Cooperation Agreements</i>
6	Fernando Pereira Ricardo	<i>As infracções pelo objecto do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia na jurisprudência da União Europeia</i>
6	Cristina Camacho/Jorge Rodrigues	<i>Using Economic Evidence in Cartel Cases: A Portuguese Case Study</i>
6	João Pateira Ferreira	<i>A aplicação da Lei da Concorrência às decisões de associações de empresas na jurisprudência do Tribunal do Comércio de Lisboa</i>
13	Imelda Maher	<i>The New Horizontal Guidelines: Standardisation</i>
13	Margarida Caldeira	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de fevereiro de 2013, no Processo C-1/12, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas v. Autoridade da Concorrência – Aplicação das regras de concorrência a ordens profissionais</i>
16	Margarida Caldeira	<i>Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de janeiro de 2014 e Decisão Sumária do Tribunal Constitucional de 21 de maio de 2014, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas contra Autoridade da Concorrência</i>

18	João Cardoso Pereira	<i>Judgment of the Court (Third Chamber) of 11 September 2014, Groupement des cartes bancaires (CB) v European Commission (Groupement des Cartes Bancaires: Reshaping the Object Box)</i>
19	Margarida Caldeira	<i>Acórdão do Tribunal Constitucional de 16 de Dezembro de 2014, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas contra Autoridade da Concorrência – Aplicação das regras de concorrência a ordens profissionais e foro competente</i>
33-34	Angelo Gamba Prata de Carvalho	<i>Os contratos associativos no direito da concorrência brasileiro</i>
33-34	Marcela Lorenzetti	<i>Contratos associativos no transporte marítimo: análise de VSAs no Brasil</i>
35	Bernardo Sarmento & Jorge Padilla	<i>Another look at the competitive assessment of information exchanges amongst competitors in EU Competition Law</i>

Concorrência – Controlo de concentrações

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	António Gomes	<i>Minority Shareholders and Merger Control in Portugal</i>
2	Carlos Pinto Correia / António Soares	<i>Tender offers and merger control rules</i>
4	Fernando Pereira Ricardo	<i>A aquisição de participações ou de ativos da empresa insolvente e o conceito de concentração de empresas</i>
5	Miguel Mendes Pereira	<i>Natureza jurídica e função de compromissos, condições e obrigações no controlo prévio de concentrações</i>
7-8	Pedro Costa Gonçalves	<i>Controlo de concentração de empresas no direito português (uma visão jus-administrativista)</i>
7-8	Ana Paula Martinez	<i>Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil</i>
10	Luis Ortiz Blanco/ Alfonso Lamadrid de Pablo	<i>Del test de posición dominante al test OSCE (Historia y evolución de los criterios de prohibición y autorización de las concentraciones entre empresas en el Derecho europeo, 1989 – 2004)</i>

31	Maria Teresa Capela	<i>Controlo de concentrações e o n.º 14 do artigo 145.º-N do RGICSF: uma exceção à obrigação de notificação prévia?</i>
33-34	Daniela Cardoso	<i>Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 7 de setembro de 2017, processo C-248/16</i>
35	Carlos Oliveira Cruz & Joaquim Miranda Sarmento	<i>A fusão das Estradas de Portugal com a REFER: o caso da integração do operador rodoviário com o operador ferroviário</i>

Concorrência – Auxílios de Estado

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
3	Piet Jan Slot	<i>The credit crisis and the Community efforts to deal with it</i>
3	Manuel Porto / João Nogueira de Almeida	<i>Controlo negativo, controlo positivo ou ambos?</i>
3	António Carlos dos Santos	<i>Crise financeira e auxílios de Estado – risco sistémico ou risco moral?</i>
3	Ana Rita Gomes de Andrade	<i>As energias renováveis – Uma luz verde aos auxílios de Estado?</i>
3	Marco Capitão Ferreira	<i>Decisão da Comissão Europeia relativa à garantia estatal concedida pelo Estado português ao Banco Privado Português</i>
11-12	Alexandra Amaro	<i>Auxílios de Estado e contratos públicos: Os limites do concurso</i>
17	Ricardo Pedro	<i>Auxílios de minimis 2014-2010: notas à luz do Regulamento (UE) n.º 1407/2013</i>
20-21	João Zenha Martins	<i>Consultoria em inovação e o redesenho dos apoios ao emprego e à formação no Regulamento (UE) n.º 651/2014</i>
27-28	Edmilson Wagner dos Santos Conde	<i>Poderão as decisões dos órgãos jurisdicionais que atribuam indemnizações constituir auxílios de Estado?</i>
27-28	Luis Seifert Guincho	<i>State aid and systemic crises: appropriateness of the European State aid regime in managing and preventing systemic crises</i>

