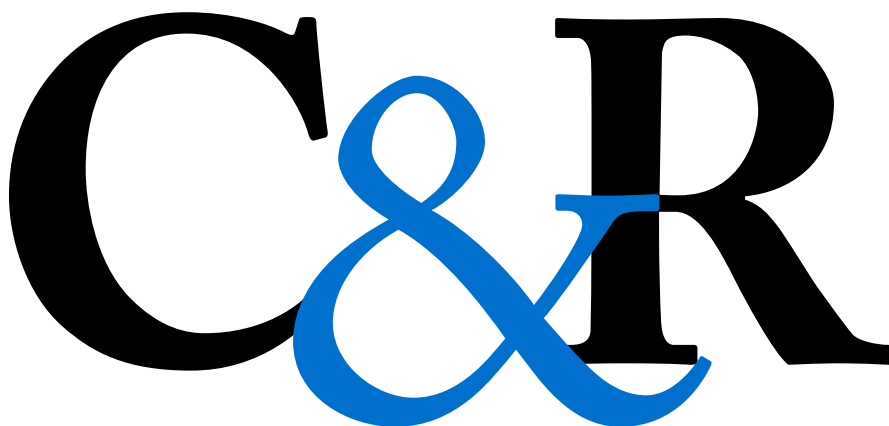


AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA
INSTITUTO DE DIREITO ECONÓMICO
FINANCEIRO E FISCAL DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

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 XIII • NÚMERO/No 45
JANEIRO/JANUARY • MARÇO/MARCH 2021
PERIODICIDADE TRIMESTRAL/QUARTERLY



INSTITUTO
DE DIREITO
ECONÓMICO
FINANCEIRO
E FISCAL FDL



AUTORIDADE DA
CONCORRÊNCIA

REVISTA
DE CONCORRÊNCIA
E REGULAÇÃO

ANO XIII • NÚMERO 45
JANEIRO – MARÇO 2021

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

Direção/Editorial Chairs

MARIA JOÃO MELÍCIAS • MIGUEL SOUSA FERRO

Presidência do Conselho Científico/Scientific Council Chairs

MARGARIDA MATOS ROSA • EDUARDO PAZ FERREIRA

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
ECONÓMICO
FINANCEIRO
E FISCAL FDL



AUTORIDADE DA
CONCORRÊNCIA

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

Ano XIII • Número 45

janeiro – março 2021

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}

Estrada do Algueirão, 64

2725-019 Mem-Martins

MARÇO 2021

N.º DE REGISTO NA ERC

126126

ESTATUTO EDITORIAL

http://www.concorrenca.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) seus(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

13 DOUTRINA

13 Doutrina geral

15 Luís Catarino – *A cooperação na supervisão financeira da união do mercado de capitais – entre o experimentalismo e a governance*

63 Sofia Villas-Boas – *Bringing competition law into the digital era – selective distribution and marketplace bans: what should change?*

103 Nuno Alexandre Pires Salpico – *A operacionalidade do private enforcement do direito da concorrência – dissuasão, ações coletivas e third-party litigation funding*

143 BREVES

145 Joaquim Caimoto Duarte & Rui Mesquita Guimarães – *Há concorrência e concorrência em contratação pública – uma primeira abordagem à recente comunicação da comissão europeia (2021/C 91/01)*

151 Tânia Luísa Faria, Margot Lopes Martins & Mariana Viana Pedreira – *New trends in merger control: the baby, the bathwater, uncertain outlooks and eternal returns*

159 JURISPRUDÊNCIA GERAL

161 Jurisprudência de concorrência da União Europeia – janeiro a março de 2021

169 Notas Curriculares

175 Índice consolidado por temas

201 Colaboração com a Revista de Concorrência e Regulação

203 Órgãos Sociais

EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

Maria João Melícias

Miguel Sousa Ferro

O número 45 da Revista de Concorrência & Regulação abre com um estudo sobre a supervisão financeira no mercado europeu de capitais e a construção da União dos Mercados de Capitais. Como é apanágio da história da construção europeia, temos vindo a assistir nos anos recentes à expansão da integração europeia para novas áreas por via de compromissos que, numa fase inicial, apostam na cooperação e protegem a soberania dos Estados-Membros, para posteriormente se proporem passos adicionais no sentido de uma verdadeira integração. Luís Guilherme Catarino revê a evolução deste processo e discute os possíveis próximos passos, realçando os importantes desafios com que a Europa se defronta para alcançar uma verdadeira União dos Mercados de Capitais.

Issue 45 of Revista de Concorrência & Regulação opens with a study on financial supervision in the European capital's market and the construction of the Capital Markets Union. As is characteristic of the history of the development of the European project, we have witnessed in recent years the expansion of European integration to new fields by way of compromises which, in an initial stage, move forward through cooperation and protect the sovereignty of the Member-States, and then, at a later stage, propose additional steps that would take us towards real integration. Luís Guilherme Catarino reviews the evolution of this process and discusses the possible next steps, highlighting the important challenges with which

Sofia Villas-Boas mergulha no atual debate europeu sobre a adequação do direito da concorrência para responder aos desafios das restrições verticais no contexto do comércio eletrónico. Defende a revisão do regulamento de isenção categorial para reagir melhor às práticas no mundo digital e fornecer maior segurança jurídica, nomeadamente para clarificar as implicações do acórdão Coty. Avança várias sugestões concretas para serem ponderadas pela Comissão Europeia, pelo legislador europeu e, claro, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

Nuno Pires Salpico discute alguns dos atuais tópicos quentes do *private enforcement* da concorrência na União Europeia. Discutindo o papel das ações de responsabilidade civil na prossecução dos objetivos do direito e política da concorrência, o autor debruça-se, em especial, sobre as dificuldades com que os particulares se veem confrontados neste tipo de ações e as implicações que decorrem do princípio da efetividade. Propõe que a promoção de ações coletivas, o recurso ao *third party funding* e a adaptação das regras e abordagens típicas aos temas da prova são ingredientes essenciais para o sucesso do *private enforcement* da concorrência e o ressarcimento de facto dos lesados por práticas anticoncorrenciais.

Na secção dos artigos breves, Joaquim Caimoto Duarte e Rui

Europe is confronted so as to reach a true Capital Markets Union.

Sofia Villas-Boas plunges into the current European debate on the adequacy of Competition Law to respond to the challenges of vertical restrictions in the context of electronic commerce. She argues for the revision of the block exemption Regulation to better tackle firms' behavior in the digital world and to provide greater legal certainty, notably by clarifying the implications of the Coty judgment. The author puts forward specific suggestions to be considered by the European Commission, the EU legislator and, of course, the EU Court of Justice.

Nuno Pires Salpico discusses some of the current controversial topics of competition private enforcement in the European Union. Discussing the role of damages actions in the pursuit of the objectives of competition law and policy, the author takes a closer look at the difficulties private parties are faced with in this type of actions and the implications arising from the principle of effectiveness. He suggests that the promotion of collective redress, the use of third party funding and the adaptation of standard rules and approaches to evidence are essential ingredients for the success of antitrust private enforcement and for the de facto compensation of persons injured by anticompetitive practices.

Mesquita Guimarães comentam a recente Comunicação da Comissão Europeia sobre o combate ao conluio na contratação pública e a aplicação deste motivo de exclusão. Esta é uma matéria em que se verifica substancial heterogeneidade entre os Estados-Membros e que tem suscitado várias controvérsias desafiantes. Os autores realçam a necessidade de uma aplicação cuidadosa do direito da concorrência e de se garantir os direitos de defesa dos participantes nos processos de contratação pública.

Finalmente, Tânia Luísa Faria, Margot Lopes Martins e Mariana Viana Pedreira debruçam-se sobre alguns dos atuais debates no controlo de concentrações na União Europeia. As autoras discutem primeiro as *killer acquisitions* e a eventual expansão dos mecanismos de controlo de concentrações que têm escapado às redes das autoridades. Referem-se de seguida às participações minoritárias que não conferem controlo exclusivo. Referem-se ainda à possível revisão dos critérios substantivos para autorização ou proibição de concentrações.

In the short papers section, Joaquim Caimoto Duarte and Rui Mesquita Guimarães comment the recent Communication from the European Commission on combatting collusion in public procurement and applying this ground for exclusion. This is a subject matter where substantial heterogeneity can be seen between the Member-States and which has raised several challenging controversies. The authors stress the need for a careful application of competition law and to for the protection of the rights of the defense of the public tender participants.

Finally, Tânia Luísa Faria, Margot Lopes Martins and Mariana Viana Pedreira engage in some of the current debates in merger control in the European Union. The authors first discuss the issue of killer acquisitions and whether or not to expand the tools to control mergers which have flown under the radar of competition enforcers. They then look at minority shareholdings that do not confer exclusive control. The authors further discuss the possibility of an amendment to the substantive criteria used for merger assessment.

C&R

DOCTRINA

Doutrina geral

A COOPERAÇÃO NA SUPERVISÃO FINANCEIRA DA UNIÃO DO MERCADO DE CAPITAIS – ENTRE O EXPERIMENTALISMO E A GOVERNANCE

*Luís Guilherme Catarino**

ABSTRACT *Reviewing the organization of the existing national public administration and the advent of EU agencies at supervisory governance, we reflect on how supervisory governance is evolving at EU – governmental, intergovernmental, transnational or supranational? Benefiting from recent data, this study sheds light on so far undocumented relationships between hybrid administrations: indirect and direct administration. Sharing and mixing fields of national regulatory agencies and EU agencies is an important component of the policy-making and implementation activities of the Commission. We argue that these relationships, the bypass of national governments, and the distribution of powers across levels of national and EU governance, signify a greater centralization of supervisory governance at the EU level, becoming ESMA an important driver in the future of EU supervisory governance.*

SUMÁRIO 1. Introdução. 2. Cooperação institucional, supervisão em rede e *regulatory emulation*. 2.1. As formas de cooperação *institucional* na supervisão financeira nacional. 2.2. Cooperação mediante *troca de informação, assistência e entreaajuda* administrativa. 2.3. Cooperação mediante *coordenação* em comités de supervisão da União. 2.4. Cooperação através da *concertação* transnacional. 3. A Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados: uma experiência de intergovernamentalização ou transnacionalismo? 4. A capacidade decisória transnacional na *cooperação-concertação*. 4.1. Procedimentos de concertação: os Colégios de Autoridades de Supervisão e as Avaliações entre Pares. 4.2. Procedimentos de concertação-convergência: o regime de *short-selling* e produtos financeiros especialmente complexos. 4.3. Procedimentos de centralização (europeização): as Sociedades de Notação de Risco (*rating*) e os Repositórios de Transações. 5. Conclusões: entre o centralismo e a insularidade.

KEY-WORDS Financial supervision; Financial governance; EU financial system; Multilevel administration; Capital Markets Union.

* Doutor em Direito. Assessor jurídico CMVM. As opiniões expendidas apenas vinculam o Autor.

1. INTRODUÇÃO

A proliferação de legislação material da União Europeia no âmbito do mercado de capitais para criação de um *level playing field* regulatório e uma supervisão harmonizada demandam por um aprofundamento institucional europeu do sistema de supervisão e por uma urgente centralização institucional de poderes de administração direta. Temos assistido neste domínio a uma forte dose de experimentalismo, desde logo pelo pluralismo existente no domínio administrativo nacional em que as tarefas de implementação e execução são confiadas por lei à administração independente. Mas também pela existência de uma nova organização administrativa europeia de supervisão (não falaremos aqui dos problemas da sua legitimidade ou independência), que implica coabitação e partilha de competências com as autoridades nacionais competentes. Veremos como se criou um sistema híbrido de administração, juridicamente multinível, que convoca atores muito distintos, num procedimento de *decision-making* não uniforme e que se torna notório se atentarmos no desenrolar histórico das etapas da *governance* nacional e global. O tema é importante tanto pela *décalage* entre o direito material¹ e a estrutura europeia criada

1 Apenas para citar alguma da regulação a que chamámos de verdadeiro *tsunami* regulatório, temos a Diretiva relativa aos mercados de instrumentos financeiros II [Diretiva n.º 2014/65/UE]; Regulamento relativo aos mercados de instrumentos financeiros [Regulamento (UE) n.º 600/2014]; Diretiva relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e à supervisão prudencial das instituições de crédito e empresas de investimento ou CRD IV [Diretiva n.º 2013/36/UE]; Regulamento relativo aos requisitos prudenciais para as instituições de crédito e para as empresas de investimento ou CRR [Regulamento (UE) n.º 575/2013]; Diretiva que estabelece um enquadramento para a recuperação e a resolução de instituições de crédito e de empresas de investimento ou BRRD [Diretiva n.º 2014/59/UE]; Diretiva relativa às sanções penais aplicáveis ao abuso de mercado II [Diretiva n.º 2014/57/UE]; Regulamento relativo ao abuso de mercado [Regulamento (UE) n.º 596/2014]; Regulamento relativo às agências de notação de risco ou CRA I a III [Regulamentos (UE) n.ºs 1060/2009 e 462/2013]; Regulamento relativo às vendas a descoberto e a certos aspetos dos *swaps* de risco de incumprimento ou *Short-Selling* [Regulamento (UE) n.º 236/2012]; Regulamento relativo aos derivados do mercado de balcão, às contrapartes centrais e aos repositórios de transações ou EMIR [Regulamento (UE) n.º 648/2012]; Regulamento relativo à melhoria da liquidação de valores mobiliários na União Europeia e às Centrais de Valores Mobiliários (CSDs) ou Reg. CSD [Regulamento (UE) n.º 909/2014]; Diretiva que altera a Diretiva n.º 2009/65/CE que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes a alguns organismos de investimento coletivo em valores mobiliários (OICVM) ou UCITS V [Diretiva n.º 2014/91/UE]; Diretiva relativa aos gestores de fundos de investimento alternativos ou AIFMD [Diretiva n.º 2011/61/UE]; Regulamento relativo aos fundos europeus de capital de risco ou EuVECA [Regulamento (UE) n.º 345/2013]; Regulamento relativo aos fundos europeus de empreendedorismo social ou EuSEF [Regulamento (UE) n.º 346/2013]; Regulamento sobre os documentos de informação fundamental para pacotes de produtos de investimento de retalho e de produtos de investimento com base em seguros ou PRIIPs [Regulamento (UE) n.º 1286/2014]; Diretiva e posterior Regulamento relativo ao prospeto a publicar em caso de oferta de valores mobiliários ao público ou da sua admissão à negociação num mercado regulamentado, Diretiva do Prospeto [Diretiva n.º 2003/71/CE] e Diretiva da Transparência [Diretiva n.º 2004/109/UE] e Diretivas n.ºs 2010/73/UE e 2013/50/UE, e o Regulamento (UE) n.º 2017/1129; Regulamento relativo aos fundos europeus de investimento a longo prazo ou ELTIF [Regulamento (UE) n.º 2015/760];

para a sua aplicação (e falaremos em outro artigo dos problemas decorrentes de procedimento administrativos pan-europeus ou compósitos), quanto pela necessidade de criação de um Sistema Europeu de Supervisão Financeira (SESF) que consume a pretendida União dos Mercados de Capitais (UMC), dado que desta não decorre uma assertiva decisão legislativa europeia (ao contrário do que sucedeu com a monetária em 1999), ou a bancária em 2014. A construção faz-se por isso através de um movimento experimentalista *bottom-up* para a integração.

Por experimentalismo referimo-nos a um sistema orgânico institucionalizado, cujo aperfeiçoamento e adaptação constantes decorre inexoravelmente da existência de relações fluidas e multidirecionais, entre atores locais e atores centrais, que se conjugam para objetivos comuns dentro de uma rede comum, seja mediante troca de informação, de resolução de problemas *bottom-up*, da realização de ações conjuntas (como de *peer reviews*²). A existência de um sistema institucional adaptativo é real, neste meio técnico altamente complexo como a supervisão dos mercados de capitais, onde não funciona um mecanismo de controlo *top-down* convencional ou de *command and control*; aí não funcionam os tradicionais meios de *governance* hierárquica (*top-down*) com a sua clara diferenciação entre conceção política (*politics*) e definição da ação e execução administrativa (*policy*). As relações entre autoridades locais e transnacionais interativas também não podem ser *responsive* nem *bottom-up* pois os *apports* nacionais para a *governance* de supervisão financeira global (*retius*, regional) decorre de atores públicos descentralizados e não de atores governamentais.

A transnacionalidade da atividade financeira e o cariz nacional dos reguladores financeiros assenta por isso numa integração flexível que cedo determinou um movimento crescente de *entreaajuda administrativa* e de *colaboração* entre administrações nacionais, uma rede (*network*) de constante definição de objetivos e de meios através da utilização de instrumentos ou competências (aparentemente) fluidos. Se é verdade que a troca de informação detida pelas diversas administrações nacionais é essencial para a supervisão de grupos económicos transnacionais, do mesmo setor ou por conglomerado, é igualmente verdade que no aprofundar da globalização económica se tem mostrado

Regulamento relativo aos fundos do mercado monetário [Regulamento (UE) n.º 2017/1131]; Regulamento relativo à transparência das operações de financiamento através de valores mobiliários e de reutilização [Regulamento (UE) n.º 2015/2365]; Regulamento relativo aos índices ou *Benchmarks* [Regulamento (UE) n.º 2016/1011] – para uma visão mais completa Catarino & Peixe, 2014: partes I e II.

2 De Búrca; Keohane & Sabel, 2014: 477.

insuficiente para uma efetiva regulação. Há por isso que realizar uma centralização de competências de regulação (i.e., de regulamentação e de supervisão) no âmbito regional (não referimos por ora as competências de sanção cuja centralização face a sistemas jurídico-constitucionais e legais nacionais especiais – e também de jurisdição – se torna particularmente complexo). Este caminho compreende ainda a criação de um ciclo (e de um procedimento compósito) institucional multinível, mediante a deslocação expressa de poderes soberanos dos Estados-Membros para a União Europeia (eventualmente a cedência da política do mercado de capitais ao adquirido no nível das políticas comuns), com supressão normativa das alegações de *déficit* de legitimidade e de *accountability* por meios há muito estudados³.

Veremos como o trilho inicial para a coordenação interinstitucional foi escalado em fases sucessivas (mas não excludentes) de *cooperação*, de *concertação* e de *convergência administrativa*; estes foram os meios iniciais de tentativa de um acompanhamento da supervisão sem lacunas no fenómeno da transnacionalidade das instituições e da sua atividade.

A necessidade desta cooperação ficou bem à vista com os sucessivos escândalos ocorridos nos mercados de capitais e o seu possível efeito de contágio ou dominó (que se traduz num risco de propagação das dificuldades de um agente financeiro-económico a outros agentes com os quais tem relação) e o aproveitamento de lacunas regulatória e de supervisão, v.g. de âmbito *i*) corporativo – esquecemos já o fenómeno da excessiva valorização das *junk bonds* anglo-americanas e consequente *crash* de 1987 com a descoberta de autênticas “indústrias” de *Insider trading* e consequente fim da “geração de ouro dos *yuppies*” e prisão de Michael Milken ou os casos Drexel Burnham Lambert, o caso Barings Brothers decorrente de aplicações audaciosas em derivados em Singapura e Hong Kong ou o caso Société Générale, ou as consequências da “contabilidade criativa” nos casos Enron e Worldcom; *ii*) de lacunas internacionais – relembremos no século passado os casos BCCI, Banco Ambrosiano ou Maxwell Communications Corporation ou o *Turmoil* transnacional iniciado em agosto de 2007, com a crise dos créditos hipotecários nos EUA e prolongado no Mundo com a florescente indústria dos produtos financeiros complexos; *iii*) de movimentações políticas sobre o domínio económico-financeiro hoje muito alicerçadas na sociedade da informação – v.g. o investimento ou a tomada de praças, financeiras ou instituições privadas, nacionais e mundiais,

3 Para uma visão dos meios de controlo e de *accountability* política, legislativa, judicial e administrativa, da Administração independente, vide Catarino, 2014:171-237.

por filiais de empresas estatais ou por veículos de investimento coletivo altamente especulativo como os *Hedge funds*, ou os fundos soberanos (SWF)⁴ com forte motivações *políticas* ou de financiamento de esforços de *expansão* ou de *guerra*.

Nos anos 2010-2014 a regulação da matéria bancária teve natural proeminência decorrente da Grande Recessão a que se assistiu após a crise de 2007-2008⁵, mas interessam-nos aqui as vastas áreas do mercado de capitais objeto de regulação – no sentido de regulamentação – pelas instituições da União Europeia, e a colaboração com a administração dos Estados-Membros.

O Big-Bang da legiferação europeia pós-2008 implica um *upgrade* institucional e a criação de um Sistema que veremos funcionar num estreito limbo entre a necessidade de implementação da vasta legislação da União – que oscila entre a sua execução/implementação pela Comissão e pelos Estados-Membros – e o cumprimento do princípio constitucional da subsidiariedade (art. 5.º TUE). Visa assentar num *empowerment* da supervisão financeira numa estrutura institucional europeia que é tida, com toda a razão, como revolucionária no fenómeno geral de criação de agências europeias (*infra*).

No entanto, veremos como a intervenção através de novos entes administrativos europeus de regulação apenas parcialmente ultrapassaram a fase inicial de cooperação administrativa baseada na *entreprajuda* ou *colaboração e troca de informações*, bilateral ou multilateral, entre autoridades nacionais e internacionais (e alguns *fora* internacionais inorgânicos como o G20), por via da lei ou de contrato (*Memorandum of Understanding*). A sua criação é revolucionária pois tenta um movimento mais vasto de “europeização de competências” num sentido de subalternização ou pelo menos de secundarização da administração pública reguladora nacional face a um conceito funcional de atividade administrativa. Não podemos esquecer que o caminho da integração económica europeia foi iniciado a par com o princípio da subsidiariedade da intervenção europeia (art. 5.º TUE), inicialmente no aprofundamento da cooperação entre as autoridades de supervisão nacionais. *A liberdade de*

4 A propósito do risco destes veículos e da sua alavancagem (particularmente de *hedge funds*), juntamente com a atividade de *private equity*, é tão forte que o Parlamento Europeu viria a aprovar Relatórios (Rasmussen e Lehne) com recomendações à Comissão sobre necessidade de transparência de investidores institucionais (A6-0338/2008 e A6-0296/2008). Também a IOSCO estabeleceu standards relativos aos “*Principles for Evaluation of Hedge Funds Portfolios*” e “*Proposed Elements of International Regulatory Standards on Funds of Hedge Funds: Related Issues Based on Best Market Practices*”.

5 Acerca do processo de criação legislativa da União Bancária e seus mecanismos (*Single Supervisory Mechanism*, *Single Resolution Mechanism* e o terceiro pilar ou fundo para a garantia de depósitos), Catarino & Peixe, 2014: Parte I; Boccuzzi, 2016: 130.

circulação, de *prestação* de serviços e de *estabelecimento* aplicada aos *serviços e mercados financeiros* implicaram uma crescente harmonização legislativa e regulamentar pela União que se traduziu numa aproximação regulatória entre as autoridades congéneres (*level playing field*). A harmonização implicava, por sua vez, a fiscalização ou supervisão do seu efetivo cumprimento para a efetividade dos princípios Comunitários da *não discriminação*, da *reciprocidade* e do *reconhecimento mútuo*.

O *passaporte comunitário* para empresas e/ou serviços de investimento pode ser visto como mais uma decorrência da aplicação dos princípios da União e do famoso Acórdão do TJCE *Cassis de Dijón* de 1979. A arquitetura institucional de aprovação ou autorização administrativa por um Estado para a constituição no seu território de empresas ou de prestação de serviços que se encontram harmonizados (*origem*), possibilita o estabelecimento ou a prestação de serviços em qualquer outro Estado-Membro (*de acolhimento*). Dado que é necessária uma relação de confiança e de segurança entre ambas as jurisdições, ao quadro regulatório harmonizado deve corresponder idêntica capacidade de supervisão e de *enforcement*, o que implica instrumentos (competências) similares nos Estados-Membros. Estes fatores de confiança e de segurança foram moldando um sistema de *governance* europeia baseado na compatibilidade e na aceitação da jurisdição “do outro”, numa fórmula de controlo pelo Estado de origem complementado pela supervisão do Estado de acolhimento: a denominada fórmula Cockfield⁶. Esta fórmula viria a desenvolver-se até à fórmula de Larosière (*infra*) que colmatou a *décalage* entre a realidade global que caracteriza os mercados e a falta de uma governação económica regional, porque baseada na mera cooperação. Ao caminho do aprofundamento dos movimentos de capitais e da autorização única iniciado através de legiferação como a Diretiva n.º 77/780/CEE ocorreu, em paralelo, a denominada cooperação “em linha” ou “em rede” (*networking*)⁷ para, na falta de instituições de supervisão transnacionais, evitar ou colmatar a ocorrência de “falhas regulatórias”.

6 Comissão, *Completing the Internal Market* COM(85)310 de 28-29 jun1985. Lord Arthur Cockfield foi Comissário Europeu de Jacques Delors, para o Mercado interno, tendo elaborado um Livro Branco com mais de 300 propostas legislativas para eliminar barreiras físicas, técnicas e fiscais na criação do mercado interno.