27-28	Mariana Medeiros Esteves	<i>Os auxílios de Estado sob a forma fiscal e o combate da concorrência fiscal prejudicial na União Europeia</i>
27-28	Ricardo Quintas	<i>A incongruência judicativa de uma deliberação positiva de compatibilidade de um auxílio de Estado não notificado</i>

Financeiro e bancário

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
2	René Smits	<i>Europe's Post-Crisis Supervisory Arrangements – a Critique</i>
2	José Nunes Pereira	<i>A caminho de uma nova arquitetura da supervisão financeira europeia</i>
2	Pedro Gustavo Teixeira	<i>The Evolution of Law and Regulation and of the Single European Financial Market until the Crisis</i>
2	Paulo de Sousa Mendes	<i>How to deal with transnational market abuse? – the Citigroup case</i>
2	Luís Máximo dos Santos	<i>A reforma do modelo institucional de supervisão dos setores da banca e dos seguros em França</i>
2	José Renato Gonçalves	<i>A sustentabilidade da zona euro e a regulação do sistema financeiro</i>
2	Paulo Câmara	<i>"Say on Pay": o dever de apreciação da política remuneratória pela assembleia geral</i>
3	Nuno Cunha Rodrigues	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de julho de 2010 (1.ª secção) no Processo C-171/08 – Comissão c. Portugal (Crónica de uma morte anunciada?)</i>
7-8	Paulo de Sousa Mendes	<i>A derrogação do segredo bancário no processo penal</i>
7-8	Felipe Hochscheidt Kreutz	<i>O segredo bancário no processo penal</i>
7-8	Madalena Perestrelo de Oliveira	<i>As alterações ao Regime Geral das Instituições de Crédito: o fim da era do sigilo bancário?</i>
9	Luís Guilherme Catarino	<i>A "agencificação" na regulação financeira da União Europeia: Novo meio de regulação?</i>
9	Luís Máximo dos Santos	<i>O novo regime jurídico de recuperação de instituições de crédito: Aspetos fundamentais</i>

9	Ana Pascoal Curado	<i>As averiguações preliminares da CMVM no âmbito da luta contra a criminalidade financeira: Natureza jurídica e aplicação do princípio nemo tenetur</i>
9	Miguel Brito Bastos	<i>Scalping: Abuso de informação privilegiada ou manipulação de mercado?</i>
11-12	Helena Magalhães Bolina	<i>O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados no mercado de valores mobiliários</i>
11-12	Vinicio de Melo Lima	<i>Ações neutras e branqueamento de capitais</i>
13	Bernardo Feijoo Sánchez	<i>El Derecho Penal Español frente a fraudes bursátiles transnacionales - ¿Protege el derecho penal del mercado de valores los mercados financieros internacionales?</i>
14-15	Bernardo Feijoo Sánchez	<i>Imputacion objetiva en el derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares</i>
17	Joseph Dale Mathis	<i>European Payment Services: How Interchange Legislation Will Shape the Future of Retail Transactions</i>
18	José Gonzaga Rosa	<i>Shadow Banking – New Shadow Entities Come to Light</i>
18	Pedro Lobo Xavier	<i>Das medidas de resolução de instituições de crédito em Portugal – análise do regime dos bancos de transição</i>
18	Sofia Brito da Silva	<i>A notação de risco da dívida soberana: O exercício privado de um serviço de interesse público</i>
20-21	Pablo Galain Palermo	<i>Lavado de activos en Uruguay: una visión criminológica</i>
20-21	Sérgio Varela Alves	<i>Da participação da Banca em Sociedades não Financeiras: Mais do que allfinance</i>
20-21	Rute Saraiva	<i>Um breve olhar português sobre o modelo de supervisão financeira em Macau</i>
20-21	Luís Pedro Fernandes	<i>Dos sistemas de Microcrédito na Lusofonia: Problemas e soluções</i>
20-21	Daniela Pessoa Tavares	<i>O segredo bancário na legislação bancária de Angola, Cabo Verde e Moçambique</i>
20-21	Raluca Ghiurco	<i>As instituições de supervisão financeira em Moçambique</i>
20-21	Francisco Mário	<i>Supervisão bancária no sistema financeiro Angolano</i>

20-21	Catarina Balona/João Pedro Russo	<i>O Banco de Cabo Verde – Principais aspectos orgânicos e funcionais</i>
20-21	José Gonzaga Rosa	<i>União Económica e Monetária da África Ocidental: uma boa ideia, com uma execução pobre</i>
20-21	Tiago Larsen	<i>Regulação bancária na Guiné-Bissau</i>
23-24	Luís Guilherme Catarino	<i>“Fit and Proper”: o controlo administrativo da idoneidade no sector financeiro</i>
23-24	Margarida Reis	<i>A idoneidade dos membros dos órgãos de administração e fiscalização das instituições de crédito</i>
23-24	Inês Serrano de Matos	<i>“Debt finance”: as obrigações como engodo do investidor e a informação externa como um meio de tutela daquele</i>
23-24	João Andrade Nunes	<i>Os deveres de informação no mercado de valores mobiliários: o prospecto</i>
23-24	João Vieira dos Santos	<i>A união dos mercados de capitais e o Sistema Europeu de Supervisão Financeira</i>
27-28	Bruno Miguel Fernandes	<i>A garantia de depósitos bancários</i>
29	Álvaro Silveira de Meneses	<i>Leading the way through: the role of the European Central Bank as pendulum, shield and supervisor of the euro area</i>
31	Miguel da Câmara Machado	<i>Problemas, paradoxos e principais deveres na prevenção do branqueamento de capitais</i>
33-34	Katerina Lagaria	<i>Towards a single capital markets supervisor in the EU: the proposed extension of ESMA’s supervisory powers</i>
33-34	Ivana Souto de Medeiros	<i>A resolução bancária e a salvaguarda do erário público na União Europeia: do bail-out ao bail-in</i>
33-34	Lucas Catharino de Assis	<i>A liberdade de circulação de capitais e a necessidade de se garantir a eficácia dos controles fiscais nas situações envolvendo Estados terceiros</i>
33-34	Frederico Machado Simões	<i>Sobre o novo regime do concurso de infrações no Código dos Valores Mobiliários e o Princípio do Ne Bis in Idem</i>

Seguros

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
25	Catarina Baptista Gomes	<i>Os danos indemnizáveis no seguro financeiro</i>
25	Celina Isabel Dias Videira	<i>O seguro de responsabilidade civil profissional dos advogados</i>
25	Miguel Duarte Santos	<i>O beneficiário nos seguros de pessoas</i>

Comunicações eletrónicas

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
7-8	Ana Amante/João Vareda	<i>Switching Costs in the Portuguese Telecommunications Sector: Results from a Customer Survey</i>
11-12	Ana Proença Coelho	<i>Entre o dever de colaborar e o direito de não se autoinculpar: O caso da supervisão do ICP-ANACOM</i>
14-15	Manuel da Costa Cabral	<i>A governação da Internet e o posicionamento de Portugal</i>
14-15	Marta Moreira Dias	<i>Perspetiva sobre os 25 anos da Internet em .pt</i>
14-15	Victor Castro Rosa	<i>Digital Piracy and Intellectual Property Infringement: role, liability and obligations of Internet Service Providers. The evolution of European Case-Law</i>
14-15	David Silva Ramalho	<i>A investigação criminal na dark web</i>
19	João Confraria	<i>Perspetivas de mudança na regulação das comunicações</i>