7 Rhodes, 1997: 7.

2. COOPERAÇÃO INSTITUCIONAL, SUPERVISÃO EM REDE E *REGULATORY EMULATION*

A pretensão inicial de um campo regulatório harmonizado em toda a União (*level playing field*) seria alargada a todos os setores financeiros com a sua pretensão de evitar lacunas, arbitragem regulatória e consequente *fórum shopping*. Este movimento agiu com base num fenómeno de *regulatory emulation* e de *regulatory competition*. Só por este caminho era possível a via da cooperação entre reguladores, necessária à *coordenação administrativa*. Podemos falar num estágio inicial de “Estados-coordenados” inserido num movimento de reflexividade e de *autopoiesis* dos diversos setores de regulação económica que muitos sociólogos consideraram típicos da “modernidade”⁸).

A cooperação entre reguladores numa “rede” de entidades de supervisão – inicialmente nacional e posteriormente internacional – implica interdependência, e só é eficiente se os agentes prosseguirem *atribuições* similares para serem *dialogantes* entre si; e no passo seguinte de coordenação é necessário que detenham poderes ou competências regulatórias comuns (*regulatory toolbox* – cfr art. 69.º da Diretiva n.º 2014/65/UE ou DMIF II⁹). Se no domínio nacional o fenómeno institucional emulatório dos estados anglo-americanos fizera o seu caminho desde os anos sessenta (*independent regulatory agencies*)¹⁰, a cooperação regional (europeia) num ambiente regulatório comum obrigou a alterações institucionais a nível nacional. Como? Através da obrigação de os Estados criarem entes públicos de controlo e de garantia dos mercados que a nível nacional atuassem com características de imparcialidade, de autonomia e de independência, dos regulados, da política nacional e dos respetivos Governos (as denominadas autoridades administrativas independentes, art. 267.º, n.º 3 CRP). E na atual *governance* regional europeia são estes entes públicos nacionais descentralizados, e não os Governos, quem nela participa através dos seus representantes, tentando também aí afastar a intergovernamentalidade e atuar como uma força centrífuga do sistema político (é suposto prosseguirem a estabilidade e o robustecimento de um sistema v.g. contra futuras crises, tomando decisões não populares e até “contra a maré”).

8 Beck, Giddens & Lash, 1994: 59.

9 Diretiva n.º 2014/65/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 maio de 2014, relativa aos mercados de instrumentos financeiros.

10 Acerca da resposta “pavloviana” da rede regulatória nacional face às experiências anglo-americanas, e do efeito emulação na articulação regulatória dentro da União Europeia, Catarino, 2010: 149.

2.1. As formas de cooperação institucional – os supervisores financeiros nacionais.

A criação de redes regulatórias institucionais de coordenação financeira (*policy regulation*) são na realidade um fenómeno *nacional* fruto dos movimentos globais de privatização de vastos setores económicos e da criação de modelos paralelos de regulação económica pública – para o sistema financeiro, bancário, segurador, das telecomunicações, da energia, da concorrência...

A noção de sistema financeiro vertida na Constituição da República Portuguesa (art. 101.º) é usualmente utilizada de forma subjetiva ou orgânica, sendo comum a compreensão de que abarca os mercados financeiros (monetário, de valores mobiliários e de seguros), os agentes que neles operam (*i.a.*, instituições de crédito, empresas de investimento, empresas de seguros e de resseguros) e as autoridades nacionais competentes (ANC) que os supervisionam. Dentro do sistema financeiro o subsector bancário (caracterizado pela receção pública de fundos reembolsáveis para aplicação por conta própria mediante concessão de crédito) tem a primazia histórica, e o seu regulador é a única autoridade administrativa independente nacional que no sistema financeiro tem assento constitucional (art. 102.º CRP).

O fenómeno da regulação não é linear pois a par do círculo sucessivo dos ciclos económicos existem também ciclos de regulação e desregulação económica. A década de oitenta assistiu ao fenómeno das privatizações, liberalização de setores económicos e de atividades anteriormente públicas, de desregulamentação e desarmamento das fronteiras nacionais. Com a da inovação financeira assistiu-se a um movimento de *hiper-inovação* que geraria, como “contra-fogo”, uma *hiper-regulação (infra)*; as baixas taxas de juros e de rendibilidade conjugadas com crédito abundante originaram um movimento de investimento em produtos financeiros e a um “boom” da indústria dos valores mobiliários¹¹ que fez transbordar a fronteira entre setores financeiros foi transbordada (mesmo para entes não financeiros como foi o caso das empresas Enron e WorldCom), e as fronteiras materiais e institucionais entre matéria bancária, seguradora e de valores mobiliários tornou-se difusa¹².

11 Ferreira, 1997: 24-30; Cordeiro, 2016: 309-342; Câmara, 2017: 93.

12 Em Portugal, o nevoeiro que se abateu sobre o setor financeiro no domínio dos produtos financeiros complexos determinou a necessidade de realização de acordos de atribuição/aclaração de competências de supervisão, de que são exemplo os entendimentos firmados em 2008 e 2009 entre supervisores, <https://www.cmvm.pt/pt/SDI/ProdutosFinancieirosComplexos/anexos/Pages/Produtos-Financieiros-Complexos-Entendimentos.aspx>

Num movimento paralelo, a Ciência da Administração Pública e as correntes políticas de Estado mínimo (e aplicação de métodos de gestão privada à administração pública determinariam um vasto movimento de devolução de competências e de privatização de atividades pelo Governo. Este movimento de *opting out* do Governo em vastos setores económicos foi acompanhado por mimetismo regulatório institucional (a nível internacional). A par da administração direta (Direção-Geral do Tesouro), a descentralização veria nascer em 1987 o Auditor-Geral do Mercado de Títulos¹³, e na década de noventa proliferaram institutos públicos de regulação que agigantaram a administração estadual indireta (art. 199.º, al. d) CRP e Lei n.º 3/2004, de 15 de janeiro). No final do século XX existia uma constelação de institutos públicos de regime especial sem qualquer uniformidade ou harmonização legislativa, num trânsito caótico para a “administração independente” (art. 267.º, n.º3 CRP¹⁴) que no setor económico foi harmonizada com a denominada Lei-Quadro das Entidades Reguladoras¹⁵.

A noção de sistema financeiro vertida na Constituição da República Portuguesa (art. 101.º) é usualmente utilizada de forma subjetiva ou orgânica, sendo comum a compreensão de que abarca os mercados financeiros (bancário, de valores mobiliários e de seguros), os agentes que neles operam (*i.a.*, instituições de crédito, empresas de investimento, empresas de seguros) e as autoridades nacionais competentes (ANC) que os supervisionam. Dentro do sistema financeiro o subsector bancário (caracterizado pela receção pública de fundos reembolsáveis para aplicação por conta própria mediante concessão de crédito) tem a primazia histórica, e o seu regulador é a única autoridade administrativa independente reguladora do sistema financeiro com assento constitucional (art. 102.º CRP).

Analisando a estrutura nacional de cooperação no domínio sistema financeiro encontramos à cabeça o Governo, que tem poderes políticos que permitem a superior definição do sistema financeiro e a intervenção sobre o sistema¹⁶. Ao Governo, a par da superintendência do mercado monetário, financeiro e cambial (dentro do quadro e nos limites da União Bancária), e

13 Criado pelo Decreto-Lei n.º 335/87, de 15 de outubro, detinha parcas competências na área do mercado de valores mobiliários, *i.a.* na área de ofertas de valores mobiliários.

14 Acerca da Administração Independente, Moreira & Maças, 2003: 9; Blanco de Moraes, 2001: 101-154.

15 A Lei-Quadro das Entidades Administrativas Independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo, foi aprovada pela Lei n.º 7/2013, de 28 de agosto.

16 Cfr. os arts. 22.º-24.º da Lei Orgânica do Ministério das Finanças, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 117/2011, de 15 de dezembro.

da coordenação da atividade dos agentes de mercado na sua política económica e social¹⁷, compete a definição da política interna (*politics*) em termos da estrutura organizativa, das atribuições e competências cometidas às diversas autoridades reguladoras, da definição do regime financeiro – p.e. um sistema de regulador único ou um sistema de reguladores setoriais, distribuição das atribuições e de competências v.g. prudenciais ou comportamentais por regulador, ou por setor ou por matéria consoante entender mais eficiente face ao mercado nacional –, definir o *material e procedural due process* (em termos de *enforcement*, de supervisão ou de sanção cominado a cada regulador fixando as autoridades nacionais competentes para efeitos do direito da União Europeia), estatuir o ambiente regulatório em cada setor (na margem das normas da União e com prévia audição ou proposta dos reguladores definir o regime jurídico de entradas e saídas de agentes num determinado mercado – licenças, autorizações, comunicações). No âmbito político e com respeito pela margem de regulação pelo regulador (a quem cabe, não a *politics* mas a *policy*), nos mercados de instrumentos financeiros a lei prevê inclusive que pode *substituir-se* à CMVM em casos de emergência que possam afetar a economia nacional *coordenando* a regulação e supervisão em matérias que compitam a mais de um regulador – art. 352.º do Código dos Valores Mobiliários ou CodVM¹⁸.

No âmbito do mercado bancário o Banco de Portugal (BdP) é uma pessoa coletiva de direito público que no ordenamento jurídico nacional reveste materialmente a natureza de autoridade administrativa independente – a par da sua natureza administrativa congrega os princípios de independência, imparcialidade e de autonomia (administrativa e financeira) e património próprio¹⁹. O seu Governador, Vice-Governadores e demais administradores são nomeados pelo Governo através de um ato administrativo (art. 199.º, al. e), CRP) que reveste a forma de Resolução do Conselho de Ministros, e que apesar de ampla discricionariedade deve cumprir os requisitos legais fixados *inter alia* pela Lei Orgânicas do Banco de Portugal²⁰.

17 Cfr. o art. 91.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92 de 31 de dezembro (RGIC).

18 O Código dos Valores Mobiliários foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de novembro (CodVM).

19 O seu estatuto encontra-se vertido no Decreto-Lei n.º 337/90, de 30 de outubro, mas a sua natureza de instituto público de regime especial foi entretanto afastada (cfr. versão original da Lei n.º 3/2004, de 15 de janeiro, art. 48.º).

20 Cfr. art. 27.º, n.ºs 1-3 da LOBP. A competência do Governo, os requisitos legais e a forma de nomeação encontram paralelo nos demais titulares dos órgãos de administração da CMVM e da ASF (*infra*).

Rege-se por um estatuto legal híbrido, de natureza pública (v.g. no que respeita ao regime geral do procedimento e responsabilidade civil administrativos – neste último caso goza do privilégio do foro judicial²¹ –, do acesso aos documentos administrativos e à proteção dos dados pessoais, do estatuto dos gestores públicos e dos titulares de altos cargos públicos) e privada (regime do contrato individual do trabalho aos seus colaboradores, regime das instituições de crédito e também das sociedades comerciais e registo comerciais, art. 64.º da Lei Orgânica), mas também nacional (relativa ao exercício de competências não incluídas no âmbito do SEBC) e internacional (parte da sua atividade é regulada pelo Tratado de Funcionamento da União Europeia – TFUE – e legislação derivada da União respeitante ao exercício de funções junto do Sistema Europeu de Bancos Centrais (art. 108.º TFUE, e, *inter alia*, arts. 3.º, 14.º a 16.º, e 24.º LOBP).

Junto do Banco de Portugal funcionam outros entes públicos com relevância no setor financeiro como o Fundo de Garantia de Depósitos (FGD)²², o Mediador de Crédito²³ e o Fundo de Resolução (a matéria relativa à autoridade de resolução nacional foi sujeita a apreciação pública, e objeto da Proposta de Lei n.º 190/XIII, entretanto caducada²⁴).

No âmbito da atividade de regulação e supervisão dos seguros e fundos de pensões foi constituída a Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF), pessoa coletiva de direito público também com natureza de entidade administrativa independente, dotada de autonomia administrativa,

21 Cfr. art. 62.º LOBP.

22 Encontra a sua previsão legal no Título IX, arts. 154.º-173.º do RGIC, qualificado como uma pessoa coletiva de direito público, dotada de autonomia administrativa e financeira, e que tem o Fundo tem por objeto garantir os depositantes das instituições de crédito até 100.000 Euros – “*entende-se por depósito os saldos credores que, nas condições legais e contratuais aplicáveis, devam ser restituídos pela instituição de crédito e consistam em disponibilidades monetárias existentes numa conta ou que resultem de situações transitórias decorrentes de operações bancárias normais.*”.

23 O Decreto-Lei n.º 144/2009, de 17 de junho, criou o Mediador de Crédito, junto do Banco de Portugal, dotando-o de importantes funções de informação ao mercado – difundir e fomentar o conhecimento das normas legais e regulamentares aplicáveis aos contratos de crédito – e de formação financeira, v.g. em matéria de concessão de crédito, e de coordenação da atividade de mediação entre clientes bancários e instituições de crédito.

24 Encontra a sua previsão legal no Título VIII-A do RGIC, arts. 153.º-B a 153.º-U, sendo uma pessoa coletiva de direito público, dotada de autonomia administrativa e financeira e de património próprio. Cfr Regulamento (UE) n.º 800/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de julho. A matéria relativa à Autoridade de Resolução nacional, suas atribuições e competências foi objeto de reponderação no estudo da reforma institucional do sistema financeiro que levaria à Proposta de Lei n.º 190/XIII, que visava criar e regular o funcionamento do Sistema Nacional de Supervisão Financeira – <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailhIniciativa.aspx?BID=43582>.

financeira e de gestão e de património próprio, com funções de supervisão prudencial e comportamental²⁵.

A Comissão do Mercados de Valores Mobiliários (CMVM²⁶) é uma pessoa coletiva de direito público, independente, com autonomia administrativa e financeira, dotada de património próprio, que regula, fiscaliza, e supervisiona (e sanciona) a matéria relativa aos mercados de instrumentos financeiros tipicamente comportamentais (atualmente não exclusivas), e cujas competências de coordenação veremos adiante. Junto da CMVM funciona um Sistema de Indemnização aos Investidores (com atribuições distintas do FGD *supra* referido)²⁷.

O Conselho Nacional de Supervisores Financeiros (CNSF²⁸), é um órgão administrativo, dotado de autonomia, e que tem como membros permanentes representantes do BdP, da CMVM e da ASF, e que visa incrementar a cooperação administrativa através de troca de informação relevante, coordenação de atividades comuns, prevenção de conflitos positivos ou negativos de competências ou de lacunas de regulamentação ou da múltipla utilização de recursos próprios. A criação deste órgão insere-se na *supra* referida tendência hodierna de miscigenação de matérias e atividades financeiras tradicionalmente compartimentadas nas atividades bancária, dos valores mobiliários ou dos seguros e fundos de pensões, pretendendo-se coordenar a supervisão em matérias que compitam a mais do que um supervisor do sistema financeiro.

A par da participação no CNSF – espécie de devolução administrativa –, a CMVM, o BdP e a ASF integram ainda o Sistema Europeu de Supervisão Financeira (SESF), na qualidade de autoridades nacionais com competência

25 Cfr arts. 6.º e 7.º do seu Estatuto aprovado pelo Decreto-Lei n.º 1/2015, de 6 de janeiro.

26 Anteriormente englobado no Código do Mercado de Valores Mobiliários de 1991, e posteriormente em diploma especial (Decreto-Lei n.º 473/99, de 8 de novembro), o seu Estatuto legal foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 5/2015, de 8 de janeiro.

27 O SII é pessoa coletiva de direito público dotada de autonomia administrativa e financeira regulado pelo Decreto-Lei n.º 222/99, de 22 de junho (alterado pelo Decreto-Lei n.º 162/2009, de 20 de julho), que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva n.º 97/9/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de março, garantindo a cobertura dos créditos de que seja sujeito passivo uma entidade participante em consequência de incapacidade financeira desta para, de acordo com as condições legais e contratuais aplicáveis, reembolsar ou restituir aos investidores os fundos que lhes sejam devidos ou que lhes pertençam, ou em caso de revogação de autorização pelo BdP, até 25.000 Euros.

28 Não sendo uma autoridade de regulação, o CNSF rege-se pelo Decreto-Lei n.º 228/2000, de 23 de setembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 211-A/2008, de 3 de novembro, e pela Lei n.º 118/2015, de 31 de agosto, tendo funções de coordenação de matéria comum e de consulta, não pertencendo à administração executiva. Foi também objeto de ponderação na reforma institucional do sistema financeiro na Proposta de Lei n.º 190/XIII, que visava criar e regular o funcionamento do Sistema Nacional de Supervisão Financeira.

de regulação do respetivo sector (ANC), e também como membros dos órgãos das Autoridades de Supervisão Europeias (*infra*). Nesta breve evocação das fases e da atualidade da cooperação financeira, debruçamo-nos apenas sobre o regulador nacional do mercado de capitais e sua relação intrínseca com o regulador europeu – aliás, o Estatuto legal da CMVM prevê que se rege pela lei nacional mas também pelo “direito da União Europeia” que sectorialmente tem a sua génese em propostas do regulador europeu (*cfr.* arts. 1.º, n.º 3 e 2.º, als. *a)*, *d)* e *e)* dos seus Estatutos), e encontra-se obrigada a estabelecer formas de cooperação e de associação com outras entidades nacionais e internacionais (arts. 2.º e 4.º Estatutos CMVM).

2.2. Cooperação mediante *troca de informação*, assistência e *entreaajuda administrativa*

A existência de um feixe de competências de regulação e de supervisão uniformes foi considerada pela *International Organization of Securities Commissions* (IOSCO²⁹) um meio necessário, que permite o diálogo e a cooperação entre as ANCs dos diversos Estados na supervisão transfronteira – consta dos seus *Core Principles* fixados em abril de 1997. Para colmatar a insuficiência das ordens jurídicas nacionais tais princípios pugnam por poderes de troca de informação, de prestação de assistência e de harmonização legislativa que permita uma eficaz assistência entre os seus membros. Esta derrogação necessária de um outro *core principle* como é o do sigilo profissional, visa partilhar informação sigilosa e que é acompanhada da estatuição do que denominamos por “confidencialidade partilhada” – uma espécie de direito de seqüela do direito ao segredo profissional³⁰, figura que evita a arbitragem regulatória entre Estados com regime jurídicos diversos. No âmbito da União Europeia, em que vigoram princípios do *reconhecimento mútuo*, da *equivalência*, do *tratamento nacional* ou *não discriminação*, *igualdade* ou *reciprocidade*, face à repartição de competências de supervisão entre ANCs *home* e *host*, é essencial a cooperação. A par da cooperação através da *troca de informação* e de comunicação, também a *entreaajuda* e *assistência* são importantes, e implicam até a possibilidade de colaboradores de uma autoridade nacional

29 A IOSCO é uma organização que associa os reguladores dos mercados de valores mobiliárias fundada em 1983, agrupando não apenas autoridades de supervisão mas também outros *gatekeepers* do mercados como as sociedades que gerem bolsas de valores, tendo em vista a cooperação e promoção dos *core principles* e a troca de informação a nível regional e global para defesa e promoção dos mercados e dos seus agentes – https://www.iosco.org/about/?subsection=about_iosco.

30 Acerca do segredo profissional e dos fundamentos e limites do segredo de supervisão, Catarino, 2019: 33.

competente do Estado da origem do agente económico praticarem atos no território de um Estado de acolhimento da empresa³¹.

O Governo e a CMVM conformaram desde cedo a legislação nacional com estes princípios, v.g. através da possibilidade de derrogação do dever de segredo profissional que impende sobre esta (art. 354.º, n.º1 CodVM), possibilitando a partilha de informação com ANC's nacionais e congéneres ou com entidades estrangeiras e *fora* internacionais³².

A cooperação decorre a mais das vezes do cumprimento de *deveres legais de cooperação ou de prestação de informação* a outras entidades *nacionais* ou *estrangeiras* interessadas³³. No âmbito da função administrativa de supervisão os direitos são *funcionais* (poder-dever) e visam obter e prestar a informação *necessária e adequada* ao exercício das respetivas funções, e/ou *o exercício* dos poderes de supervisão no âmbito de universos regulatórios coincidentes³⁴.

A cooperação através de *permuta* ou de *consulta mútua* com outras *autoridades nacionais* é relativa a entidades que estejam sujeitas a supervisão paralela, e sempre para *fins* de supervisão e sob *condição de reciprocidade*³⁵. A cooperação com autoridades nacionais pode ultrapassar a mera troca de informação e as consultas mútuas e traduzir-se no estabelecimento de acordos administrativos e de procedimentos comuns. Também se prevê a realização de atos de supervisão conjunta entre diversas entidades, que traduzem já o trânsito da *entreaajuda* para um estágio de *cooperação-coordenação*, arts. 374.º, n.º 2 e 361.º, n.º 2, al. c) CodVM.

A partilha da informação obtida no âmbito desta cooperação depende de uma *autorização expressa* da autoridade que a disponibilizou, dado que mantém a sua titularidade (art. 356.º, n.º 2 CodVM). Este ato (e o seu conteúdo) são também objeto de um dever de segredo que é legalmente cominado a todas as partes participantes

31 Cfr arts. 5.º, 34.º, 35.º e 69.º da Diretiva n.º 2014/65/UE ou DMIF II e 377.º CodVM.

32 A cooperação e concertação administrativa encontram-se previstas desde logo no art. 4.º da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, mas também nos estatutos dos demais supervisores do sistema financeiro como o BdP (cfr arts. 78.º-81.º RGIC e 16.º da respetiva Lei Orgânica), da ASF (art. 7.º dos Estatutos da ASF), e da CMVM (art. 4.º dos Estatutos).

33 Cfr arts. 355.º- 356.º para o âmbito subjetivo e material e 373.º-374.º no âmbito funcional – todos do CodVM.

34 Cfr. arts. 354.º, n.º 4 e 356.º, n.º 1, 358.º e 375.º CodVM.

35 Cfr. arts. 355.º, n.º 1, 373.º e 374.º n.º 2, als. b) e c) CodVM. A derrogação do dever de segredo relativamente a informação conhecida pela CMVM no âmbito e por causa das suas funções, abrange um universo vasto de entidades elencadas no n.º 1 do art. 355.º, mas se independe do dever de segredo, depende das funções concretas a desempenhar e da necessidade e adequação às mesmas. Por isso dizemos que a cooperação é *funcional* (art. 356.º CodVM).

na posterior relação de cooperação. O segredo derogado para partilha renasce e acompanha a informação transmitida ou recebida, numa espécie de “segredo partilhado” ou “segredo em cadeia” (art. 356.º, n.º 3 CodVM).

E tal abrange os atos decorrentes de cooperação administrativa com *autoridades estrangeiras*, sejam autoridades de supervisão *congêneres* da CMVM na União Europeia, ou entidades de supervisão congêneres de Estados terceiros – com algumas limitações. Incluem-se neste último caso as autoridades ou agências de supervisão da União (v.g. no âmbito do Sistema Europeu de Supervisão Financeira ou SESF)³⁶, cumprindo referir que a partilha da informação recebida no âmbito do SESF se encontra sujeita aos mesmos requisitos legais de autorização e de extensão do dever de segredo *supra* referidos³⁷.

Afirmámos que a cooperação administrativa pode ultrapassar a mera troca de informação e consultas mútuas no quadro da União Europeia; referimos já os casos de entajuda ou assistência a entidades congêneres através da participação de representantes daquelas entidades nas diligências que a CMVM realize para obtenção da informação requerida (art. 377.º, n.º 5 CodVM³⁸). Esta cooperação reforçada encontra algumas limitações em matéria de supervisão e de investigação ou inquérito de ilícitos contraordenacionais ou criminais³⁹, podendo ser recusada informação pela CMVM: *i*) quando for “suscetível de prejudicar a soberania, a segurança ou a ordem pública nacionais” (independentemente da sua *classificação* ao abrigo do Regime de Segredo de Estado⁴⁰); *ii*) quando possa prejudicar “a sua própria investigação, as atividades de fiscalização ou uma investigação penal”; *iii*)

36 Referimo-nos *i.a.* à Comissão Europeia, à Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados, à Autoridade Bancária Europeia, à Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma, ao Comité Europeu do Risco Sistémico e ainda ao BCE e ao SEBC (art. 355.º, n.º 2 CodVM).

37 Cfr arts. 355.º, n.ºs 2 e 3 CodVM e 35.º do Regulamento (UE) n.º 1095/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, que criou a Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados. Prevê a prestação de informações pela CMVM, a pedido ou de forma periódica, bem como a possibilidade de a Autoridade prestar a mesma informação a autoridades congêneres da UE – mas a Autoridade, a informação e aqueles a quem ela seja retransmitida, encontram-se obrigados a sigilo profissional (arts. 35.º, n.ºs 2 e 3 e 70.º, n.º 3 do Regulamento).

38 As supervisões conjuntas eram já previstas no art. 5.º da Diretiva dos Prospetos, ou mais recentemente no art. 37.º do denominado Regulamento *short-selling* ou de vendas a descoberto (n.º 236/2012), e consta do art. 21.º do Estatuto legal da Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados (Regulamento n.º 1095/2010 – *infra*).

39 A matéria de crimes de mercado tem na União Europeia um regime de cooperação especial (informação e “assistência” na investigação, art. 377.º-C CodVM).

40 Lei Orgânica n.º 2/2014, de 6 de agosto.

quando a mesma matéria (factos e pessoas) tiver sido objeto de caso julgado ou se encontrar sob apreciação judicial (art. 377.º, n.ºs 3 e 4 CodVM)⁴¹.

A prestação de informação a *entidades congéneres de Estados terceiros à União* também tem *limitações* legais dependentes da verificação de determinadas condições prévias. Assim: i) as autoridades devem exercer *funções equivalentes* às exercidas pelas entidades enunciadas no art. 355.º, n.º 1; ii) é *condição necessária* que tais entidades tenham um regime de sigilo equivalente ao nacional; iii) a prestação é *limitada* ao “necessário para a supervisão dos mercados financeiros e para supervisão, em base individual ou consolidada, de intermediários financeiros”⁴².

A par da cooperação administrativa decorrente de deveres legais prevêem-se formas de *contratualização* interadministrativa⁴³ para troca de informação. Esta pode ser bilateral ou multilateral, celebrada com outros supervisores setoriais nacionais⁴⁴ ou com instituições congéneres (“ou equiparadas”) de outros Estados, ou decorrer da participação da CMVM em *fora* internacionais, informais ou organizações internacionais⁴⁵. As obrigações assumidas podem implicar a *entreaajuda*, através da recolha de elementos relativos a infrações contra o mercado cometidas em outros Estados – se a investigação couber nas suas atribuições –, com a possibilidade da participação (subordinada) de representantes das entidades congéneres (art. 376.º, n.º 3 CodVM). A sanção para o incumprimento do acordado por uma parte reside na exceção de não cumprimento pela outra.

Os contratos administrativos de troca de informação, bilaterais (*Tailor-Made Agreements*) ou multilaterais, usualmente designados por *Memorandum of Understanding* (MoU), foram institucionalizados pela IOSCO e pela ESMA, com a primeira a estatuir os procedimentos para a sua negociação e celebração e também

41 Não podemos enunciar toda a informação objeto de comunicação, mas o leque dos deveres de prestação de informação a *autoridades europeias* é vastíssimo, desde a mera comunicação de atos de autorização de entidades e serviços ao seu indeferimento até decisões administrativas condenatórias, e tende a crescer (i.a. arts. 295.º, n.º 4 e 377.º-B CodVM).

42 Cfr. arts. 355.º, n.º 3 e 373.º CodVM.

43 Cfr. arts. 374.º, n.º 2, al. e), 375.º, n.º 2 CodVM e 77.º ss do CPA.

44 Os acordos celebrados pela CMVM encontram-se disponíveis no respetivo *website*, em <https://www.cmvm.pt/pt/CMVM/AcordosComOutrasEntidades/Pages/acordos.aspx>.

45 Cfr. o art. 376.º, n.ºs 1 e 2, als. a) a c), e 5 e 6 CodVM. Os acordos celebrados pela CMVM com outras entidades e os acordos celebrados pela ESMA encontram-se disponíveis no *website* da CMVM, <http://www.cmvm.pt/pt/Cooperacao/AcordosComOutrasEntidades/Pages/acordos.aspx>.

os princípios para uma boa e judiciosa aplicação, após a “Declaração do Rio” (Declaração considerada a antecessora dos MoU’s)⁴⁶. Criados para a mera troca de informação e colaboração administrativa, evoluíram e traduzem ainda hoje uma excelente forma de cooperação entre os reguladores, seja na supervisão *ongoing*, seja na criação de verdadeiras redes de supervisão particularmente importantes em grupos transnacionais. Pelas suas características informais e não vinculativas alguns AA colocam-nas entre as fontes de *soft law*.

2.3. Cooperação mediante *coordenação* em comités de supervisão da União

Os planos de integração regional europeia e o de regionalização dos mercados de capitais colocariam sob pressão a necessidade da uma nova fase de cooperação e ultrapassagem da regulação “informalizada” – e com novos Planos de Ação da União entramos na fase dos processos comitológicos, estágio avançado de cooperação que convoca a *coordenação*.

Ao nível dos planos para ação destaca-se usualmente o *Financial Services Action Plan* (FSAP) de 1999⁴⁷, que continha uma série de medidas legislativas materiais e um calendário (*timetable*) para a sua concretização, no que seria acompanhado do denominado Relatório Lamfalussy de 2001⁴⁸ – este, com impactos institucionais, denominado de *Final Report on the Regulation of the European Securities Markets*⁴⁹. Dando sequência às pretensões políticas da Comissão, de crescimento económico e financeiro na União, o Relatório continha propostas que visavam ultrapassar críticas contra o moroso processo de decisão, o deficiente procedimento de reconhecimento mútuo e a difusa relação de competências de supervisão entre autoridades *host/home*, incluindo a inexistência de um *level playing field* decorrente de normas abertas e ambíguas que obstaculizavam a harmonização ao permitir diferentes interpretações. A “nova arquitetura” apostou por isso numa forma de cooperação assente i) num campo regulatório harmonizado, ii) no funcionamento em rede dos reguladores nacionais, iii) no apoio de *Comités* de apoio à decisão

46 Além de aí se prever o melhor procedimento de negociação de um MoU, prevê-se igualmente o seu conteúdo mínimo bem como os dez princípios que constituem os denominados *IOSCO principles for MoUs*, <https://www.iosco.org/about/?subsection=mmou>.

47 O *Financial Services Action Plan* (FSAP) decorre das pretensões da Comissão Europeia expressas na sua comunicação de 28 de outubro de 1998 denominada de *Financial Services: Building a Framework for Action* e contém os demais atos posteriores de implementação da CEE.

48 Sobre a sua constituição e funcionamento Hüpkes; Quintyn & Taylor, 2005: 19.

49 O denominado *Final Report of the Committee of Wise Men on the Regulation of European Securities Market*, de 15 de fevereiro de 2001, do comité de sábios presidido por Alexandre Lamfalussy.

pela Comissão Europeia compostos por representantes das autoridades nacionais reguladoras do sector, e *iv*) na produção, em cooperação, de medidas de implementação pelos Estados-Membros⁵⁰.

Com a aplicação na área dos serviços financeiros deste “processo comitológico”⁵¹ o processo de cooperação regulatória interinstitucional passa a um estágio mais avançado pois convoca a *coordenação* nos casos em que são co-atribuídas à Comissão Europeia competências de execução de um ato legislativo: a sua implementação cabe aos Estados-Membros através de Comitês compostos por membros das ANC. Na sequência do Conselho Europeu de Estocolmo de março de 2001 foi criado um Comité de Valores Mobiliários (CVM ou ESC de *European Securities Committee*⁵²) e um Comité independente que integrava os reguladores europeus – o CESR ou CARMEVM⁵³ – num procedimento de cooperação baseado em 4 níveis ou degraus de densificação normativa *top to bottom*⁵⁴. Teria um papel fundamental na cooperação com e entre membros das ANC, permitindo a harmonização e coordenação regulatória pela *expertise*, composição intergovernamental e intervenção nos diversos níveis de concretização e de *enforcement* dos atos legislativos iniciais. O grau máximo de cooperação interinstitucional verificou-se num Nível 3 onde operava a uniformização e convergência regulatória de forma célere e informal através de atos quase-normativos como as suas Orientações ou

50 Para uma consulta dos diversos documentos relevantes, http://europa.eu/documentation/official-docs/index_pt.htm.

51 O “procedimento comitológico” ou comitologia foram expressões que entraram em voga para significar um meio de exercício de poder pela Comissão no desenvolvimento dos atos legais comunitários, tendo tido assento legal com a “decisão Comitologia” *supra* referida adotada pelo Conselho em 28 de junho de 1999 (Decisão n.º 1999/486/CE) e alterada pela Decisão do Conselho n.º 2006/512/CE de 17 de julho de 2006 que regularia o controlo dos poderes de execução da Comissão contidos no art. 202.º do Tratado (JOUE 22 de julho de 2006, L 200/11). Foi revogado pelo Regulamento (UE) n.º 182/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de fevereiro de 2011, que estabelece as regras e os princípios gerais relativos aos mecanismos de controlo pelos Estados-Membros do exercício das competências de execução pela Comissão, e o “Modelo de Regulamento Interno dos Comitês” (2011/C 206/06, JOUE 12 de julho de 2011). Mantém-se a regra de que estes comitês são compostos por representantes dos Estados-Membros e a maioria das medidas de implementação pela Comissão são previamente submetidas a apreciação técnica e política por parte destes. Leeuwen & Demarigny, 2004: 209.

52 Resolução do Conselho Europeu de Estocolmo de 23 de março de 2001, e Decisão da Comissão 2001/528/CE, de 6 de junho de 2001, JOCE, L191 de 13 de julho de 2001.

53 O *Committee of European Securities Regulators* ou Comité das Autoridades de Regulação dos Mercados Europeus de Valores Mobiliários (CESR, ou CARMEVM) foi constituído por Decisão da Comissão 2001/527/CE, de 6 de junho de 2001.

54 Para uma visão do procedimento Catarino, 2010: 170 e 187; Câmara, 2017: 36.

Recomendações (“CESR guidance”) que por vezes colmatavam também lacunas e se baseavam numa mera *peer pressure* (*soft law*⁵⁵).

Esta estrutura regulatória europeia seria alargada para o mercado bancário e segurador⁵⁶ face aos bons resultados da aplicação das medidas preconizadas pelo FSAP – a Comissão Europeia avançou com um Livro Branco para os Serviços Financeiros 2005–2010 visando um novo estágio de concertação e convergência na supervisão em matérias transfronteiriças e aprofundar a regulação de algumas áreas, consolidando o *enforcement*⁵⁷. A final, era o caminho de uma comunidade cooperante epistemologicamente transnacional.

O Livro Branco apoiou as suas propostas no Himalaya Report do CESR de 2004⁵⁸ sobre a evolução dos mercados e as propostas de unificação e harmonização de poderes públicos e de instrumentos das ANC, coordenando-as em rede como uma espécie de “mini-reguladores” da própria União. Entre os inúmeros Relatórios apresentados para aprofundamento da cooperação⁵⁹ salientamos o denominado Francq Report de 2 de fevereiro de 2006 (*FSC’s Report on Financial Supervision*), que entre métodos de máxima cooperação administrativa possível defendia já a cooperação “dedicada” ou “delegada”, i.e., a possibilidade de proceder a uma delegação de funções ou de competências públicas, legalmente atribuídas a nível nacional, entre as diversas ANC.

2.4. Cooperação através da *concertação transnacional*

A crise financeira espoletada em 2007–8 nos EUA com o crédito hipotecário de alto risco (*sub-prime*) foi uma janela de oportunidade para dotar os

55 A *soft law* traduz regras de conduta “(...) that are laid down in instruments which have not been attributed legally binding force as such, but nevertheless may have certain (indirect) legal effects, and that are aimed at and may produce practical effects” Senden, 2004: 110-119.

56 A estrutura regulatória Lamfalussy alargada em 2003 para a banca e os seguros contava no Nível 2 com apoio técnico do *European Securities Committee* (ESC/CVM), do *European Banking Committee* (EBC) e do *European Insurance Committee* (EIC), e no Nível 3 do *Committee of European Securities Regulators* (CESR), do *Committee of European Banking Supervisors* (CEBS) e do *Committee of European Insurance and Occupational Pension Supervisors* (CEIOPS).

57 O denominado *Commission White Paper of 1December2005 on Financial Services Policy 2005-2010* [COM(2005) 629 final, que seguiria o *Green Paper* de maio de 2005.

58 *Preliminary Progress Report. Which Supervisory Tools for the EU Securities Markets? An analytical Paper by CESR* (2004), CESR 04-333, de outubro de 2004.

59 O Relatório de progresso do CESR de novembro de 2007, 7-783, é denominado *A proposed evolution of EU securities supervision beyond*.

Comités de poderes (próprios) de decisão (*decision-making*), ultrapassar a sua intergovernamentalidade e o seu encapsulamento ao princípio da subsidiariedade (art. 5.º TUE)⁶⁰.

É frequente dizer-se na política que “it’s a shame to waist a good crisis”... Foi aqui decisivo o Relatório Larosière de 25 de fevereiro de 2009, embora existisse um mandato do ECOFIN de 2006 ao *Financial Services Committee* e *Economic and Financial Committee* para rever o processo institucional regulatório⁶¹. Pugnava por medidas de *concentração* de poderes regulatórios normativos em “corpos” transnacionais, num claro *upgrade* na cooperação mas com um (difícil) equilíbrio entre a sua independência e o controlo perante a Comissão Europeia⁶². Uma maior uniformidade interpretativa e convergência da supervisão, a criação de uma cultura comum, a possibilidade de respostas concertadas nomeadamente em casos de emergência...o Relatório de Larosière deve ser visto como mais do que uma mera resposta epidérmica à crise e à política de então: *chacun pour soi*⁶³.

A Comissão Europeia estabeleceria em 4 de março de 2009 um Plano de Ação⁶⁴ e em 27 de maio de 2009, na Comunicação denominada “Supervisão financeira europeia”, analisava as falhas de supervisão – sobretudo *cross-border* – verificadas pré-crise de 2008⁶⁵. Entendera que o processo comitológico “atingiu os limites do que pode ser feito” e que as diretivas Lamfalussy permitiam diferentes interpretações e aplicações de acordo com agendas nacionais, com inconsistência e arbitragem na supervisão financeira global⁶⁶.

60 Cfr. o Relatório do *High Level Group*, pugnando pela criação de um Sistema Europeu de Supervisão, de 10 de junho de 2009.

61 No âmbito do relatório 2007-2013 *Financial Perspectives for the EU*, visava-se, além do aprofundamento da liberalização e eficiência do mercado, o fim da estrutura multinível de decisão, um predomínio da Comissão sobre os Estados-Membros, e a substituição do estádio de “Estados concorrentes” pelo dos “Estados colaboradores”. Cfr. Exposição de motivos da Comissão Europeia, na sua *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Credit Rating Agencies*, e o seu *Impact Assessment* de 12 de novembro de 2008.

62 Lindseth, 1999: 655.

63 Para uma visão aprofundada do “triálogo Conselho/Comissão/Parlamento, medidas e decisões políticas de 2009/2010, Moloney, 2011: 45; *idem*, 2011: 184.

64 Comunicação *Driving European Recovery* de 4 de março de 2009.

65 Comunicação da Comissão sobre Supervisão financeira europeia, 27 de maio de 2009.

66 Declaração n.º 39, anexa à Acta Final da Conferência Intergovernamental que aprovou o Tratado de Lisboa https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2008.115.01.0001.01.POR&toc=OJ:C:2008:115:TOC#C_2008115PT.01033501.

Recordemos que o princípio da subsidiariedade tivera expressão prática nos princípios da harmonização mínima e da *regulation by principles*, e gerariam como reação uma tendência de harmonização máxima para execução do plano FSAP (*supra*). Foi o tempo da “lisbonização do procedimento legislativo” com o Tratado de Lisboa, do sistema de delegações a favor da Comissão Europeia nos arts. 290.º e 291.º do TFUE⁶⁷. Embora o Relatório Lamfalussy pugnassem pelo maior uso de Regulamentos, as Diretivas mantiveram-se durante mais oito anos como o principal instrumento de harmonização legislativa nos denominados Nível 1 e Nível 2 da regulação, cumprindo assim os princípios da subsidiariedade e de proporcionalidade acordados no Protocolo do Tratado de Amesterdão.

O atual sistema europeu baseia-se num *single rulebook* para os serviços financeiros e num sistema institucional assente em dois pilares fundamentais⁶⁸: *i*) um órgão de supervisão macroprudencial – dada a assunção de que a supervisão falhou por algum alheamento ao risco sistémico por parte das ANCs dos mercados de capitais; *ii*) um sistema de supervisão microprudencial composto por uma rede de autoridades de supervisão, europeias e nacionais, especializadas em função da matéria (bancária, dos seguros, dos instrumentos financeiros).

Na atual estrutura institucional financeira da União, destaca-se o Comité Europeu do Risco Sistémico (*European Systemic Risk Board*, ESRB ou CERS⁶⁹), com uma função de monitorização e de avaliação macroprudencial do risco sistémico na União, emissão de alertas, recomendações e acompanhando a sua implementação⁷⁰, onde o BCE tem atribuições específicas e a que preside⁷¹. A prevenção da estabilidade financeira e do risco sistémico passaram a constituir uma atribuição de todas as ANCs⁷².

67 Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a Aplicação do art. 290.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, de 9 de dezembro de 2009.

68 Bignami, 1999: 451.

69 Regulamento (UE) n.º 1092/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, relativo à supervisão macroprudencial do sistema financeiro na União Europeia e que cria o Comité Europeu do Risco Sistémico.

70 Especificamente acerca do ESRB, Ferran & Alexander, 2011: 3 ss.

71 Regulamento (UE) n.º 1096/2010, do Conselho, de 17 de novembro de 2010, que confere ao Banco Central Europeu atribuições específicas no que se refere ao funcionamento do Comité Europeu do Risco Sistémico.

72 Cfr. art. 15.º do Regulamento (UE) n.º 1092/2010. Para uma súmula do papel macroprudencial do CERS no SESF, Moreno, 2014: 69.

A nível microprudencial o Sistema pressupõe competências partilhadas. Apesar da discussão entre modelos de supervisão e do esbatimento entre setores de atividade optou-se por manter a tripartição tradicional – “banca, bolsa e seguros” – e a tendência *Twin Peaks*, em prol da especialização e *expertise* técnica.

Foram publicados cinco Regulamentos que constituem o Estatuto ou “Regulamento de base” de cada autoridade europeia de supervisão (AES ou *ESA*)⁷³, sendo o Sistema composto por: *i*) uma Autoridade Bancária Europeia (*European Banking Authority*, EBA ou *ABE*); *ii*) uma Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma (*European Insurance and Occupational Pensions Authority* ou *EIOPA*)⁷⁴; *iii*) uma Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados (*European Securities and Markets Authority*, de ora em diante ESMA ou Autoridade⁷⁵); *iv*) o Comité Conjunto das Autoridades Europeias de Supervisão para coordenação e cooperação intersectorial (Comité Conjunto ou *Joint Committee of the European Supervisory Authorities*)⁷⁶; *v*) as autoridades nacionais competentes (ANCs ou *NCA*), que fazem a supervisão operacional e diária do respetivo sector⁷⁷.

O figurino inicial que assentava na regulamentação pela União Europeia e na supervisão pelas ANCs (“hub and spoke”) tende a ser substituído pelo movimento de devolução administrativa das competências de supervisão em

73 A arquitetura do sistema assenta fundamentalmente nos Regulamentos (UE) n.ºs 1092 a 1096/2010, de 15 de dezembro de 2010, que constam do JOCE L331, da Directiva *Omnibus* n.º 2010/78/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010 e das propostas de revisão pela *Omnibus II* – COM(2011)8 final. No que respeita às autoridades de supervisão microprudencial, os Regulamentos n.ºs 1093, 1094 e 1095/2010 contêm uma estrutura e um conjunto de normas de atribuição e de competências e procedimentos similares.

74 Regulamento (UE) n.º 1094/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, cria uma Autoridade Europeia de Supervisão (Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma).

75 Regulamento (UE) n.º 1095/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, que cria uma Autoridade Europeia de Supervisão (Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados).

76 Sendo um órgão sectorialmente misto coordenará e representará as diversas agências criadas pela União (ESMA, EBA e EIOPA), tendo em vista a adoção de posições comuns e troca de informação e coordenação, v.g. em matéria de conglomerado, auditoria, contabilidade e matérias de regulação horizontal (produtos financeiros de retalho, combate ao branqueamento de capitais, troca de informação, análises microprudenciais (arts. 54.º-56.º). Tem especiais competências para dirimir diferendos entre as diversas autoridades competentes (art. 20.º).

77 Wymeersch, 2007: 237.

corpos administrativos também da União – as agências europeias⁷⁸. Tendo cariz consultivo, ou de apoio estatístico ou técnico, são uma realidade de há muito, mas no domínio financeiro em 2010 foram criadas agências com poder de *decision-making* num claro mimetismo institucional com as entidades independentes nacionais⁷⁹. Consideradas agências de última geração (mas designadas de “autoridades”), atuam fora de relações de hierarquia, de tutela ou de superintendência e sem interferência na sua *policy*, autonomia ou gestão. No âmbito de uma organização internacional regional como a União Europeia traduzem uma forma institucional de administração reguladora “secundária” (porque fundada, em regra, em legislação comunitária derivada⁸⁰), singularmente constituída por membros que se encontram apartados simultaneamente dos Governos e da Comissão Europeia.

3. A AUTORIDADE EUROPEIA DOS VALORES MOBILIÁRIOS E DOS MERCADOS: UMA EXPERIÊNCIA DE INTERGOVERNAMENTALIZAÇÃO OU TRANSNACIONALIMO?

O movimento de regionalização da supervisão financeira não é uniforme; por ora, o centro de gravidade ainda se mantém ao nível nacional, mas existem diferenças de *empowerment* entre as diversas autoridades europeias de supervisão. No âmbito da *governance* regional a autoridade de regulação dos mercados de instrumentos financeiros (AEVVM ou *ESMA*) ganhou protagonismo e é considerada um paradigma da fase de *cooperação-convergência* administrativa de supervisão. Em rigor a sua *expertise* e o elevado prestígio decorreram em parte do trabalho desenvolvido pelo seu antecessor (CESR) em termos de *soft regulation*, consolidado com o impressionante *output* legislativo material pós-crise. Em parte do trabalho do CESR não faltava já um papel inovador – p.e. na coordenação de áreas não legisladas pela União como no caso do *clearing* e do *settlement* –, mas foram-lhe atribuídas mais e fortes competências de regulação e de supervisão.

A necessidade de convergência na supervisão ficou demonstrada quando apenas 5 das 27 jurisdições nacionais procederam ao cumprimento total das “Guidelines

78 Acerca deste movimento, Catarino, 2012:147-203.

79 Não existe uniformidade das realidades institucionais criadas na UE como organismos, agências, autoridades, correspondendo esta noção à de Hoffman & Morini, 2012.

80 Conforme informa Tridimas, 2010: 230; Hoffman, 2009: 482-505.

to Simplify the Notification Procedure of UCITS”, orientações que pretendiam afastar dessintonias no passaporte criado pela Diretiva UCITS em 1985⁸¹.

A ESMA é um protótipo do experimentalismo institucional, e em termos de cooperação-concertação e cooperação-convergência de supervisão⁸², no caminho da centralização⁸³. Como numa espécie de laboratório assiste-se a um movimento federalizante e de aprofundamento a que não faltou alguma oposição de algumas ANCs⁸⁴ e de Estados-Membros (o principal, o Reino Unido, deixou a União Europeia⁸⁵).

Dotada de personalidade e ampla capacidade jurídica, com autonomia administrativa e financeira⁸⁶, a ESMA responde perante o Parlamento Europeu e o Conselho (art. 3.º do *cit.* Regulamento (UE) n.º 1095/2010, de ora em diante Regulamento). A sua *governance* é complexa pois estatui-se a *independência* face aos Estados e à União⁸⁷ mas os membros dos seus órgãos principais são nacionais acentuando a sua génese *intergovernamental*⁸⁸: i) no Conselho de Supervisores (*Board of Supervisors* ou *BoS*) têm assento os Presidentes das autoridades nacionais competentes – únicos com direito de voto –, a par de representantes da Comissão Europeia, do BCE, do CERS, da EBA e da EIOPA, e ii) o Conselho de Administração (*Management* ou *administrative board*) agrega um Presidente e

81 Acerca da proeminência da ESMA face às demais ESAs, e sua relevância no âmbito internacional, Moloney, 2016a): 458.

82 No seu programa colocou com um dos vetores estratégicos 2016-2020, a convergência regulatória – ESMA, “Strategic Orientation 2016-2020”, ESMA/2015/935, de 2015.

83 Moloney, 2016: 316.

84 Na resposta ao *Green Paper* da Comissão sobre a criação do CMU, segundo o Bank of England “*We believe that the powers of the ESAs to ensure consistent supervision are sufficient, and that no new measures are required*”, in <https://www.bankofengland.co.uk/paper/2015/response-to-the-european-commission-green-paper-building-a-capital-markets-union>.

85 Assim, a House of Lords European Select Committee: “*The Five Presidents’ Report hints at the creation of a European Single Supervisor for capital markets, which would have ramifications for the UK and which we have previously opposed. However, the CMU Action Plan, presented by Commissioner Hill in 2015, did not mention this*” – 13th Report of Session 2015-16, ‘Whatever it takes’: the Five Presidents’ Report on completing Economic and Monetary Union, pp. 42-43.

86 As receitas, que quase triplicaram desde o seu nascimento, advêm do orçamento da União (inicialmente 40% agora pouco mais de 30%) e do orçamento das autoridades nacionais (inicialmente 60%, agora pouco mais de 42%), e agora também de regulados (cerca de 25%), estando sob controlo do Tribunal de Contas – arts. 1.º, 10.º, 15.º e 42.º do Regulamento.