Energia

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
11-12	Miguel Sousa Ferro	<i>Nuclear Law at the European Court in the 21st Century</i>
13	Orlindo Francisco Borges	<i>Responsabilidade civil das sociedades de classificação por derrames petrolíferos causados por navios inspecionados: em busca de um claro regime entre o port state control e os contratos de classificação</i>
18	Filipe Matias Santos	<i>O comercializador de último recurso no contexto da liberalização dos mercados de eletricidade e gás natural</i>

Saúde

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
10	Olívio Mota Amador	<i>Desafios da regulação da saúde em Portugal nos tempos de crise</i>
30	Sofia Nogueira da Silva, Nuno Castro Marques & Álvaro Moreira da Silva	<i>O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: visão da regulação em saúde</i>

Autoridades Reguladoras e Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
3	João Confraria	<i>Falhas do Estado e regulação independente</i>
6	Jorge André Carita Simão	<i>A responsabilidade civil das autoridades reguladoras</i>
7-8	Victor Calvete	<i>Entidades administrativas independentes: Smoke & Mirrors</i>
17	Luís Silva Morais	<i>Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras – Algumas questões essenciais e justificação do perímetro do regime face às especificidades da supervisão financeira</i>
17	João Confraria	<i>Uma análise económica da Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras Independentes</i>
17	Luis Guilherme Catarino	<i>O Novo Regime da Administração Independente: Quis custodiet ipsos custodes?</i>
17	Tânia Cardoso Simões	<i>Entidades reguladoras: Um ano de Lei-Quadro</i>
29	Nuno Cunha Rodrigues & Rui Guerra da Fonseca	<i>O quadro da responsabilidade civil extracontratual das entidades reguladoras do setor financeiro</i>
30	Francisca Van Dunem	<i>Prefácio ao dossier especial comemorativo do 5.º aniversário do TCRS</i>
30	Carla Câmara	<i>Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: quo vadis?</i>
30	Fernando Oliveira Silva & Fernando Batista	<i>A regulação dos setores da construção, do imobiliário e dos contratos públicos</i>

30	Luís Miguel Caldas, Marta Borges Campos, Alexandre Leite Baptista & Anabela Morão de Campo	<i>Âmbito e desafios do controlo jurisdicional do Tribunal da Concorrência Regulação e Supervisão: a vida íntima dos processos</i>
30	Miguel Sousa Ferro	<i>Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: uma análise jurídico-económica no seu 5.º aniversário</i>
30	Pedro Marques Bom & Ana Cruz Nogueira	<i>Cinco anos, cinco desafios</i>
30	Pedro Portugal Gaspar & Helena Sanches	<i>Deverão os recursos de todas as decisões contraordenacionais adotadas pela ASAE caírem na jurisdição do TCRS?</i>
30	Ricardo Gonçalves & Ana Lourenço	<i>Uma proposta de avaliação de impacto da criação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão</i>
30	Sofia Nogueira da Silva, Nuno Castro Marques & Álvaro Moreira da Silva	<i>O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: visão da regulação em saúde</i>
33-34	Raúl Vieira da Silva	<i>A independência orçamental das entidades reguladoras à luz da nova lei-quadro</i>
33-34	Miguel Pena Machete & Catarina Pinto Xavier	<i>Autoridade da Concorrência – dividir para reinar?</i>
33-34	Vicente Bagnoli	<i>Business strategies to improve antitrust compliance in Brazil and the approach of CADE to advocacy: the Car Wash investigation</i>
35	Fernando Pereira Ricardo	<i>As cativações e a autonomia administrativa e financeira das entidades reguladoras independentes (e da AdC em particular)</i>

Regulação do comércio e concorrência desleal

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
2	Jaime Andrez	<i>Propriedade Industrial e concorrência – uma leitura económica da sua inevitável complementaridade</i>
6	Deolinda de Sousa	<i>O alinhamento de preços nas vendas com prejuízo</i>
7-8	Peter Freeman	<i>The UK experience: The Grocery Supply Code of Practice</i>