87 Sobre o mimetismo com as norte-americanas *independent regulatory agencies*, Yatanagas, 2001..

88 Kingsbury & Krish, 2006; Thatcher, 2007: 347.

seis representantes dos Estados-Membros eleitos pelo *BoS* e um representante da Comissão Europeia; *iii*) a sua *policy* repousa em *Standing Committees* e *Task Forces* compostas por colaboradores das ANC; *iv*) a autonomia e independência dependem de receitas do orçamento da União e dos Estados e das entidades e atividades sob supervisão direta (a dependência total das ANC, ou do Orçamento da União ou dos regulados têm vantagens e desvantagens para a sua independência real)⁸⁹.

A sua *governance* é complexa pois as características de *independência* face aos Estados e à União conjugam-se em órgãos sociais dominados na sua maioria por representantes dos reguladores nacionais num eventual controlo *bottom-up*. Na realidade, afirmar ou não a sua natureza intergovernamental depende sobretudo da verificação *i*) das práticas assumidas, *ii*) da assiduidade, *iii*) da frequência das reuniões, *iv*) da *expertise*, da tecnicidade e do ativismo dos membros nas suas reuniões, *v*) dos recursos que cada Estado disponibiliza, *vi*) da origem dos representantes – é diferente se os membros dos órgãos vierem de departamentos ministeriais ou de agências independentes dos Governos nacionais *vii*) de os representantes da Comissão Europeia serem ativos e particularmente bem preparados, *viii*) da maior ou menor preponderância decisória dos Estados-Membros que mais apostem em termos de recursos e de disponibilidade.

A intergovernamentalidade pode também considerar-se afastada porque, em regra, são autoridades reguladoras nacionais são independentes e não os Governos através de representantes ou agentes ministeriais, quem tem “influência nacional” nos trabalhos europeus. Exceto quando estejamos perante períodos de crise financeira, de tensão nacionalista ou de questões políticas de extrema relevância para um Estado-Membro – como sucedeu em 2007-2008 e antes do Brexit, em que os Governos “tomaram as rédeas da regulação” –, não há “cadeia de comando” governamental sobre os representantes nacionais das ANC.

Este panorama não foi alterado pela recente revisão dos Regulamentos de base das Autoridades e do CERS pelo Regulamento (UE) n.º 2019/2175⁹⁰,

89 Cada autoridade tem um órgão de consulta composto por *stakeholders* do respetivo sector – o Grupo de Interessados do Sector dos Valores Mobiliários e dos Mercados (SMSG, art. 37.º do Regulamento), a par de um órgão misto independente e imparcial, denominado de Câmara de Recurso (*Board of Appeal*) que decidirá de forma vinculativa os recursos de decisões das novas Autoridades, num processo contraditório e participado (art. 60.º).

90 Cfr. Regulamento (UE) n.º 2019/2175 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de dezembro de 2019. No caso da ESMA, o Regulamento (UE) n.º 1095/2010 for a já alterado pela Diretiva n.º 2011/61/UE do Parla-

que de (forma tímida) mantém um caminho de supranacionalismo aproximando-as das instituições europeias.

A reforma legislativa do SESF pretendeu reforçar o papel, independência e a autoridade do Presidente do Conselho de Supervisores, com um maior recurso à delegação de competências v.g. na Vice-Presidência⁹¹, criando uma maior profissionalização e independência das Autoridades perante as autoridades nacionais v.g. no domínio orçamental (mas maior controlo e transparência v.g. perante o Parlamento Europeu – cfr. arts. 43.º-A, 49.º-A), com órgãos dotados de membros a tempo inteiro e agilização de procedimentos v.g. através de um aumento dos casos de votação por maioria simples e procedimentos escritos de deliberação (cfr. arts. 44.º, n.ºs 1 e 4 e 45.º-A), e uma maior participação e influência dos colaboradores das Autoridades e de grupos em instâncias preparatórias de regulação e supervisão (grupos de trabalho, comités, grupos de coordenação, arts. 39.º, 40.º, n.º 7, 41.º, 43.º, n.º 1, 45.º-B, 47.º).

Ao nível político a independência foi-se firmando também perante a Comissão, o Conselho e o Parlamento Europeu, apesar das naturais tensões decorrentes de estas instituições não abdicarem dos seus poderes v.g. de *rule-making* e de controlo político. São disso exemplo as divergências havidas entre a ESMA e a Comissão nos casos dos *cit.* regimes AIFMD e EMIR (nas propostas de criação dos atos delegados), mas também o Parlamento Europeu se mostrou cioso da sua participação no processo regulatório e no controlo desta nova administração europeia que entendeu muito colada à Comissão Europeia. A denominada “Balz Resolution” de janeiro de 2016 é um exemplo da pretensão de um maior controlo sobre a ESMA e que teria alguma resposta na revisão do seu Regulamento de base relativamente à transparência dos procedimentos internos e à intervenção do Parlamento Europeu numa fase mais precoce do procedimento de *decision* e de propostas de *rule-making*⁹².

mento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2011, e pela Diretiva n.º 2014/51/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 abril de 2014.

91 Cfr. Proposta alterada da Comissão de um Regulamento que altera o SESF, de 12 de setembro de 2018, COM(2018) 646 final.

92 Cfr a Resolução do Parlamento Europeu de 19 de janeiro de 2016, *Stocktaking and challenges of the EU Financial Services Regulation: impact and the way forward towards a more efficient and effective EU framework for Financial Regulation and a Capital Markets Union*.

Com efeito, os atores políticos da União manifestaram-se com especial vigor antes da alteração, em 2019, do sistema institucional europeu de supervisão financeira. O Parlamento Europeu, por exemplo, recomendou à ESMA e à Comissão que *i)* operassem sempre dentro dos limites fixados no Nível 1 dos atos normativos da União, na (profusa) regulação normativa de execução e de implementação⁹³, e *ii)* um menor ativismo regulatório através de Orientações e Recomendações – sobretudo quando as mesmas não resultam expressamente de um ato legislativo. Foi igualmente requerida uma maior certeza e clareza das normas que habilitem iniciativas da ESMA, uma maior consistência e coerência entre os atos legislativos de base e os atos delegados no respeito pelo *acordo entre os legisladores* e o *princípio da proporcionalidade*, e que ESMA e a Comissão Europeia operem estritamente dentro das suas atribuições e competências fixadas no Regulamento de base.

A revisão do SESF de 2019 daria corpo a algumas destas preocupações conforme resulta exposto no preâmbulo dos projetos e do Regulamento (UE) n.º 2019/2175, e nas alterações v.g. aos arts. 1.º, n.º 5, e 8.º, n.º 3. Também aí foi dada resposta às recomendações de que os projetos de normas técnicas de execução e de regulamentação fossem objeto de um procedimento mais transparente, nomeadamente porque o Parlamento Europeu pretendeu que os respetivos documentos fossem publicitados, com o estágio dos respetivos procedimentos, e disponibilizados pela própria Autoridade e não pela Comissão, com a antecedência necessária a uma efetiva participação e controlo⁹⁴.

O reforço da *governance* da ESMA sofreu ainda outras refrações típicas do que designámos por experimentalismo institucional. Dada a falta de uma relação formal de hierarquia ou de tutela com os demais órgãos constitucionais da União, e atento o seu *déficit* de legitimação, acentuou-se a “legitimação pelo procedimento” assegurada agora através de normas que reforçam o relacionamento da Autoridade com os consumidores e os investidores – para além dos poderes do Grupo de Interessados do Sector dos Valores

93 Se na DMIF II contámos cerca de 50 mandatos para atos delegados, na CRD IV e CRR existem mais de 100 atos de execução e de implementação, a que se acrescentam cerca de 40 da BRRD – a EBA emitiu no final de 2014 cerca de 93 *Technical Standards*, e durante o ano de 2014, cerca de 22 *Regulatory Technical Standards* e 10 *Implementing Technical Standards* – EBA Annual Report 2014.

94 Cfr. arts. 2.º, n.º 4, 8.º, n.º 1, *a-A)*, *k-A)*, e n.º 3, e o arts. 10.º, n.º 1 e 15.º, n.º 1 que obriga a Autoridade ao envio ao Parlamento Europeu e ao Conselho, concomitante ao envio à Comissão, dos “projetos de normas técnicas”.

Mobiliários e dos Mercados (art. 37.º). Este é aliás um dos LEIT MOTIV da reforma e do Plano de Ação da Comissão Europeia de 2020: a aposta na educação e literacia financeira e digital no âmbito do objetivo de proteção dos consumidores (arts. 9.º, n.º 1, alínea *a-B*), *c*) e *f*) e n.º 4), com a qual se visa:

- i*) o crescimento na UE da cultura de investimento em instrumentos financeiros e aceitação da sua natural volatilidade;
- ii*) a escolha pelos pequenos investidores de um financiamento futuro das suas pensões menos alicerçadas nos sistemas de pensões públicas;
- iii*) favorecer o investimento transfronteiriço e consequente movimento dos capitais para onde tenham maior retorno (existem mesmo produtos como os PEPP⁹⁵ que assentam nestas premissas de privatização do sistema de pensões, com a portabilidade pessoal do “seu” sistema de pensões, destinando-se ainda a fomentar a mobilidade dos trabalhadores entre diversos Estados-Membros v.g. na procura de trabalho – e assim fazendo face ao problema demográfico (real) de alguns dos Estados-Membros⁹⁶.

Prevê-se ainda uma participação alargada de pessoas singulares e coletivas nas atividades da ESMA, seja *i*) através da disponibilização de informação no respetivo sítio na internet (art. 8.º, n.º 1, *k-A*), seja *ii*) através de um diálogo regulatório decorrente de Perguntas & Respostas (art.16.º-B), seja ainda *iii*) pelas consultas públicas alargadas (art. 8.º, n.º 3) ou *iv*) por um “direito de queixa” de pessoas singulares e coletivas contra autoridades de supervisão dos Estados-Membros por violação do direito da União (art. 9.º, n.º 2).

Esta proximidade aos consumidores/investidores, na sua proteção e no diálogo regulatório (seja através da participação no procedimento, seja no direito de queixa ou de denúncia), ultrapassando as relações diretas que se estavam a estabelecer com agentes económicos como as empresas financeiras e as estruturas de mercado, é também um claro *upgrade* para o transnacionalismo. Ao mesmo tempo, se a natureza das ANC's cujos representantes a compõem as afasta da pretensão da

95 Regulamento (UE) n.º 2019/1238 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, relativo a um Produto Individual de Reforma Pan Europeu (*Pan-European Personal Pension Products* – “PEPP”).

96 Allen & Lubos, 2019:17.

influência dos Governos e se não se deixa capturar pela Comissão Europeia, pode ser afirmado que a ESMA não é apenas um “clube” de supervisores nacionais⁹⁷.

4. A CAPACIDADE DECISÓRIA TRANSNACIONAL NA *COOPERAÇÃO-CONCERTAÇÃO*

A atribuição de alguns poderes de decisão concretos no domínio dos mercados dos valores mobiliários, para além da recolha e tratamento de informação⁹⁸ e da promoção da coerência regulatória permite promover uma cultura e coerência de supervisão.

Detém poderes de iniciativa normativa no setor que regula, pois lhe cabe decidir elaborar e propor os projetos de “normas técnicas de regulamentação” e de “normas técnicas de execução” que ela própria irá aplicar; irá proferir sobre eles Orientações e Recomendações quase-vinculativas para as autoridades nacionais ou aos intervenientes no mercado (arts. 10.º, 15.º e 16.º); avaliará do seu cumprimento (arts. 17.º e 30.º); pode dirigir-se às autoridades nacionais relevantes para que adotem as medidas que considere necessárias; em caso de inação ou recusa de acatamento pode dirigir-se aos intervenientes nos mercados financeiros para adoção de medidas concretas consideradas necessárias – seja porque entende violada ou não aplicada a legislação da União (art. 17.º), seja por uma sua decisão arbitral (art. 19.º), ou numa instrução de coordenação ou decisão proferida em situação *de emergência* (art. 18.º)⁹⁹. A ESMA tem consciência de que esta transferência vertical de poderes traduz uma forte pressão sobre os Estados e contém um enorme risco jurídico e político pelo que a aplicação de alguns destes poderes tem sido parcimoniosa e supletiva.

97 Ferran, 2014.

98 A detenção de informação – e de boa e completa informação – mantém-se ainda como uma das melhores “armas” da supervisão dos mercados, e por isso se assiste à detenção de vastos *poderes de obtenção e centralização de informação* (art. 8.º, n.º 2 Regulamento). A informação pode ser obtida mediante pedido ou troca com autoridades nacionais, com intervenientes no mercado ou terceiros ao exercício profissional da atividade regulada, mantendo-se os tradicionais *poderes de cooperação*, v.g. com autoridades de Estados terceiros à União e mesmo com organizações internacionais (v.g. através de MoUs de troca de informação, art. 35.º).

99 Numa “situação de emergência”, as medidas podem ser suscitadas junto do Conselho que, em consulta com a Comissão e o ESRB, determina se a ESMA dirige a injunção a uma ou mais entidades nacionais (art. 18.º). Se os reguladores a não cumprirem, e dentro das *Framework directives* que regem os reguladores nacionais (art. 1.º, n.º 2), dirige aos intervenientes no mercado uma decisão individual para tomar as medidas *necessárias*.

Em breve nota, cumpre salientar que as soluções vertidas no processo legislativo podem depender do equilíbrio de forças entre a Comissão e os Estados-Membros através dos seus representantes, parecendo certo que a recetividade à implementação indireta da *policy* da União é mais fácil perante Estados fracos ou menos preparados tecnicamente ou em que os representantes nacionais pertencem a ANC's altamente independentes e especializadas. Igualmente essencial na convergência da supervisão é a tarefa administrativa de orientação e interpretação da legislação primária a União, típica da atividade do CESR no Nível 3 do processo comitológico (*supra*). Para atingir uma aplicação comum (e a convergência na supervisão) existe um relacionamento com as ANC's e os intervenientes nos mercados (de que o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão não ficam à margem¹⁰⁰), em que a Autoridade tem de orientar ou convidar à adoção de uma conduta positiva ou negativa (através *Orientações e Recomendações*, art. 16.º). As ANC's e os intervenientes de mercado têm o dever de desenvolver “todos os esforços para dar cumprimento a orientações e recomendações”- e não se pede os “melhores esforços” mas o cumprimento de um dever (art. 16.º, n.º 2).

Tal como sucede com a política de divulgação de Perguntas e Respostas (FAQ ou Q&A) sobre a legislação europeia, os princípios de harmonização máxima por Diretivas e a posterior aposta na regulação por Regulamentos não são por si só garantia de uma interpretação e aplicação uniformes do direito da União – ademais, os atuais Regulamentos tendem a aproximar-se das Diretivas, dependendo demasiado de normas nacionais ou europeias de implementação... No entanto, não podem criar direito pois apenas se visa “definir práticas de supervisão coerentes” ou “garantir uma aplicação comum, uniforme e coerente do direito da União”, art. 16.º, n.º 1.

A arquitetura do SESF está funcionalmente orientada para a concertação mas a recente legislação tende a afastar-se da concertação entre atores administrativos nacionais e europeus e a aproximar-se da convergência necessária. Com efeito, a aplicação do novo normativo europeu mostra um caminho de “soberania administrativa” da União visível nos poderes de concentração de poderes e na atribuição de competências de âmbito regional como a de proibir ou restringir temporariamente práticas ou atividades financeiras (p.e. quando entenda que ameaçam o funcionamento ordenado, a integridade dos

100 As instituições constitucionais da União são informadas no Relatório anual da Autoridade de atividades dos instrumentos quase-normativos formulados com especificação das ANC's que lhes não deram cumprimento ou sequência, arts. 17.º, n.º 4 e 43.º, n.º 5.

mercados ou a estabilidade de parte ou da totalidade do sistema financeiro da UE, art. 9.º, n.º 5).

4.1. Procedimento de concertação: os Colégios de Autoridades de Supervisão e as Avaliações entre Pares

Os Colégios de Autoridades de Supervisão são estruturas flexíveis de cooperação entre supervisores nacionais que visam promover e monitorizar a aplicação coerente do direito da União e permitir a convergência nas melhores práticas de supervisão. Historicamente criados no domínio dos grupos bancário e segurador (após as falhas verificadas nos casos do BCCI, do banco Ambrosiano ou Fortis) a vantagem da sua consagração em termos de diálogo regulatório e coordenação internacional não necessita demonstração. Ademais, permitem a monitorização de empresas transnacionais ou de grupos presentes em diferentes jurisdições, consolidando a supervisão numa base *ongoing* e permitindo compreender o seu risco global.

A ESMA tem um papel de liderança relativamente às instituições que desenvolvem atividades transfronteiriças e nas relações de cooperação *entre e com* as ANCs (o seu *staff* pode participar em inspeções *on site* conjuntas sendo dotados de todos os poderes detidos pelas ANCs (art. 21.º). Mas os Colégios têm muitas outras finalidades e incluem realizar (iniciar e coordenar) testes de esforço (*stress tests*) nomeadamente para avaliar a resistência a riscos sistémicos, podendo dirigir recomendações às ANCs para realizar inspeções, realizar avaliações específicas, emitir Orientações e Recomendações para promover essa convergência e/ou a adoção de boas (ou melhores) práticas.

Este mecanismo de cooperação administrativa reforçada visa sobretudo atividades com grande escala e risco sistémico ou grupos transnacionais numa supervisão em que participam vários reguladores – um exemplo de Colégios pode ser visto no âmbito do Regulamento (UE) n.º 648/2012, relativo aos derivados do mercado de balcão¹⁰¹, às contrapartes centrais e aos repositórios de transações. Vulgarmente

101 Bank of England, 1995, *Report of the Board of Banking Supervision Inquiry into the Circumstances of the Collapse of Barings*, HMSO Centre, Londres, <http://bankofengland.co.uk/publications/annualreport/index.htm/>. Esta é uma das áreas em que a regulação privada funciona melhor que a estadual e onde o risco é particularmente grande... Com uma noção jurídica que caracteriza o derivado como instrumento financeiro de raiz contratual e natureza abstrata sobre um ativo subjacente, dependentes de um prazo e de um risco acrescido, eles têm uma função económica de cobertura de risco (*hedging*), além de especulativa e de arbitragem que os torna explosivos quanto a efeitos de risco sistémico e de contágio. Paradoxalmente esta é uma das áreas em que a regulação privada funciona melhor que a estadual e onde o risco é particularmente grande – vd Board, 2000; 156. Sobre tais instrumentos financeiros em geral, Caballero, 2000.

conhecido pelo acrónimo inglês EMIR, de *European Market Infrastructure Regulation* (arts. 19.º-21.º¹⁰²), prende-se com a supervisão das contrapartes centrais (CCPs), uma atividade com claro risco sistémico¹⁰³, participando em todos os Colégios que são regulados por um Protocolo – o que nem sempre tem evitado algumas dificuldades de coordenação interna¹⁰⁴.

Outro meio de concertação são as denominadas Avaliações entre Pares (*peer review*) ou avaliações de ANC's, que incidem sobre algumas ou todas as suas atividades ou de algumas matérias e podem visar igualmente objetivos comparativos, v.g. entre a *governance* ou a atuação de uma ou mais ANC's. Sendo bem aceites pelos Estados-Membros, podem dar origem a Recomendações ou Orientações, sendo publicitados os resultados desde que exista consentimento da ANC visada (arts. 8.º, n.º 1, als. *b*) e *e*) e 30.º)¹⁰⁵.

Têm a sua génese nas práticas do *Financial Stability Board* (FSB) e avaliações (*assessments*) levadas a cabo rotineiramente pelo Grupo Banco Mundial/FMI no âmbito regulatório, de supervisão, *enforcement* e sanção. A ESMA deve levar a cabo estas avaliações periódicas das ANC's, decididas pelo *BoS* de forma “ad-hoc” ou segundo um Plano¹⁰⁶, de acordo com Protocolos e Metodologias previamente fixadas, sendo um dos fins aferir da convergência já existente em matéria de práticas de supervisão e da sua consistência e promovê-la (arts. 29.º e 30.º), mas também avaliar o cumprimento de regras e princípios normativos e para-normativos da UE e das boas práticas, avaliando a capacidade de reposta e a *governance* e os

102 Regulamento (UE) n.º 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012, relativo aos derivados do mercado de balcão, às contrapartes centrais e aos repositórios de transações.

103 Comissão Europeia, “Roadmap, Framework for Resolution of non-bank Financial Institutions”, abril 2015.

104 ESMA, “ESMA Review of CCP Colleges under EMIR”, ESMA/2015/20 (2015). Moloney, 2016: 376.

105 Os relatórios finais são objeto de apreciação pelo *Supervisory Convergence Standing Committee*, antes de, com eventuais comentários ou recomendações deste último, ser apresentado ao *BoS*, e implicam (i) a verificação de cumprimento da legislação, sua violação ou não aplicação (*incorrect or insufficient application*) pelos Estados, num primeiro estágio de investigação, podendo concluir por uma “Orientação” ou uma “Recomendação” (após audição da autoridade), arts. 30.º, n.º 3 e 16.º, n.º 3. Se a recomendação não for acatada, (ii) nos termos gerais de incumprimento legal a Comissão pode emitir um *parecer formal* (*formal opinion*), sob orientação da ESMA, contendo as medidas consideradas necessárias para assegurar o cumprimento da regulação.

106 Seguem uma metodologia própria, aprovada em 2013 – *ESMA Peer Review Methodology*, ESMA/2013/1709 -, e substituída em 2018 – ESMA 42-111-4661, de 20 de julho de 2018. Existe um *Standing Committee*, o *Supervisory Convergence Standing Committee* que atua de acordo com os Protocolos e Metodologias da ESMA sobre esta matéria, em vias de alteração.

recursos internos das ANC¹⁰⁷. Existe um dever de cooperação no procedimento que é regido pela boa-fé e participação da ANC¹⁰⁸.

4.2. Procedimentos de concertação-convergência: o regime de *short-selling* e produtos financeiros especialmente complexos.

O Regulamento (UE) n.º 1095/2010 prevê a possibilidade de a ESMA tomar decisões concretas dirigidas às ANC¹⁰⁹ ou agentes de um mercado (arts. 8.º e 9.º), entre as quais a de “*proibir ou restringir temporariamente determinadas atividades financeiras que ameacem o funcionamento ordenado e a integridade dos mercados financeiros ou a estabilidade da totalidade ou de parte do sistema financeiro da União*”, conforme as competências previstas nos atos legislativos do art. 1.º, n.º 2, ou em casos de urgência previstos no art. 18.º, devendo tais decisões ser revistas pelo menos a intervalos de 3 meses (art. 9.º, n.º 5).

Este procedimento ganhou notoriedade com as denominadas operações de *short-selling* ou de vendas a descoberto e o seu impacto sobre os preços de mercado¹⁰⁹. O Regulamento (UE) n.º 236/2012¹¹⁰ estatui no seu art. 28.º que a ESMA pode tomar medidas excecionais preceptivas ou proibitivas relativamente a pessoas singulares e coletivas, sobre determinadas vendas a descoberto, em casos excecionais, superando medidas já tomadas pelos Estados-Membros se as considerar inadequadas, e esteja em causa ameaça para o correto funcionamento e a integridade dos mercados financeiros ou para a estabilidade da totalidade ou de parte do sistema financeiro da União, tendo o caso concreto implicações transfronteiriças.

Existindo o dever de agir sobre o mercado e seus intervenientes existe uma concertação necessária entre as ANC¹¹⁰ e a ESMA pois àquelas compete obter e prestar informação sobre posições curtas e tomar as medidas excecionais necessárias, em eventual concertação, podendo impor a proibição ou

107 Estes *peer reviews* deveriam não só focar-se nas práticas ou regras de supervisão mas em temas estruturais como dos recursos das ANC¹⁰⁷, seus mecanismos de governação, regulação competitiva (*race to the bottom*) e sobretudo a sua independência face à política e aos partidos políticos tal como face aos regulados – a sensibilidade e delicadeza do tema tem-no afastado das atividades de avaliação sobretudo quando a orgânica interna da ESMA repousa na intergovernamentalidade (cfr. art. 30.º, n.º 3, al *d*)).

108 No caso de visitas *on-site* as mesmas serão previamente anunciadas, a par do seu objeto e finalidades, com os tópicos de discussão e uma agenda – tal como sucede na preparação das inspeções, usualmente é solicitada informação e documentação prévia à visita. É expectável que as visitas *on-site* não durem mais de três dias, e que a ANC coopere na prestação de informação e envio dos documentos relevantes solicitados pela equipa da ESMA.

109 Acerca do *Short Selling* na Europa e nos EUA, Howell, 2016: 333.

110 Regulamento (UE) n.º 263/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de março de 2012.

restrição a intervenientes no mercado em diálogo entre si e com a ESMA (arts. 18.º-23.º do Regulamento (UE) n.º 236/2012).

Na maioria dos casos a ESMA tem concordado com as decisões de proibição dos Estados-Membros¹¹¹. Em janeiro de 2016 a ESMA foi mais longe no exercício dos seus poderes e publicaria uma opinião detalhada opondo-se à extensão de medidas de emergência do regulador grego proibindo o *short-selling* sobre as ações de uma instituição financeira grega (Attica Bank S.A.). O regulador grego não a aceitou – estaríamos possivelmente perante uma refração do ambiente criado entre as instituições União e o Estado grego no âmbito de uma controvertida intervenção de auxílio financeiro estatal¹¹².

Também neste âmbito é importante salientar que o Reino Unido pretendeu a anulação da norma vertida no art. 28.º do Regulamento *inter alia* por alegada violação da doutrina fixada nos casos judiciais Meroni e Romano¹¹³: a latitude dos poderes conferidos à ESMA leva a decisões extremamente subjetivas, amplamente discricionárias, com implicações muito significativas em matéria de política económica e financeira traduzindo uma delegação legislativa¹¹⁴. O TJUE discordou de tais alegações numa decisão de critérios tão difusos¹¹⁵ que cremos que só em futuros casos concretos que venham a ser dirimidos pelo TJUE serão testadas a legitimidade destas medidas, v.g. face à doutrina Meroni¹¹⁶.

111 Cfr o parecer sobre a proibição espanhola de 2012, *ESMA Opinion on emergency measure by Spanish CNMV under Section 1 of Chapter V of Regulation No. 236/2012 on short-selling and certain aspects of credit default swaps*, na aplicação do art. 27.º, in <https://www.esma.europa.eu/document/esma-opinion-emergency-measure-spanish-cnmv-under-section-1-chapter-v-regulation-no-2362012>.

112 Cfr ESMA, *Opinion on Greek emergency measures* (ESMA/2016/28), in <https://www.esma.europa.eu/document/emergency-measure-greek-hcmc-under-section-1-chapter-v-regulation-eu-no-2362012-short>, p. 6. Concordando agora com as autoridades gregas, vd a longa justificação da ESMA na sua *Opinion on emergency measure by the Greek HCMC under the Short Selling Regulation*, in <https://www.esma.europa.eu/document/esma-opinion-emergency-measure-greek-hcmc-under-short-selling-regulation-0>.

113 Respetivamente, Procs. C-9/56 e 10/56, *Meroni & Co, Industrie Metallurgiche SpA vs Alta Autoridade da CECA* (Meroni), ECLI:EU:C:1958:7, e Proc. C-98/90, *Giuseppe Romano v. Institut National d'Assurance Maladie-Invalidité* (Romano), ECLI:EU:C:1981:104.

114 Para uma análise do caso, i.a., Nicolaides & Preziosi, 2014; Catarino, 2020.

115 No proc. C-270/12, *Reino Unido vs Parlamento Europeu e Conselho* o Tribunal decidiria que a norma não contém qualquer poder discricionário de orientação política, sendo de execução técnica, objetiva e vinculada. Para uma análise do Acórdão e dos impactos e limites políticos e legais no caminho da centralização regulatória europeia, Catarino, 2020: 311.

116 Os arts. 26.º-27.º do Regulamento (UE) n.º 236/2012 preveem que as ANC's têm de justificar a não adoção do parecer da ESMA perante medidas que pretendem tomar, podendo a ESMA tomar uma decisão superior com base no referido art. 28.º.

O procedimento decisório encontra paralelo em outros casos como na possibilidade de proibir a comercialização, a distribuição ou a venda de determinados instrumentos financeiros, ou outras atividades ou práticas financeiras (art. 40.º do Regulamento n.º 600/2014) e no que respeita aos limites das posições e ao controlo de gestão de posições em derivados de mercadorias negociados em plataformas de negociação (art. 57.º da Diretiva n.º 2014/65/UE ou DMIF II). Em todos os casos se prevê um diálogo regulatório similar ao previsto na legislação relativa ao *short-selling* tendo em vista a concertação de posições das autoridades face às medidas necessárias e adequadas e a tomada de decisão da ESMA em substituição da ANC.

4.3. Centralização da supervisão nas autoridades europeias: as Sociedades de Notação de Risco (*rating*) e os Repositórios de Transações

O movimento de centralização administrativa ou “europeização” é real, como resulta p.e. da centralização de atribuições e competências de regulação e supervisão na ESMA da atividade de notação de risco (*rating*) e das sociedades de notação de risco (Regulamento (CE) n.º 1060/2009)¹¹⁷.

A atribuição “ad-hoc” de competências à ESMA continuou estendendo-se também aos Repositórios de Transações (*Trade Repositories* ou TRs) e às pessoas nestes envolvidos são pessoas coletivas que recolhem e conservam centralmente dados respeitantes a derivados¹¹⁸. Como consequência da falta de transparência havida nas transações de derivados em mercado de balcão (OTC), antes e durante a crise financeira, a coordenação da informação prestada pelas contrapartes financeiras e não financeiras no mercado de contratos de derivados seria objeto de concentração através da criação da denominada *European Market Infrastructure Regulation*. A ESMA procede ao seu registo e após esta função de supervisão inicial exerce funções de supervisão contínua, de *enforcement* e sanção, e recebe taxas de supervisão (*cf.* Título VI do Regulamento n.º 648/2012).

117 Regulamento (CE) n.º 1060/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de setembro de 2009 (alterado pelo Regulamento (UE) n.º 462/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2013 e Regulamento n.º 513/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2011).

118 Cfr. Regulamento (UE) n.º 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 julho de 2012, relativo aos derivados do mercado de balcão, às contrapartes centrais e aos repositórios de transações, e o Regulamento Delegado (UE) n.º 667/2014 da Comissão de 13 de março de 2014, que complementa o Regulamento (UE) n.º 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho no que se refere às regras processuais aplicáveis às coimas impostas aos repositórios de transações pela Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados, incluindo as regras relativas ao direito de defesa e as disposições relativas à aplicação no tempo.

Este movimento de centralização teve a sua janela de oportunidade com a crise de 2007-8. No caso das sociedades de *rating* devido à essencialidade do seu papel nos mercados, ao largo espectro de fidedignidade relativa às suas avaliações sobre emissões de dívida pública e privada, de produtos e de emissores, e ao papel que tiveram na crise... Foi comumente perceptível o conflito de interesses inerente à sua atividade e de que houve pré-juízos e enviesamentos de avaliação e classificação de risco. Também a florescente indústria dos contratos de derivados, celebrados entre entidades não financeiras e entidades financeiras, e entre si, não sendo negociados em plataformas de negociação (mas no denominado mercado de balcão ou OTC), pela sua dimensão, falta de informação e opacidade, criaram um risco global a que os Estados reagiram – na União Europeia desde 2012 foi criada regulação sobre contratos de derivados do mercado de balcão, contrapartes centrais e repositórios de transações tal como sucederia nos EUA com o Dodd-Frank Act -, padronizando, submetendo-se a negociação em plataformas de negociação, a liquidação e compensação e mitigação de riscos sua supervisão pública.

A inovação financeira e a construção da União do Mercado de Capitais trará muitos outros casos de centralização da supervisão como no domínio dos novos modelos *FinTech* (caso do *crowdfunding*), das *Central Clearing Houses*, da regulação *benchmarks*, do registo, supervisão e sanção de prestadores de serviços de comunicação de dados pelos *data reporting services providers*¹¹⁹.

5. CONCLUSÕES: ENTRE O CENTRALISMO E A INSULARIDADE

O lançamento do projeto de uma União dos Mercados de Capitais (UMC ou acrónimo inglês de *CMU*, de *Capital Markets Union*¹²⁰), enquanto acelerador da integração dos mercados de capitais¹²¹, terá necessárias implicações na atual estrutura institucional de supervisão¹²². O Relatório sobre o funcionamento

119 Moloney, 2016: 316. Sobre a União do Mercado de Capitais, o nosso artigo a publicar nos *Cadernos dos Valores Mobiliários*, obra coletiva, em abril de 2021.

120 Acerca da criação da União do Mercado de Capitais, o Livro Verde da Comissão Europeia para a “Construção de uma União dos Mercados de Capitais”, e a Resolução do Parlamento Europeu de 9 de julho de 2015, sobre a construção de uma União dos Mercados de Capitais.

121 O Relatório com orientações do Parlamento Europeu sobre balanço e desafios da regulamentação da UE em matéria de serviços financeiros: impacto e a via a seguir rumo a um quadro mais eficiente e eficaz da UE para a regulamentação financeira e uma União dos Mercados de Capitais de 9 de dezembro de 2015.

122 Já em 8 de agosto de 2014 a Comissão Europeia tinha apresentado um Relatório sobre a avaliação do funcionamento das ESAs e do SESF.

das Autoridades e do SESF já exortava a Comissão, em 2015¹²³, a completar até 2018 uma análise dos mercados de capitais, elencar os obstáculos e as propostas legislativas e não legislativas necessárias, alertando para o facto de a legislação não ser sempre a resposta adequada para os desafios existentes no mercado europeu¹²⁴.

Em 8 de junho de 2017 a Comissão apresentaria uma proposta de revisão do CMU atualizando e completando a Agenda inicial¹²⁵. O Conselho também convidou a Comissão a levar por diante o Plano de Ação para a União dos Mercados de Capitais até 2019¹²⁶, que em 20 de setembro de 2017 apresentou o programa “Reforçar a supervisão integrada para consolidar a União dos Mercados de Capitais e a integração financeira num ambiente em evolução”¹²⁷.

As principais linhas de força da proposta da Comissão Europeia para revisão SESF¹²⁸ passam pelo reforço da supervisão com maior integração e convergência de supervisão micro e macro prudencial – com atenção ao equilíbrio de poderes entre ANC e o sistema europeu de supervisão assente no *princípio da subsidiariedade* e à existência de diferentes mercados, de pequenas empresas e pequenos operadores, seguindo o *princípio da proporcionalidade*.

É possível traçar um paralelo com a integração da União Bancária e o MUS, “rumo a um supervisor único”¹²⁹. Por ora, temos a experiência de um sistema administrativo de supervisão financeira multinível, que faz a conexão

123 Resolução do Parlamento Europeu de 9 de julho de 2015, sobre a construção de uma União dos Mercados de Capitais.

124 Sem prejuízo dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, o PE salientou a necessidade de que “qualquer legislação adicional, incluindo os atos delegados e de execução, seja objeto de uma avaliação de impacto e uma análise de custo benefício” (ponto 69. da Resolução de 9 de julho de 2015).

125 Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, de 8 de junho de 2017.

126 Cfr Comunicado de 11 de julho de 2017 relativo à Comunicação da Comissão sobre a revisão intercalar do Plano de Ação para a União dos Mercados de Capitais.

127 Cfr. a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, “Reforçar a supervisão integrada para consolidar a União dos Mercados de Capitais e a integração financeira num ambiente em evolução”, de 20 de setembro de 2017.

128 O Comunicado da Comissão Europeia de 20 de setembro de 2017 e instrumentos e propostas de reforço podem ser consultadas em https://ec.europa.eu/info/publications/170920-esas-review_en

129 Este era já apontado no relatório dos 5 presidentes, de junho de 2015, o *Five Presidents’ Completing Europe’s Economic and Monetary Union*. É expressamente prosseguido no *Reflection Paper on the Deepening of the Economic and Monetary Union* de 31 de maio de 2017.

entre diferentes níveis da administração nacional, descentralizada, e da administração europeia, no caminho da centralização¹³⁰.

Mantém-se no entanto, desde o Acórdão Romano, uma objeção que o Tratado de Lisboa não tratou como fez com a sindicabilidade judicial de todos os atos jurídicos: a implementação ou execução de medidas compete aos Estados-Membros e à Comissão (e ao Conselho em casos especiais), o que ainda deixa as agências fora da equação¹³¹. E existe um obstáculo que o recente Acórdão do TJUE *short-selling* ainda não conseguiu ultrapassar, e que decorre de uma lacuna constitucional: as novas Autoridades não encontram previsão nos Tratados, nem nestes se previu a possibilidade de o Poder Legislativo delegar poderes de execução diretamente a organismos que não as instituições elencadas nos Tratados.

Pese embora a dificuldade de criação de uma administração europeia de segundo nível, o regime assenta num sistema despolitizado, de forças centrífugas; as autoridades nacionais servem a administração de origem e a administração europeia, o que é facilitado porque as estruturas administrativas nacionais atuais emanciparam-se dos departamentos governamentais assumindo a natureza de autoridades administrativas independentes. Este movimento administrativo nacional de devolução de competências foi incentivado por via da própria legislação europeia que impõe autoridades independentes reguladoras v.g. nos setores financeiros. Impõem também um *toolkit* de poderes nacionais similares – poderes de que os departamentos governamentais não dispõem –, como meio para a cooperação e convergência da supervisão transnacional. A Comissão Europeia não dispõe de agências reguladoras estacionadas nos territórios da União pelo que a sua exigência de harmonização institucional das administrações nacionais é também um meio de harmonização e de implementação junto dos Estados-Membros – o que faz o sistema administrativo híbrido.

Veremos no futuro se um crescente funcionamento centralizado de supervisão *top-down* ou “em cascata” da administração europeia face às administrações e mercados nacionais (as atuais forças centrífugas), mesmo que intergovernamentalizado, implicarão o fim do pluralismo administrativo – dado ser legalmente difícil uma reorganização administrativa pelos Estados face às imposições da legislação europeia.

130 Dubey, 2002: 98.

131 Chamon, 2011: 1065 e 1074.

A par deste “dilema de coordenação administrativa”, existem ainda obstáculos nacionais a uma *governance* de centralização da supervisão na UE de génese histórica, cultural, económica e jurídica. Paradoxalmente, a crise de 2007 aprofundou estes constrangimentos e diminuiu o grau de integração porque se assistiu à tomada de medidas nacionais esparsas (*chacun pour soi*) e ao retorno à preferência nacional. Este movimento foi facilitado pelas preferências históricas por empresas nacionais, financiamento e colocação nacionais, regime próprios de pensões, de regulação (não regulamentação!) própria na aplicação das regras prudenciais, de governo das sociedades, dos sistemas fiscais.

O TJUE tem vindo a aceitar a criação desta administração pública europeia de segundo nível com uma jurisprudência “evolucionária”¹³², apesar de existirem “pés de barro” no que respeita ao equilíbrio interinstitucional de poderes vertido do TFUE, ou a matérias de legitimação, de princípios de subsidiariedade ou de proporcionalidade.

Na realidade, o princípio da subsidiariedade pode também ser esgrimido a favor da centralização mediante através de argumentos de necessidade decorrentes da escala inerente a um mercado global e das consequentes externalidades transfronteiras. Também ganha relevo o princípio da proporcionalidade face à dimensão que atinja a União dos mercados de capitais; a centralização previne o risco sistémico ou de instabilidade que poderá decorrer de uma supervisão nacional que será ineficiente porque fragmentada.

Com a “europeização” (das competências de supervisão nestas agências europeia de última geração o controlo político dos Estados-Membros sobre os respetivos setores diminui, mas na mesma proporção que o controlo político das instituições da União sobre a atividade das suas agências administrativas. Por um lado porque a nível nacional a devolução de competência há muito foi feita a autoridades administrativas independentes de regulação setorial; por outro, porque também na União Europeia os novos agentes (“autoridades”) são dotados de autonomia e de poderes decisórios próprios ... apesar de serem compostos por representantes nacionais eles são independentes da administração estadual nacional. As Autoridades poderão assim ter de servir dois Executivos – o nacional e a Comissão -, o que têm de conciliar através da cooperação ou da convergência, dependendo da força política e económica de cada Governo ou das questões políticas ou económicas que

132 Cfr. proc. C-270/12, *Reino Unido da Grã Bretanha e da Irlanda do Norte contra Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia (ESMA Short-Selling)*, ECLI:EU:C:2014:18.

estes considerem essenciais face aos respetivos mercados e à Comissão. Por isso dissemos que o processo em curso é feito por tentativas e experimentação e que esta flexibilidade é favorável à integração da União. Mas até uma reforma institucional similar à ocorrida na União Bancária em 2014 é difícil defender que o Mercado de Capitais seja verdadeiramente Único.

É certo que o experimentalismo na União poderá favorecer uma maior recetividade à implementação indireta da *policy* da União; nomeadamente perante Estados fracos ou menos preparados tecnicamente, ou perante representantes nacionais pertencentes a autoridades altamente independentes e especializadas em cujas mãos os Governos deferiram o controlo de determinados setores económicos. Neste último caso, os membros nacionais tenderão a assumir-se também como parte da administração europeia e ultrapassarão facilmente a tentação de uma divisão de tarefas de supervisão entre os maiores agentes ou mercados da União e obviarão à criação de uma espécie de *Champions League* onde não entra a supervisão nacional. Mas mantém-se real o risco de, sem uma governance “top-down”, não se conseguir obviar a uma divisão do âmbito da supervisão europeia – e esta também poderá ser uma *regulatory failure* com resultados (im)previsíveis: *i)* incentivando “políticas de campeões nacionais”, que aplicadas à escala da União recriam de novo o problema *too big to fail*; o que *ii)* acentuaria a tendência de uma Europa a várias velocidades, que pode quebrar a integração e a homogeneidade dos mercados de capitais; que, por sua vez, *iii)* dificulte a defesa dos investidores nacionais e a transparência dos serviços e a equidade dos mercados transnacionais e *iv)* não promove uma sã concorrência entre agentes e mercados, prejudicando a inovação financeira, tanto mais que *v)* mesmo a existência de regras harmonizadas não obvia a interpretações regulatória nacionais criadoras de tendências de “race to the bottom” ou de entrincheirar mercados.

BIBLIOGRAFIA

ALLEN, Franklin & PÁSTOR, Lubos

- 2019 “Capital Markets Union: Key Challenges”, in Allen, Franklin *et al.* (coord.), *Capital Markets Union and Beyond*, Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 3-25

- BIGNAMI, Francesca
1999 “The Democratic Deficit in European Community Rulemaking: A Call for Notice and Comment in Comitology”, in *Harvard International Law Review*, 40, 451-515
- BLANCO de MORAIS, Carlos
2001 “As Autoridades Administrativas Independentes na Ordem Jurídica Portuguesa”, in *ROA*, 61, n.º1, 101-154
- BOARD, John
2000 “The Economic Consequences of Derivatives”, in AAVV, *Modern Financial Techniques – Derivatives and the Law*, Londres: Kluwer, pp. 156 ss
- BOCCUZZI, Giuseppe
2016 *The European Banking Union – Supervision and Resolution*, Londres: Palgrave Macmillan
- BURCA, Grainne De, KEOHNE, Robert & SABEL, Charles
2014 “Global Experimentalist Governance”, in *British Journal of Political Science*, n.º 44(3), 477-486. acessível em <http://www.jstor.org/stable/43821630> [consultado em: 10.08.2019]
- CABALLERO, Sanz
2000 *Derivados Financieros*, Madrid: Marcial Pons
- CÂMARA, Paulo
2017 *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 3ª ed., Coimbra: Almedina
- CATARINO, Luís Guilherme
2010 *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros – Limites ao Governo e Jurisdição das Autoridades Independentes*, Coimbra: Almedina
- 2012 “A agencificação da regulação financeira da União Europeia: Novo meio de regulação?”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano II, n.º 9, 147-203
- 2014 “O novo regime da Administração Independente: Quis Custodiet Ipsos Custodes?”, in *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano V, n.º 17, 171-237
- 2019 “Os segredos da Administração: o segredo de supervisão e de sanção”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano X, n.º 38, pp. 31-83
- 2020 “Limites legais e políticos à nova administração europeia dos valores mobiliários”, obra coletiva, coord. Amado Gomes, Carla, *Garantia de Direitos e Regulação: Perspetivas de Direito Administrativo*, Lisboa: AAFDL
- 2021 “União do Mercado de Capitais e convergência na supervisão europeia: tensões e dificuldades vertidas no caso *ESMA-short selling*”, obra coletiva, *Cadernos dos Valores Mobiliários* Lisboa, CMVM, no prelo

CATARINO, Luís Guilherme & PEIXE, Manuela

2014 “A nova regulamentação dos mercados financeiros – um Tsunami regulatório?”, Partes I e II, in AAVV, *Direito dos Valores Mobiliários*, vol. XIV, Lisboa, (disponível *on line* no website do Instituto dos Valores Mobiliários e também no ebook *Direito dos Valores Mobiliários*, v. I)

CORDEIRO, António Menezes

2016 “Valor Mobiliário: evolução e conceito”, in *RDS*, Ano VIII, n.º 2, 309-342

FERRAN, Elís

2014 *European Banking Union: Imperfect, But It Can Work*, acessível em SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2426247. [consultado em: 25.11.2019]

FERRAN, Elís & ALEXANDER, Kern

2011 *Can Soft Law Bodies be Effective? Soft Systemic Risk Oversight Bodies and the Special Case of the European Systemic Risk Board*, acessível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1676140> [consultado em: 10.02.2019]

FERREIRA, Amadeu

1997 *Valores Mobiliários Escriturais – Um novo modo de representação e de circulação de direitos*, Coimbra: Almedina

HOFFMAN, Herwig

2009 “Legislation, Delegation and Implementation under the Treaty of Lisbon: Typology Meets Reality”, in *European Law Journal*, 15, 482-505

HOFFMAN, Herwig & MORINI, Alessandro

2012 *Constitutional Aspects of the Pluralisation of the EU Executive through Agencification*, acessível em: Law Working Paper Series, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2031499. [consultado em: 10.12.2020]

HOWELL, Elizabeth

2016 *Short Selling Restrictions in the EU and the US: A Comparative Analysis*, acessível em SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2793812, 333 [consultado em: 15.12.2020]

2017 *The Evolution of ESMA and Direct Supervision: Are there Implications for EU Supervisory Governance?*, acessível em SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2970037, 1027-1058 [consultado em: 15.02.2020]

HÜPKES, Eva & QUINTYN, Marc & TAYLOR, Michael

2005 *The Accountability of Financial Sector Supervisors: Principles and Practice*, acessível em IMF: Working Paper 05/51, <https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2005/wp0551.pdf> [consultado em: 15.12.2019]

KINGSBURY, Benedict & KRISH, Nico

- 2006 “Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order”, in *European Journal of International Law*, n.º 1, 17

LEEUWEN, Docters van & DEMARIGNY, Fabrice

- 2004 “Europe’s securities regulators working together under the new EU regulatory framework”, in *12 Journal of Financial Regulation and Compliance*, n.º 3, 206-215

LINDSETH, Peter

- 1999 “Democratic Legitimacy and the Administrative Character of Supranationalism: The Example of the European Community”, in *Columbia Law Review*, 99, acessível em http://digitalcommons.uconn.edu/law_papers/357 [consultado em: 05.12.2019]

MOLONEY, Niamh

- 2011 “The European Securities Markets and Authority and Institutional Design for the EU Financial Market – A Tale of Two Competences: Part I Rule Making”, in *European Business Organization Law Review*, n.º 1, 12, acessível em LSE Research Online: <http://eprints.lse.ac.uk/35736/>, 41-86 [consultado em: 02.01.2021]
- 2016 *Institutional governance and Capital Markets Union: Incrementalism or a “big bang”?*, acessível em SSRN: http://eprints.lse.ac.uk/65178/7/Moloney_Institutional%20governance.pdf, 378-421 [consultado em: 05.01.2021]
- 2016a) *Capital markets union: “ever closer union” for the EU financial system*, (2016). acessível em SSRN: http://eprints.lse.ac.uk/66192/1/Moloney_Capital_markets_union_ever_closer_union.pdf, 307-337, [consultado em: 28.12.2020]

MOREIRA, Vital & MAÇÃS, Fernanda

- 2003 *Autoridades Reguladoras Independentes*, 4 ERP, Coimbra

MORENO, Natália de Almeida

- 2014 *A Reforma Institucional da Regulação Financeira no Pós-Crise. Working Paper* do Boletim de Ciências Económicas do Instituto Jurídico, Coimbra

NICOLAIDES, Phedon & PREZIOSI, Nadir

- 2014 *Discretion and Accountability: The ESMA Judgment and the Meroni Doctrine*, acessível em SSRN: Bruges European Economic Research Papers (BEER), [consultado em: 08.04.2020]

RHODES, R. W.