Contratação pública

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
19	António Ferreira Gomes/ Ana Sofia Rodrigues	<i>Enhancing Efficiency in Public Procurement in Portugal: An Overview of the Relevant Competition Issues</i>
19	Nuno Cunha Rodrigues	<i>O princípio da concorrência nas novas diretivas sobre contratação pública</i>
19	Raquel Carvalho	<i>As novas Diretivas da Contratação Pública e a tutela da concorrência na execução dos contratos públicos</i>
27-28	Pedro Matias Pereira	<i>O dever de resolver contratos públicos</i>
27-28	Luís Almeida	<i>A Contratação Pública Verde no quadro da nova Diretiva 2014/24/UE</i>
29	Isabel Andrade & Joaquim Miranda Sarmento	<i>Uma análise contratual às renegociações das PPP e concessões no setor das águas em Portugal</i>
32	Nuno Cunha Rodrigues	<i>Contratação Pública e concorrência: de mãos dadas ou de costas voltadas?</i>

Direito contraordenacional e processual penal

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
7-8	Luís Greco	<i>Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?</i>
9	Ricardo Oliveira Sousa	<i>A comunicabilidade da prova obtida em direito processual penal para o processo contraordenacional</i>
10	André Mauro Lacerda Azevedo	<i>Bribery Act 2010: Um novo paradigma no enfrentamento da corrupção</i>
13	André Paralta Areias	<i>O valor do princípio da presunção de inocência no novo regime da indemnização por indevida privação da liberdade</i>
13	Tiago Geraldo	<i>A reabertura do inquérito (ou a proibição relativa de repetição da ação penal)</i>
14-15	Miguel Prata Roque	<i>O Direito Sancionatório Público enquanto bissetriz (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo – a pretexto de alguma jurisprudência constitucional</i>
14-15	Milene Viegas Martins	<i>A admissibilidade de valoração de imagens captadas por particulares como prova no processo penal</i>
16	Érico Fernando Barin	<i>Alargar a perda alargada: O projeto Fenix</i>

16	José Danilo Tavares Lobato	<i>Um panorama da relação entre abuso e direito, ações neutras e lavagem de dinheiro</i>
16	Mafalda Melim	<i>Standards de prova e grau de convicção do julgador</i>
16	David Silva Ramalho	<i>O uso de malware como meio de obtenção de prova em processo penal</i>
16	Catiuce Ribas Barin	<i>A valoração das gravações de áudio produzidas por particulares como prova no processo penal</i>
16	José Neves da Costa	<i>Do aproveitamento em processo penal das provas ilicitamente obtidas por particulares – O caso BCP</i>
16	Catarina Abegão Alves	<i>Agente infiltrado ou provocador? Um problema de proibição de prova à luz do caso Teixeira de Castro v. Portugal</i>
23-24	Stephen Mason	<i>Towards a global law of electronic evidence? An exploratory essay</i>
23-24	Daniel Diamantaras de Figueiredo	<i>O direito ao confronto e o caso Al-Khaywaja e Tahery c. Reino Unido</i>
23-24	Felipe Soares Tavares Morais	<i>O ônus da prova e a presunção de inocência no processo penal brasileiro</i>
23-24	Margarida Caldeira	<i>A utilizabilidade probatória das declarações prestadas por arguido em fase anterior ao julgamento</i>
27-28	Ana Catarina Martins	<i>Imputação subjetiva: como se constrói e se prova o dolo da pessoa coletiva?</i>
27-28	Maria João Almeida Semedo	<i>Imputação subjetiva: como se constrói e prova o dolo da pessoa jurídica – orientação jurisprudencial</i>
27-28	Joana Gato	<i>Identificação de algum dos dirigentes que são agentes do facto coletivo como requisito para a responsabilização da pessoa coletiva</i>
27-28	João Nuno Casquinho	<i>Responsabilidade penal das pessoas coletivas em casos de fusão, cisão ou transformação</i>
27-28	João Pedro Neves Rodrigues	<i>Critérios objetivos de imputação de facto coletivamente típico à pessoa coletiva e o conceito de gerentes de facto e de direito</i>
29	Renzo Orlandi	<i>“Operazione Mani Pulite” e seu contexto político, jurídico e constitucional</i>
29	Antonieta Nóbrega	<i>O jornalista assistente no processo penal português</i>
29	Joana Geraldo Dias	<i>A consagração de um novo paradigma na ordem jurídica: a divisão bipartida dos dados relativos às comunicações eletrónicas</i>