- 1997 *Understanding Governance – Policy Networks, Governance, Reflexibility and Accountability*, acessível em: Open University Press: <https://www.>

- researchgate.net/publication/233870082_Understanding_Governance_Policy_Networks_Governance_Reflexivity_and_Accountability [consultado em: 15.12.2019]
- SABEL, Charles & ZEITLIN, Jonathan
 2012 “Experimentalist Governance”, Levi-Faur, David (coord.), in *The Oxford Handbook of Governance*, acessível em: Oxford Handbooks Online
- SENDEN, Linda
 2014 *Soft Law in European Community Law*, Oxford: Hart P.
- THATCHER, Mark
 2007 “The Third Force? Independent Regulatory Agencies and Elected Politicians in Europe”, in *Governance*, 18, 347-366
- TRIDIMAS, Takis
 2010 “Community Agencies, Competition Law, and ECSB Initiatives on Securities Clearing and Settlement”, in *Oxford Journal*, 216-306, acessível em SSRN: <http://www.oxfordjournals.org> , 216-307 [consultado em: 15.11.2020]
- WYMEERSH, Eddy
 2007 “The Structure of Financial Supervision in Europe: About Single, Twin Peaks and Multiple Financial Supervisors”, in *European Law Review*; 8, 239-306
- YATANAGAS, Xénophon
 2001 *Delegation of Regulatory Authority in the European Union: The Relevance of the American Model of Independent Agencies*, Working Paper Jean Monnet Center, acessível em SSRN: <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/01/010301-04.html> 10 [consultado em: 05.07.2019]

DOCUMENTOS OFICIAIS

Comissão Europeia

- 1985 *Completing the Internal Market*, COM(85) 310 final, de 14.06.1985, acessível em http://aei.pitt.edu/1113/1/internal_market_wp_COM_85_310.pdf
- 1999 *Financial Services: Building a Framework for Action FSAP*, COM(1999) 323 final, de 11.05.2019, acessível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM%3A124210>
- 2001 *Final Report of the Committee of Wise Men on the Regulation of European Securities Markets*, de 15.02.2001. acessível em https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/lamfalussy_report.pdf

- 2005 *Commission White Paper of 1December2005 on Financial Services Policy 2005-2010 COM(2005)629 final*, de 12.04.2005, acessível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM:l33225>
- 2005a *Five Presidents' Completing Europe's Economic and Monetary Union*, de 22.06.2005 acessível em https://ec.europa.eu/info/publications/five-presidents-report-completing-europes-economic-and-monetary-union_en
- 2009 *The High-Level Group on Financial Supervision in the EU*, de 25.02.2009, acessível em https://ec.europa.eu/economy_finance/publications/pages/publication14527_en.pdf
- 2009a *Driving European Recovery*.COM (2009)114 final, de 04.03.2009, acessível em <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0114:FIN:EN:PDF>
- 2009b *Supervisão financeira europeia, Comunicação da Comissão sobre Supervisão financeira europeia*, COM(2009)252 final, de 27.05.2009. acessível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=cele-x%3A52009DC0252>
- 2009c Aplicação do artigo 290.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, COM(2009)673 final, de 09.12.2009, acessível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009DC0673&qid=1542915266402&from=PT>
- 2010 *Consultation on the modernisation of the Transparency Directive* (2010), de 28.05.2010, acessível em SSRN: www.eur-lex.europa.eu
- 2010a *Commission Impact Assessment for the 2010 Credit Rating Proposal*, COM(2010)289 final de 02.06.2010, acessível em SSRN: www.eur-lex.europa.eu
- 2010b *Public Consultation. Review of the Markets in Financial Instruments Directive* (2010), de 08.12.2010, acessível em https://ec.europa.eu/finance/consultations/2010/mifid/docs/consultation_paper_en.pdf
- 2011 *Relatório Anual da Comissão sobre as relações entre a CE e os Parlamentos Nacionais sobre a Subsidiariedade e a Proporcionalidade*, COM(211)345 final, de 10.06.2011, acessível em <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0345:FIN:PT:PDF>
- 2011a *Proposta que altera o Regulamento (CE) n.º 1060/2009, relativo às agências de notação de risco*, COM(2011)747 final, de 15.11.2011, acessível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52011PC0747>

- 2011b *Impact Assessment on Credit Rating Agencies*, COM(2008)704, de 12.12.2008, acessível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008SC2745&from=en>
- 2014 *Relatório da Comissão ao PE e ao Conselho sobre o funcionamento das Autoridades Europeias de Supervisão (AES) e do Sistema Europeu de Supervisão Financeira (SESF)*, COM(2014)509 final, de 08.08.2014
- 2015 *Livro Verde da Comissão Europeia para a “Construção de uma União dos Mercados de Capitais”*, COM(2015)63 final, de 18.02.2015, acessível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0063&from=PT>
- 2017 *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões*, COM(2017)292 final, de 08.06.2017, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52017DC0292>
- 2017a *Reflection Paper on the Deepening of the Economic and Monetary Union*, de 31.05.2017, acessível em https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/reflection-paper-emu_en.pdf
- 2018 *Reforçar a supervisão integrada para consolidar a União dos Mercados de Capitais e a integração financeira num ambiente em evolução*, COM(2017)542 final, de 20.09.2017, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=COM:2017:0542:FIN>
- 2020 *Final report of the High Level Forum on the Capital Markets Union – A new vision for Europe’s capital markets*, de 10.06.2020, acessível em https://ec.europa.eu/info/news/cmu-high-level-forum-final-report_en
- 2020a *Stepping up Europe’s 2030 climate ambition. Investing in a climate-neutral future for the benefit of our people*, COM(2020)562 final, de 17.09.2020, acessível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:52020DC0562>
- 2020b *Uma União dos Mercados de Capitais ao serviço das pessoas e das empresas – novo plano de ação*, COM(2020)590 final, de 24.09.2020, acessível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2020:590:FIN>
- 2020c *Digital Finance Strategy for Europe*, COM(2020)591 final, de 24.09.2020, acessível em https://ec.europa.eu/info/publications/200924-digital-finance-proposals_en

Parlamento Europeu

- 2015 *Resolução do Parlamento Europeu sobre a construção de uma União dos Mercados de Capitais*, (2015/2634(RSP)), de 09.07.2015, <http://www.europarl.europa.eu>

- europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONGML+TA+P8-TA-2015-0268+0+DOC+PDF+V0//PT
- 2015a *Relatório sobre balanço e desafios da regulamentação da UE em matéria de serviços financeiros: impacto e via a seguir rumo a um quadro mais eficiente e eficaz da UE para a regulamentação financeira e uma União dos Mercados de Capitais*, (2015/2106(INI)), de 09.12.2015, acessível em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONGML+REPORT+A8-2015-0360+0+DOC+PDF+V0//PT>
- 2016 *Stocktaking and challenges of the EU Financial Services Regulation: impact and the way forward towards a more efficient and effective EU framework for Financial Regulation and a Capital Markets Union*, de 19.01.2016, acessível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P8-TA-2016-0006>
- 2017 *Comunicado relativo à Comunicação da Comissão sobre a revisão intercalar do Plano de Ação para a União dos Mercados de Capitais*, 11.07.2017, acessível em <http://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2017/07/11/conclusions-mid-term-review-capital-markets-union-action-plan/>

Conselho Europeu

- 2017 *Conclusões do Conselho relativas à Comunicação da Comissão sobre a revisão intercalar do Plano de Ação para a União dos Mercados de Capitais*, comunicado de 11.07.2017, e documentos anexos, acessível em <https://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2017/07/11/capital-markets-union-action-plan-adjustments/>
- 2019 *Council Conclusions on the Deepening of the Capital Markets Union*, de 05.12.2019, acessível em: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14815-2019-INIT/en/pdf>

CESR

- 2004 *Preliminary Progress Report. Which Supervisory Tools for the EU Securities Markets? An analytical Paper by CESR (2004)*, CESR 04-333, de outubro de 2004, acessível em <https://www.esma.europa.eu/document/which-supervisory-tools-eu-securities-markets-preliminary-progress-report-himalaya-report>
- 2007 *A proposed evolution of EU securities supervision beyond 2007*, de novembro de 2007 acessível em https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/07_783.pdf

Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de junho de 1958, *Meroni & Co, Industrie Metallurgiche SpA vs Alta Autoridade da CEEA* (Meroni), Procs. C-9/56 e 10/56, ECLI:EU:C:1958:7

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de maio de 1981, *Giuseppe Romano v. Institut National d'Assurance Maladie-Invalidité* (Romano), Proc. C-98/90, ECLI:EU:C:1981:104

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de dezembro de 1989, *Salvatore Grimaldi vs Fonds des Maladies Professionnelles*, Proc. C-322/88, ECLI:EU:C:1989:646

Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de janeiro de 2014, *Reino Unido da Grã Bretanha e da Irlanda do Norte contra Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia (ESMA Short-Selling)*, Proc. C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18

BRINGING COMPETITION LAW INTO THE DIGITAL ERA – SELECTIVE DISTRIBUTION AND MARKETPLACE BANS: WHAT SHOULD CHANGE?*

*Sofia Villas-Boas***

ABSTRACT *The increasing development of Digital Market and the growth of e-commerce have been the centre of attention of the European Union's agenda. As the digital transformation of the markets occurred at a fast pace it is necessary to assess whether the European Competition legislation is still suitable to the actual market reality. This article focusses on the relationship between Selective Distribution Systems and E-commerce and discusses: whether and under which conditions these restrictions are compatible with EU Competition Law; the relevance of the nature of traded products to assess that compatibility; and whether further legal certainty is needed in this field.*

SUMMARY 1. Introduction. 2. System of Assessment of Selective Distribution Systems. 3. From the First Assessment to the Digital Era – How is the European Union acting within this system? 4. Is the assessment of online sales within Selective Distribution Systems clear enough at this point? – A national approach. 5. How to deal with the current system and improve Legal certainty? 6. Conclusion

KEY-WORDS Antitrust; Antitrust Law; Selective Distribution; Online Sales; Marketplace Bans; Hardcore Restrictions; Luxury Products.

* This Article was written as a part of the LL.M in Competition Law and Regulation – University of Amsterdam, in 2019.

** LL.M graduate in Competition Law and Regulation – University of Amsterdam; Lawyer in the Competition and EU Department at SRS Advogados.

1. INTRODUCTION

The digital development and e-commerce growth trends have been increasingly changing our consumption habits. The digital world allows consumers to access different markets, leading to the expansion of those markets and the creation of more space and different means for companies to innovate and grow.¹ Consumer behaviour has changed and traditional commerce is no longer the obvious choice for consumers. The benefits brought by e-commerce, such as the possibility to overcome physical barriers, are followed by new challenges with which we were never before confronted, such as new policy issues.

At present, the European Union (the “EU”) is one of the largest e-commerce markets in the world. The dimension of this market varies from Member State to Member State, but the growth has been steady everywhere.² This is one of the main reasons why the EU is so focused on the digital world and its development, and why policy concerns have been the centre of discussions within EU Competition Law. There is an urgent need to adapt the existing legal framework to this reality in order to provide new markets with adequate tools to ensure its proper functioning and safeguard the development of the digital market.³

Using the internet as a sales channel inevitably affects the distribution systems available in the market, as it influences the way products and services are provided throughout the world. This influence transforms distribution as we knew it, and may result in conflicts between producers and distributors, especially regarding the potential reduction of online distribution opportunities by the imposition of certain clauses. A good example are Selective Distribution Systems (hereinafter “SDS”) that are usually included to control the distribution of products by establishing criteria that potential distributors must fulfil to be admitted as such and thus protect, for instance, the quality

1 Manyika & Roxburgh, 2011.

2 European Commission, *Final Report on the E-commerce Sector Inquiry*, SWD (2017) 229 final: 10.

3 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Region, *A Digital Single Market Strategy for Europe*, COM (2015): 192 final: 4; Cian, 2015: 49; De Franceschi, 2015: 144.

of the products or the brand image.⁴ This essay aims to focus on EU Competition law concerns in the context of these agreements in the digital market.⁵

The EU Competition Law, whose main purpose is to safeguard fair competition in the market, prohibits, through Article 101(1) TFEU, undertakings from concluding agreements or concerted practices that restrain competition, and establishes that those agreements that are capable of restricting competition must be prohibited.⁶ However, according to Article 101(3) TFEU, this prohibition does not apply, to agreements that have an objective justification to do so, such as encourage the progress of the production or distribution of goods/services or agreements that endorse technical or economic development, while making consumers profit from a fair part of those benefits. In other words, a restrictive practice may be acceptable under the EU Competition law when compliant with the requirements of Article 101(3) TFEU.

The restrictive practices referred herein can be categorized as vertical and horizontal restraints. In this essay, we will focus on the vertical restraints, which are agreements – such as distribution, franchising, or supply – entered into by two or more parties which, within such an agreement, operate in different levels of the production chain and are non-competitors with each other at that level. They refer to practices carried out by manufacturers or suppliers regarding the resale of their own products.

Since the Vertical Block Exemption Regulation⁷ (from now on “BER”) and the Guidelines on Vertical Restraints⁸ (hereinafter “Guidelines”) still leave plenty of room for uncertainty in this field, this thesis will focus on the SDS and online marketplace bans and will discuss whether and under which conditions these restrictions are compatible with the mentioned purpose of EU Competition Law.

The relationship between the SDS and the development of e-commerce has been discussed by the Court of Justice of the European Union (hereinafter “CJEU”). However, these decisions still do not seem to provide enough

4 Lieber & Syverson, 2012: 189-223; Kirsch & Weesner, 2006: 300.

5 C-41/90, *Höfner & Elser v Macroton GmbH*, EU:C:1991:161, §21 establishes the concept of “undertaking”: “every entity engaged in an economic activity, regardless of the legal status of the entity and the way in which it is financed and, secondly, that employment procurement is an economic activity.”; Cian, 2015: 47.

6 Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 326/47 (2012), Article 101(1).

7 Commission Regulation (EU) n.º 330/2010 of 20th of April 2010, *on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices*.

8 European Commission, *Guidelines on Vertical Restraints*, OJ C130/1 (2010).

clarity and still leave room for legal uncertainty and conflicting interpretations. In order to discuss this uncertainty, as well as to provide possible solutions focused on the bans on marketplaces, this essay will provide an overview of the CJEU's most relevant decisions throughout the years, as well as an overview of the state-of-the-art of the EU regulation, regarding the BER, the Guidelines and the E-commerce Sector Inquiry⁹ (hereinafter "Sector Inquiry") developed by the European Commission (hereinafter "EC"). This thesis will also analyse some national perspectives based on the position of different Member States regarding the relationship between the SDS and marketplace bans.

2. SYSTEM OF ASSESSMENT OF SELECTIVE DISTRIBUTION SYSTEMS

To understand the current SDS legal framework, there are two main decisions from CJEU that need to be analysed from the outset – Metro I¹⁰ and Metro II¹¹. These decisions had a serious impact on the way we now interpret these agreements since they were included by the Commission in EU legislation.

2.1. Metro I and Metro II

The Metro I is a decision from 1977, where the CJEU established three conditions that must be fulfilled in order for an SD agreement to comply with EU Competition Law (the "Metro Rule"), not falling under the scope of Article 101(1) of the TFEU¹². These conditions are as follows¹³:

- I. The SDS is necessary due to the inherent characteristics of the product; such a network is required to preserve the properties of the product and its proper use;¹⁴
- II. Distributors are to be chosen based on objective criteria of a qualitative nature regarding technical qualifications of the reseller and his staff and the suitability of his trading premises; these conditions

9 Sector Inquiry (n 2).

10 C-26/76, *Metro SB-Großmarkte v. Commission* (Metro I), ECR 1875.

11 C-75/84, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG v. Commission* (Metro II), ECR 3021.

12 TFEU (n 6).

13 Metro I (n 10): §20.

14 Guidelines (n 8): §185.

must be determined uniformly for all potential resellers and must be applied on a non-discriminatory basis;¹⁵ and

III. The restrictions must not go beyond what is necessary.¹⁶

This decision played a very important role in defining whether an SDS is compliant with competition law provisions or if, on the contrary, it is distorting competition in the market. In this case, the SDS was not compatible with the Metro Rule. However, it could still be acceptable from a competition law perspective if it would comply with the requirements of Article 101(3) TFEU. This Article ensures that price competition can be partially restricted when that restriction shows to be essential to achieve legitimate objectives such as “*improving production or distribution or promoting technical or economic progress*”, which has nothing to do with the nature or characteristics of the product itself¹⁷.

Subsequently, in Metro II, the Court once again recognized that, although an SDS usually represents some limitations to competition by price, it can be balanced with competition on another basis, such as the quality of service supplied to customers. The Court, while endorsing the Metro I decision, established another condition that must be fulfilled when analysing these agreements: the number of similar distribution systems in the market must not preclude the possibility of other forms of distribution or result in a rigid price structure.¹⁸ This condition must be fulfilled along with the three conditions set by the Court in Metro I.¹⁹

15 Metro I (n 10): §20.

16 Metro I (n 10): §§20 and 24.

17 Metro I (n 10): §19.

18 Metro II (n 11): §40: “*there may nevertheless be a restriction or elimination of competition where the existence of a certain number of such systems does not leave any room for other forms of distribution based on a different type of competition policy or results in a rigidity in price structure which is not counterbalanced by other aspects of competition between products of the same brand and by the existence of effective competition between different brands*”.

19 Witt, 2006; Monti, 2013; Hawk, 1995; Colangelo & Torti, 2018: 81. Despite the importance of these decisions and the fact that the test set herein has been implemented by the EC in the BER, it has been object of several criticisms, such as its formalist approach and inability to identify the likely effects on competition, as well as the fact that it does not explore the scope of any other benefit under Article 101(3) TFEU to balance the pro-competitive effects, using only the anticompetitive effects under the scope of Article 101(1) TFEU.

2.2. The Vertical Block Exemption Regulation

The BER is a regulation published by the EC in 2010, which incorporated the CJEU's decisions analysed above. This regulation applies to vertical agreements which fall within article 101(1) TFEU and in relation to which it can be assumed with sufficient certainty that they satisfy the conditions established by Article 101(3) TFEU.

Alongside Article 101 TFEU, the BER establishes a fundamental foundation of vertical agreements, stating that the agreements falling under its scope should be exempt from the prohibition foreseen in article 101(1) TFEU if the following conditions are met:

1. There has to be a vertical agreement as described above;
2. The market share of each party must not exceed 30% of the relevant market; and
3. There are no hardcore restrictions within that agreement.

Thus, the BER provides a “safe harbour” for agreements entered into between parties who hold a market share below 30%²⁰, and which do not include any of the restrictions foreseen in Article 4. When an agreement contains a hardcore restriction, it is automatically presumed to fall under the scope of Article 101(1) TFEU and it is considered unlikely to fulfil the conditions defined in Article 101(3) TFEU.²¹

It is important to point out that, while it is mandatory to analyse the improvement of economic efficiency or the promotion of technical or economic progress that can result from an agreement, the nature or characteristics of the products or services concerned are usually not considered to assess the advantages that such an agreement might bring to competition under the BER. Instead, the nature or characteristics of the products or services concerned may be taken into consideration under a case-by-case analysis to assess whether an agreement, which falls outside the scope of the BER, can be justified under Article 101(3) TFEU and when assessing the balance between the pro-competitive effects and anti-competitive effects of the agreement. This assessment is usually made considering the market power of the undertakings involved and “*on the extent to which those undertakings face competition from other suppliers of goods or services regarded by their customers as interchangeable or*

20 See European Commission, *Notice on Agreements of Minor Importance that do not Appreciably Restrict Competition Under Art 101(1) TFEU*, OJ C368/13, (2001).

21 Accardo, 2013: 269.

substitutable for one another, by reason of the products' characteristics, their prices and their intended use."²²

In what regards SDS, they are defined by the BER as "*a distribution system where the supplier undertakes to sell the contract goods or services, either directly or indirectly, only to distributors selected on the basis of specified criteria and where these distributors undertake not to sell such goods or services to unauthorised distributors within the territory reserved by the supplier to operate that system.*"²³ This definition does not determine any specific type of product or service to which the SD may or may not apply, but only impose the condition that distributors be chosen based on specific criteria.

The SDS allows manufacturers to limit the number of undertakings that are entitled to resell their products and are usually implemented where highly technological and luxury products are concerned. These agreements must be assessed under Article 101(1) TFEU. This provision applies when there is an "*agreement or concerted practice between two or more undertakings or a decision by an association of undertakings*".²⁴ The collusion must appreciably restrict or distort competition and it must have an appreciable effect on trade between Member States.²⁵ When the agreement falls within the scope of Article 101(1) TFEU, it has also to be assessed under Article 101(3) TFEU which, as referred, provides an exception from the general prohibition set on number 1 when agreements are proved to contribute to "*improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit*".²⁶ These restrictions, as well as their periods of application, must also be the minimum necessary to attain the benefits which justify the exemption.²⁷

In a nutshell, according to the BER, it is up to the supplier to determine the relevant criteria for each of the potential distributors, considering the specific market, the potential distributor characteristics and/or the supplier goals. Article 1(1)(e) also does not consider the "standard of necessity"

²² BER (n 7): §7.

²³ BER (n 7), Article 1(1)(e).

²⁴ TFEU (n 6), Article 101(1).

²⁵ C-501, 513, 515 and 519/06-P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited, formerly Glaxo Wellcome plc v Commission*, ISSN 1725-2423, §63; 193/83 *Windsurfing International Inc v Commission*, EU:C:1986:75: §96.

²⁶ TFEU (n 6), Article 101(3).

²⁷ *Metro II* (n 11): §49: the agreement can fulfil the exemption foreseen in Article 101(3) TFEU when "*the advantages of the system for the competition outweigh the disadvantages*"; Hubert, 2014: 180.

criteria, meaning that, under the BER, in the context of a purely qualitative selectivity, the defined criteria may go further than what is required, given the nature of the products or services, contrary to the CJEU's statements.²⁸ Essentially, under the BER, the supplier is free to choose whichever criteria he considers relevant to select the SD network. Those criteria don't need to be available to the potential applicants and can be different from distributor to distributor, however, it needs to be specified.

The hardcore restrictions in the context of an SDS are stated in the BER in Article 4(c) and 4(d). The first foresees that when the agreement contains a restriction that can lead to a market partitioning both by territory or by customer group – an exception being made for sales of a member of the SDS to a non-authorized distributor within a territory which is already operated in the context of the SDS or where the products are not yet sold at all²⁹; the later regards restrictions on the supply between authorized distributors within an SD network, even if there are in stake distributors operating at a different level of trade.³⁰ Therefore, the BER applies to SD agreements provided that the conditions referred to at the beginning of this chapter are fulfilled and that the active sales from the authorized distributors to end-users and to each other are not restricted by the agreement.³¹

2.3. Guidelines on Vertical Restraints

The Guidelines published by the EC in 2010 provide information to stakeholders on how the EC interprets the BER and how it should be enforced.

Regarding SDSs, the Guidelines point out that they “*restrict the number of authorised distributors on the one hand and the possibilities of resale on the other*” and explains the difference between this kind of agreement and exclusive distribution agreements.³² The document also lists the risks SDS can represent to competition, such as the reduction of intra-brand competition, the foreclosure of some distributors and the softening of competition, enabling collusion between the parties.³³

28 Metro I (n 10): §§20, 24 and 26-27; C-230/16, *Coty Germany GmbH v. Parfumerie Akzente GmbH*, EU:C:2017:941: §§43-55.

29 Colangelo & Torti, 2018: 86.

30 See BER (n 7), Article 4(c) and (d).

31 Guidelines (n 8): §176; Colangelo & Torti, 2018: 86.

32 Guidelines (n 8): §174.

33 *Ibid*: §175.

Vis-à-vis the criteria to apply the BER, the Guidelines state that it “*exempts selective distribution regardless of the nature of the product concerned and regardless of the nature of the selection criteria*”. However, this criterion does not seem to have a significant practical effect since the BER will probably not apply when “*the characteristics of the product do not require selective distribution or do not require the applied criteria*”, since “*such a distribution system does not generally bring about sufficient efficiency enhancing effects to counterbalance a significant reduction in intra-brand competition*”.³⁴

Before going any further, it is necessary to establish the distinction between qualitative and quantitative criteria. Qualitative criteria subject the acceptance of distributors to objective criteria which are crucial to the distribution process (e.g. staff training, point of sale characteristics); and quantitative criteria consist on the limitation of the number of authorized distributors.³⁵ Paragraph 175 states that, regarding purely qualitative SDS, an agreement that fulfils the Metro Rule conditions – where the network is selected based on objective criteria required by the nature of the product (e.g. the training necessary for distributors, the kind of service that needs to be provided, etc.) and where there is no direct limit required regarding the number of distributors within the network – will not fall under Article 101(1) TFEU since it does not represent anticompetitive effects. However, the fulfilment of the Metro Rule conditions does not exclude the agreement from the scope of Article 101(1) TFEU in cases where the agreement relates to a qualitative and quantitative distribution. In those cases, as stated in paragraph 176, the agreement can be exempted by the BER if its conditions are met, regardless of the nature of the product and regardless of the nature of the selective criteria. Nonetheless, when the characteristics of the product do not require an SDS or do not require the applied selective criteria, the agreement will probably not fall under the BER, since the efficiency enhancement it might represent will possibly not outweigh the anticompetitive effects it embodies. Therefore, the EC considers that, in order to justify the restrictions on competition potentially brought by an SDS, the products or services involved must contain some characteristics or attributes which make them “superior” to other regular products or services, reducing the choice of retailers who would consider an SDS as a good distribution mechanism for their business. Furthermore, even though Article 1(1)(e) of the BER does not include any

³⁴ *Ibid*: §176.

³⁵ Goyder, 1993: 99–112.

requirement in this respect, an SDS is often accepted only for luxury products and not, for example, for fast-moving consumer goods. But, what is the definition of luxury products? We will discuss this more in detail further in this paper.

The Guidelines also pay special attention to the e-commerce and the online bans that can be implemented under an SDS – ban on the use of the brand name, logo or third-parties' marketplaces.³⁶

Regarding the hardcore restriction foreseen in Article 4(c) of the BER, which prohibits the restriction of passive sales, the Guidelines establish that online sales must be considered as passive sales, meaning that the supplier must always allow their distributors, operating under an SDS, to sell their products through their own online platforms.³⁷ In addition, the Guidelines give the supplier the right to establish mandatory quality criteria which the distributor has to comply with in order to sell the products or services online, as well as to require that the distributors only sell the products or services through third-party marketplaces when the name or logo of that third-party is not discernible to the customer.³⁸ Therefore, in the Guidelines, the EC already considers a ban on the use of third-party online platforms (discernible to the client) as a non-hardcore restriction.³⁹

The relationship between e-commerce and SDS also raises questions regarding the quality standards the supplier may impose on distributors, within the framework of online sales, to safeguard the image of the supplier's brand image.⁴⁰ The supplier may, in both online and offline sales provide distributors with guidelines on how to sell the products or provide the services.⁴¹

36 Auricchio, Padellaro & Tomassi, 2013: 337-395; Schultze, Pautke & Wagener, 2011: 331-361.

37 Guidelines (n 8): §§50, 52 and 57; French Competition Authority, Decision n.º 12-D-23, *Bang & Olufsen* (2012).

38 Guidelines (n 8): §54; Sector Inquiry (n 2): §501.

39 Also relevant for the topic: C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS v. President de l'Autorite de la Concurrence*, ECR I-9419; Also see BER (n 7), Article 4(c) BER; also see Sector Inquiry (n 2): §§502-504: "If a marketplace ban de facto amounts to a total ban of the use of the internet as a method of marketing, then it could [...] be considered as having as its object the restriction of passive sales and as a hardcore restriction under the VBER [...] Marketplace bans should not, therefore, be considered as restricting the effective use of the internet as a sales channel irrespective of the markets concerned: (a) Own online shops remain the most important online sales channel for retailers."; Sector Inquiry (n 2), §509; C-230/16, *Coty Germany GmbH v. Parfumerie Akzente GmbH*, EU:C:2017:941, Opinion of Advocate General Wahl (2017).

40 Guidelines (n 8): §54.

41 Guidelines (n 8): §52; see also Hederströmand & Peeperkorn, 2016.

In this regard, the Guidelines establish an “equivalence test”⁴² that states that “*the dealers should be free to sell, both actively and passively, to all end users, also with the help of the internet*”, where, the EC will consider “*any obligations which dissuade appointed dealers from using the internet to reach more and different customers by imposing criteria for online sales which are not overall equivalent to the criteria imposed for the sales from the brick and mortar shop*”. Nevertheless, this does not necessarily mean that “*the criteria imposed for online sales must be identical to those imposed for off-line sales, but rather that they should pursue the same objectives and achieve comparable results and that the difference between the criteria must be justified by the different nature of these two distribution modes*” as a hardcore restriction under Article 4(c).⁴³

3. FROM THE FIRST ASSESSMENT TO THE DIGITAL ERA – HOW IS THE EUROPEAN UNION ACTING WITHIN THIS SYSTEM?

From 2010 until today, a lot has changed in the market. The online sales channel has been increasingly growing and becoming as popular as brick and mortar sales channel (or maybe even more) and has changed the reality of distribution systems. As the Metro I and Metro II decisions did not consider online sales and, as the BER was not yet shaped for this reality, some questions have been coming up. Both the CJEU and EC have been working to solve these questions and to adjust EU law to the digital challenges.

3.1. The CJEU

a) *Pierre Fabre*⁴⁴

The *Pierre Fabre* Decision dates back to 2011. *Pierre Fabre* Dermo-Cosmetics was a manufacturer of non-medicinal cosmetics and personal care products that used an SDS to distribute its products both in the EU Market and in the French Market. The products had to be sold only in retail pharmacies in a physical place with a qualified pharmacist present. When confronted with the SD agreements concluded by *Pierre Fabre*, the French Competition Authority (hereinafter “FCA”) considered that they were restricting competition, since the retailers were being denied the possibility of selling the goods

⁴² Guidelines (n 8): §56.

⁴³ Guidelines (n 8): §56.

⁴⁴ *Pierre Fabre* (n 39).

online. Moreover, the FCA considered these agreements to be restricting active and passive sales, which represents a hardcore restriction as foreseen by Article 4(c) of the BER.⁴⁵

When the CJEU was approached to decide on the case, it was more strict when establishing the arguments that are considered to be able to justify the restrictions on competition, stating that *“the aim of maintaining a prestigious image is not a legitimate aim for restricting competition and cannot therefore justify a finding that a contractual clause pursuing such an aim does not fall within Article 101(1) TFEU”*⁴⁶ and that *“in the context of a selective distribution system, a contractual clause requiring sales of cosmetics and personal care products to be made in a physical space where qualified pharmacist must be present, resulting in a ban on the use of the internet for those sales, amounts to a restriction by object [...] that clause is not objectively justified.”*⁴⁷ Therefore, a clause imposing a complete ban on online sales amounts to a hardcore restriction to competition and falls under the scope of Article 101(1) TFEU.

The Court clarified that a marketplace ban, which amounts to a total restriction of online sales for a distributor would constitute a ban on passive sales and thus a hardcore restriction under Article 4(c) BER.⁴⁸ This decision created uncertainty among manufacturers and distributors regarding the legitimacy of restrictions imposed through an SDS. The doubt was if the Court would no longer consider the argument of ensuring the proper use of the product as a legitimate aim or if it was a decision based on the specific characteristics of these products in relation to which the Court considered that the specialist advice was unnecessary.⁴⁹ Nevertheless, it should be taken into account that restrictions to e-commerce should not be deemed automatically restrictive of competition without analysing the product and the

45 See BER (n 7): *“The exemption provided for in Article 2 shall not apply to vertical agreements which, directly or indirectly, in isolation or in combination with other factors under the control of the parties, have as their object: [...] the restriction of active or passive sales to end users by members of a selective distribution system operating at the retail level of trade, without prejudice to the possibility of prohibiting a member of the system from operating out of an unauthorised place of establishment”*.

46 *Pierre Fabre* (n 39): §46; see C-59/08, *Copad v. Christian Dior couture SA*, ECR I-3429.

47 *Pierre Fabre* (n 39): §47.

48 *Ibid.*

49 Colangelo & Torti, 2018: 93; Romano, 2012: 345-347.

relevant market in each case⁵⁰, since competition by quality or technological innovation can be as relevant as price competition.⁵¹

*b) Coty Prestige*⁵²

The *Coty Prestige* case is a very important decision from 6 December 2017 that was expected to solve the uncertainty brought by the previous case law. This case related to the possibility of the suppliers of luxury goods, under certain circumstances and in the context of an SD agreement, being able to prohibit their authorized distributors from selling the concerned products on a third-party online platform. The Advocate General's Opinion⁵³ in this case had an important influence on the Court's decision, which was essentially based on three main questions.⁵⁴

Coty is a German supplier of luxury cosmetics that sells its products through authorised distributors organized in an SDS around Europe. This system allows *Coty* to ensure the quality requirements under which it wants the products to be sold.⁵⁵ *Parfümerie Akzente* is one of *Coty*'s authorized distributors. The agreement signed between the parties established a prohibition on the sale of the products under a different name or sale through a third-party undertaking which was not authorized to do so.⁵⁶

The dispute between these two parties was based on the following:

- *Coty* wanted to introduce an amendment to the SD agreement in order to include a provision, which would ensure that “*the authorized retailer is entitled to offer and sell the products on the internet, provided, however, that internet sales activity is conducted through an ‘electronic shop window’ of the authorized store and the luxury character of the products is preserved.*”⁵⁷

50 See *Pierre Fabre* (n 39): §40: “there are legitimate requirements, such as maintenance of a specialist trade capable of providing specific services as regards high-quality and high-technology products, which may justify a reduction of price competition in favour of competition relating to factors other than price.”

51 Buccrossi, 2015: 94.

52 *Coty* (n 28).

53 Opinion AG (n 39).

54 *Coty* (n 28): §§21-58.

55 *Ibid*: §2.

56 *Ibid*.

57 *Ibid*: §15.

- *Coty* wanted to introduce an explicit prohibition on the use of a different business name as well as an explicit prohibition on the engagement with a third-party which was not an authorized retailer.⁵⁸
- *Parfümerie Akzente* refused to accept these amendments and *Coty* brought an action before the German Court, which dismissed the action with reference to the *Pierre Fabre* decision, which determined that the objective of maintaining the “luxury image” of a brand could not justify the introduction of an SDS when it includes a hardcore restriction to competition under Article 4 (b) or (c) of the BER.⁵⁹
- *Coty* appealed to the Higher Regional Court of Frankfurt, which referred the case to the CJEU for a preliminary ruling under Article 267 TFEU.⁶⁰
- In its preliminary ruling, the Court asked the CJEU three questions⁶¹:
 1. Is an SDS established to preserve a luxury brand/product compatible with Article 101(1) TFEU?
 2. Is a prohibition to engage with third-party platforms, in a manner discernible to the public, to handle online sales compatible with the provision of Article 101(1) TFEU?
 3. In case this prohibition includes a restriction of competition under Article 101(1) TFEU, does it constitute a hardcore restriction under Article 4 (b) or (c) of the BER?

In this decision, the CJEU provided the following main findings:

1. The CJEU clarified its previous rulings in *Metro I* and *II* where it stated that SDSs are not prohibited by article 101(1) TFEU *per se*. In addition, the Court brought to mind the main criteria these agreements must fulfil in order to comply with Article 101(1) TFEU, which were referred to above in point i). In this decision, the CJEU also stated that, in the *Pierre Fabre* decision⁶², it was not its intention to exclude the

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Coty* (n 28): §16; Judgment of the District Court Frankfurt am Main, 2-3 O 128/13, (2014).

⁶⁰ Judgment of the Higher Regional Court Frankfurt am Main, 11 U 96/14 (Kart), (2016).

⁶¹ *Coty* (29): §20.

⁶² *Pierre Fabre* (n 39).

possible use of an SDS for luxury goods *per se* and that the criteria set in Metro I and II shall continue to apply in these cases.⁶³

2. Regarding the clause prohibiting the use of third-party platforms, the Court decided that a clause inserted to safeguard the luxury image of the products, which prevents resellers from engaging, in a manner discernible to the customers, with third-party platforms for the online sales of luxury products, does not infringe Article 101(1) TFEU:
 - a. The clause prohibiting the authorised distributors to sell their products via third-party online platforms has to be established in an objective, uniform, and non-discriminatory manner. Also, the restriction must focus on safeguarding the brand's luxury image.⁶⁴
 - b. The restriction was considered necessary, appropriate and proportionate for the preservation of the luxury image of *Coty's* products and the CJEU considered that it ensured that only the authorized distributors sell the products. In addition, the clause gave the manufacturer the possibility to act against a distributor that does not sell its products in compliance with the qualitative conditions required for online sales, which would not be possible regarding a third-party online platform, since there is no contractual link between the third-party and the supplier. Furthermore, the Court also highlighted that the luxury image of the products is likely to be preserved if the luxury products are not sold together with standard products that can be found in a marketplace.⁶⁵
 - c. The CJEU acknowledged the clause as proportional, since it did not have an absolute restriction of online sales but only included "*the use, in a discernible manner, of third-party platforms for the internet sale of the luxury good.*"⁶⁶ In this sense, the authorized distributors were still able to perform online sales through their own websites. Also, this clause did not restrain distributors from selling the products through unauthorized third-party platforms, provided that these were not discernible to the public (the consumer does not know that there is an online platform involved in the

⁶³ *Coty* (n 28): §§24-25; *Copad* (n 46): §§24-26.

⁶⁴ *Coty* (n 28): §§42-43.

⁶⁵ *Ibid*: §§43-51.

⁶⁶ *Ibid*: §§43 and 58.

purchase and the sale of the products in such an environment that meets the quality standards of the luxury brand).

- d. In a case where the German court decided differently when analysing the facts of the case and would still have to address the questions of whether a ban on the use of the third-party platform to online sales constitutes a hardcore restriction under the provisions of Article 4 (b) or (c) BER, the CJEU considered that, since this restriction did not “*prohibit the use of the internet as a means of marketing the contract goods*”, it did not restrict authorized distributors from selling to certain customers or on certain territories nor did it prohibit passive sales; also the clause did not make it possible “*to circumscribe, within the group of online purchasers, third-party platform customers*”; and authorized distributors were not prohibited from advertising “*via the internet on third-party platforms and to use online search engines*”, which means that passive sales were not prohibited.⁶⁷ If these three criteria were fulfilled, the clause would not constitute a hardcore restriction under Article 4 of the BER, which means that this decision opens the path to an application of the BER, if the remaining conditions are verified.⁶⁸

This decision is having important repercussions among manufacturers and retailers, especially regarding the luxury industry and the ability of luxury brands to restrict their distributors’ engagement with third-party platforms when performing online sales within an SD network. This decision represents a relevant step towards a more clear legal framework for assessing marketplaces bans under Article 101(1) TFEU under the light of the SDS and allowing for a more homogeneous application of EU Competition law in this field.⁶⁹

One of the main questions raised by this decision is how to determine and qualify “luxury goods” and how to analyse if the limitations of online sales are necessary and proportionate to preserve the luxury image and prestige of those goods, since both SD agreements and the control of online sales mechanisms must be sustained by the nature of the goods and must be necessary and proportionate in order not to constitute a violation of Article

⁶⁷ *Ibid*: §§65-67.

⁶⁸ *Ibid*: §68.

⁶⁹ Toplensky, 2017.

101(1) TFEU. In this sense, the manufacturers of luxury goods with such concerns must justify the luxury nature of their products, must only impose restrictions which will safeguard the “luxury image” of the goods, must not go further than what is necessary to achieve that goal and must implement a non-discriminatory SDS based on objective criteria and meticulously define the reasoning behind the ban on the use of third-party online platforms, otherwise it is likely to be considered a violation of Article 101(1) TFEU.

The German Court issued its decision on 12 July 2018, where it followed the position presented by the CJEU and applied the criteria set by this Court. This Court considered that the products should be qualified for selective distribution and the luxury image of those products would be jeopardised if the marketplaces would have free admission to the SDS. Furthermore, the German Court also concluded that marketplace bans are not to be considered hardcore restrictions under Article 4(b) and (c) of the BER.

3.2. The European Commission

Alongside the CJEU, the EU is also trying to find the best way to meet the necessities of e-commerce and allow for the functioning and development of online sales. Therefore, the EC launched the Sector Inquiry to study the market and better understand its needs and difficulties and, also, launched the BER Revision to decide whether to lapse, prolong its duration or revise it, before its expiration on 31 May 2022.

a) *E-Commerce Sector inquiry*⁷⁰

The markets’ development, mainly the passage from the clear dominance of the brick and mortar sales channel to an increasing online sales channel, resulted in the need to find new answers on how to make the market work best. Therefore, in May 2017 the EC published the Sector Inquiry as a part of the European Digital Single Market Strategy that aims to create a better-organized digital market across the EU, providing consumers with better and safer access to the digital world. In the words of the Commissioner in charge of competition policy, Margrethe Vestager, “*certain practices by companies in e-commerce markets may restrict competition by unduly limiting how products are distributed throughout the EU. Our report confirms that. These restrictions could limit consumer choice and prevent lower prices online. At the same time, we find that there is a need to balance the interests of both online and ‘brick-and-mortar’*

⁷⁰ Sector Inquiry (n 2).

*retailers. All to the benefit of consumers. Our findings help us to target the enforcement of EU competition rules in e-commerce markets”.*⁷¹

The main goal of the Sector Inquiry was to ascertain the potential competition concerns regarding e-commerce markets in the EU, and to target the enforcement of competition law in these markets, opening more anti-trust investigations. In addition, this effort aims to improve the quality and convenience of cross-border e-commerce for consumers, lowering prices and increasing the choice of retailers.⁷²

During the elaboration of the Sector Inquiry, the EC collected information from a large number of undertakings from all Member States regarding e-commerce in consumer goods and digital content, in order to guarantee a broad demonstration of the products that consumers can find on e-commerce markets. The EC’s investigation was made based on questionnaires sent to retailers, manufacturers, e-commerce platforms and payment service providers, covering several product categories such as clothes, software, children products, books, etc, as well as several kinds of content.⁷³

There were some relevant findings regarding the evolution and functioning of the digital market across the EU. Regarding consumer goods, the EC concluded that e-commerce has been growing for the last ten years alongside price transparency and price competition, representing a notable change in the commercial strategy of undertakings acting in digital markets and, also, in consumer behaviour towards these markets. Also, the investigation concluded that a large number of producers has decided in favour of online sales directly to consumers through their own online shop, competing with their own distributors. Likewise, the establishment of SDS became more common, giving producers greater control over their distribution network and, also, imposing contractual restrictions in order to control the distribution of products, such as pricing restrictions and marketplace bans, increased during the past ten years.⁷⁴

Regarding the marketplace bans issue, the Sector Inquiry tried to provide an answer to the question “*to which extent restrictions limiting the ability of retailers to sell via online marketplaces may raise concerns under the EU competition*

71 Sector Inquiry (n 2): 1; European Commission Press Release, 2017.

72 Sector Inquiry (n 2): 1; EC Press Release (n 71).

73 Sector Inquiry (n 2): 1.

74 *Ibid.*

rules”⁷⁵. With this purpose, the EC worked towards achieving more clarity regarding the relevance of the marketplaces as a new sales channel and of the characteristics of the marketplace bans.⁷⁶ The investigation concerned both absolute marketplace bans and restrictions on marketplaces that do not fulfil certain quality criteria. The EC concluded that 18% of retailers have supply agreements that contain marketplace bans, especially retailers from France and Germany (21% and 32% respectively). The main reasons manufacturers present to justify the imposition of marketplace bans are: the need to protect brand image and positioning, the need to fight counterfeit products in the marketplace, the need to ensure that pre- and post-sales services are provided properly to their clients, and the need to protect the existing channels from free-riding. On the other hand, retailers and marketplaces present another view on the reasoning for these bans: to reduce the number of online sellers and to avoid the growth of price transparency growth.⁷⁷

The Sector Inquiry also concluded that the impact of the marketplace ban and its importance vary according to the size of the retailers and the type of product concerned: *“marketplaces are more important as a sales channel for smaller and medium-sized retailers with a turnover below EUR 2 million while they are of lesser importance for larger retailers with a higher turnover. The results show that smaller retailers tend to realise a larger proportion of their sales via marketplaces than larger retailers”* and *“the importance of marketplaces differs between the different product categories and within product categories depending on the nature of the product and whether customers would expect to find the products for sale on marketplaces. Marketplaces are most relevant for retailers selling clothing and shoes and consumer electronics.”*⁷⁸

The Sector Inquiry’s findings in this field do not allow for the conclusion that marketplace bans are a *de facto* prohibition to online sales, such as found in the *Pierre Fabre* decision. Also, it does not allow for the conclusion that marketplace bans intend to restrict the actual use of the internet as a sales channel. A wide number of inquired retailers (61%) considered marketplaces not to be a relevant sales channel, since they sell their products through their own online shop. Hence, only 4% of the retailers use the marketplace as the

⁷⁵ *Ibid*: 150-155.

⁷⁶ *Ibid*: 153.

⁷⁷ *Ibid*: 153-154 and 290.

⁷⁸ *Ibid*: 154.

single online channel to sell their products, while 31% sell via both options: own online shops and marketplaces.⁷⁹

Moreover, the Sector Inquiry concluded that absolute marketplace bans are not to be considered as hardcore restrictions within the meaning of Article 4(b) and Article 4(c) of the BER, since the goal of these bans is not to segment markets on territory or customers. As stated by the EC “*they concern the question of **how** the distributor can sell the products over the internet and do not have the object to restrict **where** or to **whom** distributors can sell the products.*”⁸⁰ However, being considered as a non-hardcore restriction does not make this restriction automatically compliant with EU competition law. The Competition Authorities are free to analyse these restrictions when the agreement concerned falls outside the BER, “*either because the market share thresholds in Article 3 of the VBER are exceeded or because the agreements contain any of the listed hardcore restrictions in Article 4 of the VBER. The Commission or a National Competition Authority may also decide to withdraw the benefit of the VBER if in a particular case the marketplace bans restrict competition within the meaning of Article 101(1) TFEU and are incompatible with Article 101(3) TFEU.*”⁸¹

4. IS THE ASSESSMENT OF ONLINE SALES WITHIN SELECTIVE DISTRIBUTION SYSTEMS CLEAR ENOUGH AT THIS POINT? – A NATIONAL APPROACH

Even though both the CJEU and the EC have been working to answer questions concerning the relationship between SDS and marketplace bans, there is still the need for further clarity. Mainly, the question regarding the definition of “luxury products” that the Court failed to answer both in the *Pierre Fabre* and the *Coty* Decisions remains unsolved. It can be concluded from an overview of some national decisions where there is no consensus on how to interpret the CJEU’s decisions together with the BER and the Guidelines regarding online sales within an SDS. Moreover, it is important to state that, due to the lack of clarity in this field, there is no legal certainty within the EU since there is no uniform or clear interpretation from the Court nor the EC.

⁷⁹ *Ibid*: 154-155 and 290.

⁸⁰ *Ibid*: 155.

⁸¹ *Ibid*: 155 and 290-291.

Notwithstanding the *Coty* decision and its guidance on the enforcement of competition law, there is still a certain degree of legal uncertainty regarding bans on the use of online third-party platforms in some jurisdictions. Not all Member States seem to agree on the same train of thought. While countries such as Austria, Italy, France, and the Netherlands agree with the EC, there are jurisdictions such as Germany and Luxembourg that believe that this kind of ban on online platform should be considered a hardcore restriction in line with general restrictions on online sales, as stated in the *Pierre Fabre* decision. In order to have an overview of the national perspectives, we will analyse two different jurisdictions with different points of view: The Netherlands and Germany.

4.1. The Netherlands

The most relevant case in The Netherlands relates to the distribution agreement between Nike (the manufacturer) and Action Sport, a retailer of Nike's sportswear, footwear, and other related products. The dispute arose when the latter used a non-authorised online platform to sell Nike's products, breaching the SD agreement entered into between the parties. This agreement established a distribution policy that restricted authorised retailers, such as Action Sport, from selling Nike products via non-authorised parties.⁸² Nike decided to terminate the agreement and lodged a complaint against the distributor before the District Court of Amsterdam (hereinafter "DCA"). In the context of this lawsuit, the distributor stated that the agreement was in violation of competition law and thus should be considered null and void.⁸³

The DCA started by confirming that Nike was operating an SDS and that the criteria established by Nike to select distributors, such as the distributor's technical qualifications, his staff and the suitability of his trading premises, were uniform and non-discriminatory. Then, the DCA invoked the opinion of the Advocate General Wahl⁸⁴ in the *Coty* case to establish that "*having regard to their characteristics and their nature, luxury goods may require the implementation of a selective distribution system in order to preserve the quality of those goods and to ensure that they are properly used*"⁸⁵, and thus support the decision to allow Nike to establish an SD network for the distribution of

82 C / 13/615474 / HA ZA, Amsterdam Court, (2017): 16-959; Ten Have, 2017; Kmiecik, 2017.

83 *Ibid.*

84 *Coty* (n 28); Opinion of AG (n 39).

85 *Ibid.*

its products, to safeguard its luxury brand image.⁸⁶ Furthermore, the DCA also referred to the AG Opinion in the *Coty* Case where made reference to “[...] compliance with the qualitative requirements which may be lawfully imposed in the context of a selective distribution system can be effectively ensured only if the internet sales environment is devised by authorised distributors, who are contractually linked with the supplier/head of the distribution network, and not by a third-party operator, whose practices escape the influence of that supplier”, dismissing Action Sport’s argument regarding the anti-competitive effect of the ban on sales via non-authorised platforms.⁸⁷ Further, in the present case, the distributors were not banned from selling the products through online platforms, since Nike allowed their authorised distributors to sell products through some previously defined online platforms. However, Amazon did not comply with the criteria established by Nike to define the authorized platforms where its distributors could sell the products under the SDS. The DCA also stated that if Amazon met the qualitative criteria set by Nike and asked to be admitted as a part of the SDS, Nike would have to accept it as a member. In this regard, we should note that the BER enables a producer to operate a quantitative SDS and to exclude applicants irrespective of whether they comply with the qualitative criteria set for that system.⁸⁸

The DCA decided in favour of Nike, in October 2017, affirming that its SDS, despite the fact that it contained a ban on online sales through non-authorised third-party platforms, was intended to safeguard the luxury image of Nike’s brand, and was in accordance with competition law, stating that a ban on online selling through third-party platforms is not to be assessed as a hardcore competition restriction.⁸⁹

4.2. Germany

The German approach is the opposite of that adopted by the Netherlands, and the disparity between the opinions of the German Federal Cartel Office (hereinafter “FCO”) and the EC is clear, especially by the time of the publication of the FCO’s paper on the subject (the “FCO Paper”).⁹⁰

⁸⁶ Ten Have, 2017.

⁸⁷ *Coty* (n 28); Opinion of AG (n 39).

⁸⁸ Kmiecik, 2017.

⁸⁹ Ten Have, 2017.