29	Sónia Cruz Lopes	<i>Interceção de comunicações para prova dos crimes de injúrias, ameaças, coação, devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego cometidos por meio diferente do telefone</i>
31	Nivaldo Machado Filho	<i>O agente infiltrado em duelo com o contraditório: aspectos críticos de seu relatório e depoimento</i>
32	Enrico Sanseverino	<i>O crime de corrupção no sector privado e o seu tratamento em uma perspetiva internacional em face dos interesses tutelados</i>

Ambiente

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
2	José Danilo Tavares Lobato	<i>Princípio da subsidiariedade do Direito Penal e a adoção de um novo sistema jurídico na tutela ambiental</i>
5	António Sequeira Ribeiro	<i>A revisão da lei de bases do ambiente (algumas notas sobre a vertente sancionatória)</i>
5	Heloísa Oliveira	<i>Eficácia e adequação na tutela sancionatória de bens ambientais</i>
5	José Danilo Tavares Lobato	<i>Acessoriedade administrativa no direito penal do ambiente e os riscos para o princípio da legalidade</i>
5	Annette Bongardt/João E. Gata	<i>Competition Policy and Environmental Protection: a critical overview</i>
5	Giulio Federico	<i>Climate Change and Environmental Policies in the European Electricity Sector</i>

Transportes

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
26	João E. Gata	<i>A economia de partilha</i>
26	Joana Campos Carvalho	<i>Enquadramento jurídico da atividade da Uber em Portugal</i>
30	João Carvalho & Eduardo Lopes Rodrigues	<i>Regulação económica independente no ecossistema da mobilidade e dos transportes</i>

33-34	Carlos Oliveira Cruz & Joaquim Miranda Sarmento	<i>Concorrência e regulação na privatização dos aeroportos num contexto de finanças públicas sob stress: uma análise das motivações do governo e dos investidores</i>
-------	--	---

Artigos transversais e outros

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	Manuel Sebastião	<i>The Portuguese Competition Authority and the Portuguese Competition and Regulation Journal – A meeting of the minds</i>
1	Eduardo Paz Ferreira	<i>Em torno da regulação económica em tempos de mudança</i>
16	Nuno Sousa e Silva	<i>The proposed Directive on multi-territorial licensing for online music – Is competition a good idea?</i>
20-21	Miguel da Câmara Machado	<i>“Corrupção: denuncie aqui” – vale tudo no combate à corrupção?</i>
22	Paulo Alves Pardal	<i>O acidentado percurso da Constituição Económica Portuguesa</i>
32	Miguel Moura e Silva e Manuel Cabugueira	<i>The competition impact of extending the activity of waste and water management concessionaires to competitive markets</i>
35	Carlos Pinto de Abreu	<i>Breves notas sobre segurança da informação, acesso a dados e privacidade</i>

Colaboração com a

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

1. A *Revista de Concorrência e Regulação* (C&R) está aberta à colaboração dos seus Leitores, pelo que aceita para publicação artigos, estudos ou comentários de jurisprudência que se enquadrem na temática geral do Direito e Economia da concorrência e regulação e na temática específica de cada número, de acordo com um duplo critério de interesse informativo e qualidade científica.
2. Todos os textos a publicar na C&R são da responsabilidade exclusiva dos seus Autores. A publicação dos textos não significa a concordância da C&R com as posições neles expressas.
3. Os textos a publicar devem ser inéditos e podem ser apresentados em português, espanhol, francês ou inglês, sendo publicados na língua em que foram redigidos. Em casos excepcionais, poderão ser aceites textos não inéditos, devendo então o Autor indicar onde foram publicados anteriormente.
4. Os textos devem estar formatados em *Word* e não exceder, em regra, 70 mil caracteres (incluindo espaços). Devem também ser acompanhados de um resumo (“*abstract*”), com um máximo de 100 (cem) palavras, em inglês.
5. Aos textos, os Autores devem ainda juntar uma breve nota curricular (que não deverá exceder, para cada versão linguística, 950 carateres, 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 Ricardo Bayão Horta.
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 Mr. Ricardo Bayão Horta.
8. Prior to publication, proofs will be sent to the Authors, to the mailing address or email address previously indicated.

ÓRGÃOS SOCIAIS

DIREÇÃO

Maria João Melícias/Miguel Sousa Ferro

CONSELHO CIENTÍFICO

Presidentes: Eduardo Paz Ferreira/Margarida Matos Rosa

Membros:

António Avelãs Nunes

António Ferreira Gomes

António Menezes Cordeiro

Augusto Silva Dias

Barry Hawk

Bernardo Feijóo Sánchez

Bo Vesterdorf

Carlos Pinto Correia

David Gerber

Diogo Rosenthal Coutinho

Donald Baker

Douglas Rosenthal

Eleanor Fox

Fernando Borges Araújo

Fernando Herren Aguillar

Francisco Marcos

Floriano Marques

François Souty

Frederic Jenny

Geraldo Prado

Gerhard Dannecker

Germano Marques da Silva

Giorgio Monti

Harry First

Heike Schweitzer

Ioannis Kokkoris

João Ferreira do Amaral

Jorge Braga de Macedo

Jorge de Figueiredo Dias

José António Veloso

José Danilo Lobato

José Luís da Cruz Vilaça

José de Faria Costa

José de Oliveira Ascensão

José Lobo Moutinho

José Manuel Sérvelo Correia

Jürgen Wolter

Keiichi Yamanaka

Klaus Rogall

Laurence Idot

Luís Cabral

Luís Greco

Manuel da Costa Andrade

Manuel Lopes Porto

Marco Bronckers

Maria Fernanda Palma

Mark Zöller

Miguel Moura e Silva

Miguel Nogueira de Brito

Miguel Poiares Maduro

Nicolas Charbit

Oswald Jansen

Patrick Rey

Paulo Câmara

Paulo de Pitta e Cunha

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 CIENTÍFICO

João E. Gata/Nuno Cunha Rodrigues

CONSELHO CONSULTIVO

João E. Gata/Jorge Simões/Nuno Cunha Rodrigues

CONSELHO DE REDAÇÃO

Presidente: Ricardo Bayão Horta

Comissão Coordenadora:

Cristina Camacho
Fernando Pereira Ricardo
João Cardoso Pereira
José Renato Gonçalves

Luís Vale Lima
Nazaré da Costa Cabral
Ricardo Bayão Horta
Vítor Miguel Lourenço

Editores:

Concorrência – Questões gerais, europeu e comparado
Carlos Pinto Correia/João E. Gata

Concorrência – Práticas restritivas
Fernando Xarepe Silveiro/João Pateira Ferreira

Concorrência – Auxílios de Estado
Miguel Mendes Pereira/António Carlos dos Santos/Marco Capitão Ferreira

Concorrência – Concentrações
Margarida Rosado da Fonseca

Autoridades reguladoras
João Miranda

Direito contraordenacional e processual penal

Teresa Quintela de Brito/João Matos Viana/Vânia Costa Ramos

Economia

António Pedro Santos/Jorge Rodrigues/Paulo Gonçalves

Água e resíduos

João Miranda

Ambiente

Carla Amado Gomes

Aviação civil

António Moura Portugal

Comércio, consumo e concorrência desleal

Teresa Moreira

Contratação pública

Nuno Cunha Rodrigues

Energia

Gonçalo Anastácio

Financeiro

Rute Saraiva/Hugo Moredo Santos

Transportes terrestres e marítimos

Tânia Cardoso Simões

Saúde

Nuno Castro Marques

Direito contraordenacional e processual penal

Teresa Quintela de Brito/João Matos Viana/Vânia Costa Ramos

Direito probatório

Rui Soares Pereira/David Silva Ramalho

Secretariado Executivo:

Manuela Oliveira

Natália Leite

C&R