⁹⁰ German Federal Cartel Office, *Competition and Consumer Protection in the Digital Economy: Competition restraints in online sales after Coty and Asics – what’s next?*, (2018); Westrup & Rohr, 2018; see also Decision

Following the *Coty* decision, the introduction of bans on online third-party platforms in the sphere of an SD agreement, particularly when luxury goods are involved – and when all the requirements, such as proportionality and non-discrimination, are fulfilled – were considered to be compliant with EU competition law. Nevertheless, in the opinion of the FCO, there were still some questions that remain unresolved.⁹¹ The FCO Paper presented three main arguments to justify the legal uncertainty that still persists even after the *Coty* decision. Firstly, this decision related to luxury products, which means that the decision can not apply to all other types of products and that the establishment of this kind of ban within an SDS when non-luxury goods are at stake may imply an infringement of competition law. The lack of a definition of “luxury products” is one of the main problems identified, and may lead to the acceptance of these bans regarding other products that should not be included in this category, jeopardizing the selectivity conferred by the *Coty* decision.⁹² Furthermore, the FCO referred to the general ban on the use of third-party online platforms as likely to be excessive regarding non-luxury goods, and that the brand image of these products could be protected by less restrictive measures. For instance, the online platforms that would be allowed to sell these products could be selected based on explicit and pre-determined requirements.⁹³ Lastly, the FCO was concerned about the application of the BER in relation to these bans. To justify this concern, the FCO started by referring to the *Pierre Fabre* decision⁹⁴ where the Court stated that suppliers cannot prohibit their distributors from selling the products via online sales, meaning that a ban on online sales *per se* is, in principle, a violation of EU competition law. The FCO’s main point was focused on the impact that online sales have in Germany. Moreover, the FCO noted that the impact of online sales is different from Member State to Member State. In this sense, and regarding the way the German market is structured, marketplaces and other websites that allow consumers to compare prices and characteristics

B2-98/11, *ASICS*, German Competition Authority, (2015); Decision B3-137/12, *Adidas*, German Competition Authority, (2014); Judgment 2-03 O 158/13, Frankfurt Regional Court (2014); and Judgment 16 U (Kart) 154/13, of the Schleswig Higher Regional Court (Germany), (2014).

91 FCO Paper (n 90).

92 FCO Paper (n 90); Steinvorth, 2018.

93 *Ibid.*

94 *Pierre Fabre* (n 39).

are truly relevant for its consumers and more meaningful in Germany than in other Member States, due to its consumers' behavioural patterns. Therefore, in Germany, banning a distributor's access to marketplaces could lead to a decline of perceptibility by consumers and, ultimately, to an unlawful exclusion of that distributor from online sales.⁹⁵

In addition, the German Federal Court of Justice ("GFCJ"), decided in the *ASICS* Case that sports and running shoes were not to be considered to be "luxury products", when analysing the company's online restrictions just a few days after the *Coty* decision was published.⁹⁶

That said, it is expected that both the FCO and the GFCJ will keep challenging these bans whenever they consider there is a possible violation of Competition law, since they are not keen on admitting the lawfulness of bans on a third-party platform to the same extent as the EC and the CJEU, provided that the "luxury product" concept is not defined in the same manner.

5. HOW TO DEAL WITH THE CURRENT SYSTEM AND IMPROVE LEGAL CERTAINTY?

As can be concluded from the chapters above, there is still a lot to be done in this field, and the answers provided by the CJEU and the EC until this moment are still not enough for EU law to be suited to the needs of digital markets.

Besides failing to provide a definition of "luxury products", the CJEU and the EC also fail to assess if the marketplace bans within an SDS amount to a restriction by object or a restriction by effect. Although the AG Opinion in the *Coty* case states that the marketplace bans that do not fulfil the Metro Rule, falling under the scope of Article 101(1) TFEU, shall be considered as restricting competition by effect, the CJEU's decisions failed to clarify this question. Therefore, uncertainty remains.⁹⁷

Notwithstanding the above, it is important to analyse the perspective of the CJEU's argument when evaluating marketplace bans, since it considered that it does not constitute a restriction of competition as foreseen in Article

⁹⁵ FCO Paper (n 90); Steinvorth, 2018.

⁹⁶ Decision n.º CPC 41/17, Bundesgerichtshof, (2017).

⁹⁷ European Commission, 2018: 3; Opinion of AG (n 39); *Coty* (n 28): §117.

4(b) or Article 4(c) of the BER, as it does not amount to a limitation on customers to whom distributors may sell their products nor to a restriction of passive sales to end-users by the SD network. As such, it might be concluded from the CJEU's reasoning, that those marketplace bans would not fall under the definitions of "customer group" or "passive sales", and therefore would not fall under the definition of a restriction by object.⁹⁸ However, the CJEU also submitted this analysis based on the fact that the products involved were "luxury products" and that the nature and characteristics of the products concerned should be taken into consideration in an assessment. Therefore, the Court did not clarify if this decision should only apply to "luxury products" or to other kinds of products that might justify the implementation of an SDS and failed to define those products, leaving room for different interpretations of the concept and opening the door to new litigation.

5.1. What is luxury in the eyes of the CJEU?

Despite the lead role that "luxury products" played in the *Coty* decision⁹⁹, the CJEU failed to provide a definition. Instead, the Court relied on the *Copad* Decision, where it stated that for a product to be considered a "luxury product" it is necessary to take into consideration not only its material characteristics but also its "*luxury aura*", which arises from the charisma and reputable image of the product. The CJEU considered, in that decision, that the "aura of luxury" guides consumers in distinguishing these products from all other similar products and thus luxury is a relevant characteristic to take into consideration. This is why the Court considered that an SDS is perfectly justified in these cases since it is the most suitable distribution system to safeguard the products "aura". Through the implementation of this system, manufacturers may ensure that the goods are presented in a way that will preserve their reputation and, therefore, will allow consumers to recognize their luxury status.¹⁰⁰

The CJEU established that when the Metro Rule conditions are fulfilled and "luxury products" are at stake, the SDS falls outside the scope of Article 101(1) TFEU and, thus, it complies with EU competition law. Following this line of thought, the *Coty* decision did not go against what was stated in the *Pierre Fabre* decision. Although the main issue in the latter decision was not

⁹⁸ European Commission (n 97): 4.

⁹⁹ *Coty* (n 28): §§25-29.

¹⁰⁰ *Copad* (n 46): §§24-26 and 28-29.

the characterization of the product as luxury or non-luxury, the Court made a reference to it stating that the products concerned in that case were not to be considered luxury products but only “cosmetic and body hygiene goods”.¹⁰¹ This reference brought to light some doubts regarding the Court’s interpretation of “luxury products” and whether this characteristic was, in fact, relevant for the final decision.

5.2. How should Luxury be defined?

At this point, it is clear that there is a need to find a definition for luxury products. For that reason, it is also important to establish the difference between brands and luxury brands as well as to understand what factors should be considered when labelling a brand or a product as luxury. Also, it should be stated that “luxury products” are mainly, if not exclusively, produced by luxury brands.¹⁰² There are several factors that can be taken into consideration when assessing if a certain brand is a luxury brand or not, such as product innovation, the exclusivity and strength of the brand, the high quality of the manufactured products and its distinction from other products and, often, the price of the products that are usually more expensive. Nevertheless, these factors should be considered in combination in order to identify a luxury brand and not individually, mainly considering the price factor, since there are several expensive products that cannot be considered luxury.¹⁰³ More than price, luxury is about exclusivity, since the distinction of the products and the fact that only a few consumers can afford to purchase them is one of the key means of perception of the brand as a luxury brand by consumers.¹⁰⁴ Furthermore, a product can be considered luxury not by its characteristics, but by the reaction, consumers have towards it.

There were several attempts to define luxury products. Firstly, Heine (2011) defined luxury brands as follows: “*luxury brands are regarded as images in the minds of consumers that comprise associations about a high level of price, quality, aesthetics, rarity, extraordinariness and a high degree of non-functional associations*”.¹⁰⁵ On the other hand, the Bernard Arnault from the CEO in *Louis*

¹⁰¹ *Coty* (n 28): §§30-35; Opinion of AG (n 39): §§75-84.

¹⁰² Heine, 2011: 47.

¹⁰³ Som & Blanckaert, 2015: 6-7 and 92; Bruce, Erihoff, Lindberg & Marshall, 2007: 252; Suuripää, 2018: 19.

¹⁰⁴ Sun, 2015: 411.

¹⁰⁵ Heine, 2011: 46.

*Vuitton*¹⁰⁶ defined it and reduced it to “*star brands*” that “*should be timeless, modern, fast-growing, and highly profitable*”.¹⁰⁷ Also The Boston Consulting Group provided us with a definition for luxury products as “*items, products, and services that deliver higher levels of quality, taste, and aspiration than conventional ones*”.¹⁰⁸ However, these definitions are not based on economic factors and all of them leave room for doubt, since what is considered luxury for some can be considered regular for others or a brand that is considered luxury in one year may not be in the following year given the dynamics of the markets.¹⁰⁹

Besides all these contributions and discussions regarding the definition of “luxury products”, there is still no information on when or if a definition will be provided. As has been discussed throughout this thesis, the current revision of the BER would be the perfect opportunity for the EC to insert a definition. In economic terms, while with a normal product an increase in income results in an increase in demand, meaning a positive income demand elasticity; when we have a luxury product, an increase in income causes a greater percentage increase in demand, meaning that when consumers’ income increases, they are willing to spend a greater part of it on these kinds of products. The main problem with a purely economic definition is that the analyses of these goods for the determination of whether or not they are luxury takes time that does not comply with the rapidly changing environment of the markets. What seems to stem from this research is that a definition of luxury products should not rely on a pure-economic approach but, also, should not rule it out. Therefore, the EC should provide a definition based on an economic approach, which would establish criteria able to withstand time and market variations and to overcome the time issues that a purely economic definition creates. This would provide guidance on what factors should be considered in order for brands and products to be considered luxury products.

106 LVMH Moët Hennessy – Louis Vuitton SE, also known as LVMH, is a French multinational luxury goods conglomerate headquartered in Paris.

107 Som & Blanckaert, 2015: 31.

108 *Ibid*: 30.

109 Suuripää, 2018: 20.

5.3. What about non-luxury products?

As mentioned in Chapter 3, the *Pierre Fabre* case related to a *de facto* ban on internet sales (of non-luxury products) while the *Coty* case considered a ban only on the use of third-party online platforms (of luxury products). Whereas in the former, the measure was considered to go beyond what was necessary, in the latter, the Court considered the prohibition to be necessary and consistent with its purpose, to preserve the quality of the products and its “luxury aura” and to ensure its proper use, as well as ensure the product was only associated with the authorised distributors within the network.¹¹⁰ This difference between both decisions justifies the CJEU’s conclusion, which is also in accordance with the Sector Inquiry, that an absolute ban on the use of marketplaces within an SDS is not to be considered as a hardcore restriction under Article 4(c) of the BER, since it does not represent an absolute ban on the use of the internet as a sales channel and still allows distributors to sell their products through online sales using their own website or third-party platforms not discernible to consumers.¹¹¹ Therefore, one of the questions that arises from the *Coty* decision is whether the CJEU’s intention was to confine this decision only to authentic luxury products or if, on the other hand, this conclusion fits all or some kinds of products. The lack of response to this question, as well as the lack of a definition of “luxury products”, may give rise to a significant amount of litigation. The doubt is enhanced since in *Pierre Fabre* the Court also referred to the qualification of the products as “luxury” or “non-luxury” even when the ban was an absolute ban on online sales and distinguished it from the *Coty* decision on this basis.¹¹²

Even though the CJEU has not yet clarified this point, it is in any case necessary to consider the possibility of including marketplace ban clauses in agreements including “non-luxury” products, by virtue of the exemption of the BER, if the parties concerned have less than 30% market share.¹¹³ In these cases, the clarification of whether the CJEU’s decision applies to luxury or non-luxury products as well as it is the definition of “luxury products” are irrelevant. In cases where the parties have a market share above 30%, the

¹¹⁰ Colangelo & Torti, 2018: 103.

¹¹¹ Sector Inquiry (n 2): §§41-42; Colangelo & Torti, 2018: 104.

¹¹² Colangelo & Torti, 2018: 104; *Coty* (n 28): §§32 and 34.

¹¹³ Opinion of AG (n 39): §66.

definition of “luxury products” is crucial for suppliers to know if they can rely on the *Coty* decision.

In a nutshell, the definition of “luxury products” is relevant to determine which marketplace bans do not fall within the scope of Article 101(1) TFEU, therefore are compliant with EU competition law, and which fall within the scope of this Article, and therefore need to be assessed under Article 101(3) TFEU. Consequently, SDSs which ban the use of marketplaces and which concern non-luxury products (falling within Article 101(1) TFEU) can be exempted by the BER if the undertakings concerned have less than 30% market share; or can be justified under Article 101(3) TFEU, when the conditions of this Article are fulfilled.

At this point, it is also relevant to mention that the CJEU, prior to the *Coty* decision, stated that an SDS may be necessary to safeguard the quality of products that are not included in the “luxury” field.¹¹⁴ Following the same line of thought, the AG in the *Coty* case stated that what is important to take into consideration are the properties of the products concerned that need to be preserved, and those properties can rely either on the luxury image of the products or on any other factor.¹¹⁵ Also, the Guidelines support this position by considering that “*qualitative and quantitative selective distribution is exempted by the Block Exemption Regulation as long as the market share of both supplier and buyer each do not exceed 30 %, even if combined with other non-hardcore vertical restraints [...] provided active selling by the authorised distributors to each other and to end users is not restricted*” and that “[t]he Block Exemption Regulation exempts selective distribution regardless of the nature of the product concerned and regardless of the nature of the selection criteria”.¹¹⁶

Furthermore, the EC’s opinion is that the CJEU’s reasoning on marketplace bans regarding their relationship with Article 4(b) and (c) of the BER are “*valid irrespective of the product category concerned [...] and are equally applicable to non-luxury products.*” The EC also stated that “[w]hether a platform ban has the object of restricting the territory into which, or the customers to whom the distributor can sell the products or whether it limits the distributor’s passive sales can logically not depend on the nature of the product concerned”.¹¹⁷ Moreover, the EC provided its own arguments to support the position that the bans on sales

114 Opinion of AG (n 39): §69; See C-31/80, *NV L’Oreal and SA L’Oreal v. PVBA De Nieuwe AMCK*, ECR 3775.

115 Opinion of AG (n 39): §87.

116 Guidelines (n 8): §176.

117 European Commission (n 97): 4.

thought marketplaces are not to be considered as hardcore restrictions under the BER, irrespective of the fact that the products concerned are luxury or non-luxury products: (1) the BER's main goal is to provide undertakings that enter into an agreement with legal certainty regarding its lawfulness under Article 101(1) TFEU. This will only be possible if the undertakings are capable of relying on the BER. If the nature of the product or the relevant market conditions were to be considered when assessing the existence of a hardcore restriction, the predictability of the BER and its practical effect of ensuring legal certainty for undertakings would be jeopardised¹¹⁸; (2) Article 4(b) of the BER applies to SDSs as well as under the scope of other distribution systems, therefore, this provision cannot rely on the nature and characteristics of the products to remove the exemption provided by the BER. Since the CJEU considered that the bans on the use of marketplaces do not restrict passive sales to end-users, complying with the conditions foreseen under Article 4(c) of the BER, it would not be correct to consider that the same marketplace bans would represent a restriction on passive sales under Article 4(b) of the BER which, as stated above, applies irrespective of the characteristics of the products.¹¹⁹

In the end, the definition of "luxury products" is relevant to avoid litigation on whether the Agreement is to be considered as falling within the scope of Article 101(1) TFEU, and thus automatically considered compliant with EU competition law. However, when it comes to assessing the legality of an SD agreement, which contains a marketplace ban, it is not as relevant, since it was already established that those restrictions are not considered as hardcore. Therefore, the SD agreements, even when not concerning luxury products, are likely to be considered exempt by the exception contained in Article 101(3) TFEU. In other words, when it comes to the assessment of an SDS, which falls within the scope of Article 101(1) TFEU, the nature and characteristics of the products are not relevant, since the BER applies irrespective of the kind of product at stake. Consequently, we are likely to think about the usefulness of the distinction between luxury and non-luxury products under the scope of the SDS in practical terms for the protection of competition.

118 T-51/89, *Tetra Pak Rausing SA v Commission*, EU:T:1990:41, §37; Opinion of AG (n 39): §§130-132; European Commission (n 97): 4.

119 European Commission (n 97): 4.

5.4. Would the selective distribution system be an alternative for the Fast-Moving Consumer Goods' distribution?

At this point, it is already clear that manufacturers of luxury goods to control quality and brand image often use an SDS. This system allows suppliers to select distributors based on number and criteria defined by them, according to their specific needs. It is not uncommon for this kind of agreement to contain restrictions imposed by the supplier on the distributor on the basis of which the latter is only permitted to sell products to other authorised distributors or to the final consumer and obligations can also be set, for instance, the conditions under which the products are sold or specific training the distributor might have to perform.

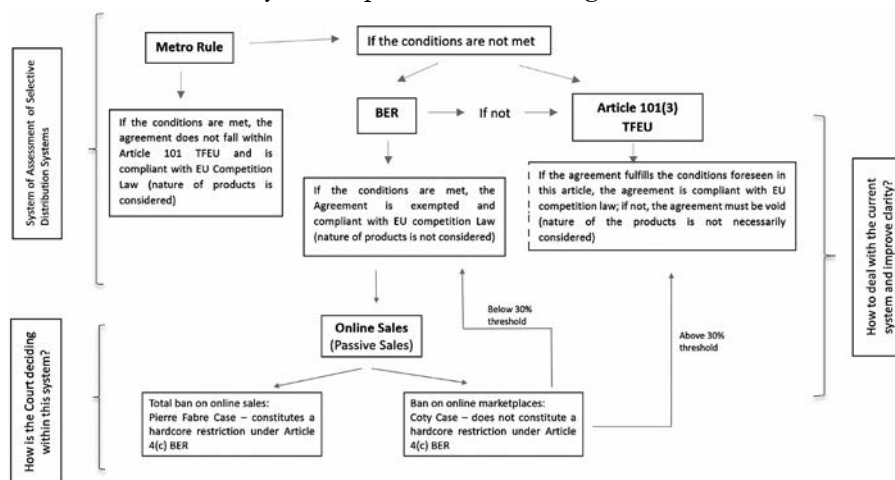
As it contains some restrictions, this distribution system needs to be carefully analysed before being implemented. A balance must be reached between the advantages and disadvantages of this system, since it may increase competition by adding value to the products concerned but it may also reduce competition by limiting the number of distributors in the market or by foreclosing the market to some suppliers or distributors or even to consumers who may have their possibilities of buying products reduced. The major advantages of this system are several, and start with the control the supplier may have over the products, defining how they should be sold, where, by whom and under which conditions. This allows suppliers to understand who their main consumers are, their preferences and demands, helps to implement better price strategies, increase effectiveness, and improve the quality of the product and the brand experience. Besides, this system improves business certainty as the supplier may define the most suitable criteria for selecting its distributors, define communication rules and provide training. On the other hand, the SD may also represent disadvantages such as a smaller capacity to enter into the market and to make the products known by consumers.

An SDS is often considered only for certain types of products, such as technological products, luxury products or cosmetics, which are, by their nature, more suitable to justify these restrictions under EU competition law because they require increased customer care, advice, and after-sale support. However, exactly what kind of business may or not implement selected distribution systems is not pre-defined, and that is why a standard of necessity must be taken into consideration.¹²⁰

¹²⁰ Wijkman & Tuytschaever, 2012: 206-207.

6. CONCLUSION

In a nutshell, this essay encompasses the following:



In conclusion, this study has shown that a lot of ground has been made, but also a lot still needs to be done in the field of EU competition law regarding the digital markets, in particular, in what concerns the marketplace bans. It also shows that, the Commission should take into special consideration the importance of legal certainty in the market. It should be kept in mind that the legislation needs to be in constant evolution. Whereas the world and science are constantly evolving, the legislation also needs to adapt in order not to become obsolete.

As the revision of the BER is now taking place, this might be the best opportunity to improve the current legal framework of selective distribution agreements and bring EU competition law closer to the digital reality.

The CJEU's decisions have evolved throughout the years and given more clarity to the SDS's legal framework. The *Coty* decision is the litmus test for clarity and legal certainty for market players, but it is also the basis for further discussion. The legal framework as it stands at this moment contributes to legal uncertainty and leaves room for litigation. It is necessary to determine if the *Coty* decision applies only to "luxury products" or not. This is important in order to understand when an agreement is automatically considered to fall outside the scope of Article 101(1) TFEU, even when including a marketplace restriction. In case it only applies to "luxury products", the definition of this type of product is necessary to provide legal certainty to market

players. For this reason, the EC should, first of all, state in the BER or in the Guidelines that marketplace bans do not represent hardcore restrictions, irrespective of the characteristics of the products concerned, as they do not represent a *per se* ban on online sales.¹²¹ In practical terms, this means that only undertakings with a market share above 30% of the relevant market will be affected by the distinction between “luxury or non-luxury products”, since the BER will exempt the remaining agreements from the application of Article 101(1) TFEU.

Secondly, the Commission should make it clear whether the BER is intended to apply irrespective of the nature and characteristics of the product at stake.

Thirdly, the EC should also define “luxury products”. The lack of this definition opens the door to different interpretations and litigation. At this point, not considering the marketplace ban as a hardcore restriction, an agreement involving luxury products that foresees such a restriction, will fall outside the scope of Article 101(1); and, an agreement involving non-luxury products – any kind of products – concluded by undertakings that have less than 30% market share, will fall within the scope of Article 101(1) but will be exempted by the BER and, if not exempted can still be justified by Article 101(3). But who knows what luxury products are? Where is the limit? What kind of products can be considered luxury? – a definition of luxury products would answer all these questions.

Lastly, and after all has been said, I am of the opinion that the EC should consider this subject on an economic-based perspective, focused on consumer welfare and on the potential efficiencies these restrictions might bring, helping to improve the legal framework of SDSs, representing a step forward in EU competition law. An example of these measures would be the establishment of clearly defined objective justifications for hardcore restrictions.¹²² Also, the EC should discuss a potential solid and firm list of objective justifications for hardcore restrictions with the stakeholders that would add to or replace the vague list present in the Guidelines, and provide more legal certainty for market players.

In conclusion, the EU Competition legal framework is not well adapted to the e-commerce and digital world reality and should, therefore, undertake some amendments to keep up with the development in Digital Markets. The revision of the BER that is now taking place is the best opportunity for the

121 EC (n 97): 4.

122 Vogel, 2016: 455-457; and Vogel, 2013: 281-282.

EC to bring competition law, especially concerning distribution agreements, into the Digital Era and to address the new reality of e-commerce. All the steps stated above would create awareness for the development and growing relevance of e-commerce, especially regarding distribution agreements, and would bring EU competition law into the Digital Market.

BIBLIOGRAPHY

ACCARDO, Gabriel

2013 “Vertical Antitrust Enforcement: Transatlantic Perspectives on Restrictions of Online Distribution under EU and US Competition Laws”, in *European Competition Journal*, vol. 9, n.º 2, pp. 225-340

AURICCHIO, Vito, PADELLARO, Matteo & TOMASSI, Paolo

2013 *Gli accordi di distribuzione commerciale nel diritto della concorrenza*, 1st edition, Wolters Kluwer Italia

BRUCE, Laura, ERIHOFF, Michael, LINDBERG, Steven & MARSHALL, Timothy

2007 *Design Dictionary: Perspectives on Design Terminology*, Basel: Birkhäuser

CIAN, Marco

2015 “Competition and Access to the Market – A Need for a Special Regulation in Online Service Supplying?”, in *Journal of European Consumer and Market Law*, Issue 1-2/2015, pp. 47-49

COLANGELO, Giuseppe & TORTI, Valerio

2018 “Selective Distribution and online marketplace restrictions under EU competition rules after Coty Prestige”, in *European Competition Journal*, vol. 14, Issue 1, pp. 81-109

DE FRANCESCHI, Alberto

2015 “The EU Digital Single Market Strategy in Light of the Consumer Rights Directive: The ‘Button Solution’ for Internet Cost Traps and the Need for a More Systematic Approach”, in *Journal of European Consumer and Market Law*, Issue 4/2015

E HAWK, Barry

1995 “System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law”, in *Common Law Market Review*, n.º 32, pp. 973-989

EUROPEAN COMMISSION

2017 *Antitrust: Commission publishes final report on e-commerce sector inquiry* (available at https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_1261)

- 2018 *EU competition rules and marketplace bans*, Competition policy brief (available at <https://ec.europa.eu/competition/publications/cpb/2018/kdak18001enn.pdf>)
- GOYDER, Joanna
- 1993 *EC Distribution Law*, London: Chancery Law Publishing
- HEDERSTRÖMAND, Josefine & PEEPERKORN, Luc
- 2016 “Vertical Restraints in On-line Sales: Comments on Some Recent Developments”, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 7, Issue 1, pp. 10-23
- HEINE, Klaus
- 2011 *The Concept of Luxury Brands*, Berlin: Technische Universität Berlin
- HUBERT, Patrick
- 2014 *Day-to-Day Competition Law: A Practical Guide for Businesses*, Brussels: Éditions Bruylant
- KIRSCH, Andreas & WEESNER, William
- 2006 “Can Antitrust Law Control E-Commerce? A Comparative Analysis in Light of U.S. and E.U. Antitrust Law”, in *University of California Davis Journal of International Law and Policy*, vol. 12:297, pp. 297-330
- KMIECIK, Andrzej
- 2017 *European Union: Dutch Court Renders Judgment on Legality of Nike’s Platform Sales Restrictions*, available at: <https://www.mondaq.com/antitrust-eu-competition-/650362/>
- LIEBER, Ethan & SYVERSON, Chad
- 2012 *Online v. Offline Competition – The Oxford Handbook of the Digital Economy*, Oxford: Oxford University Press
- MANYIKA, James & ROXBURGH, Charles
- 2011 *The great transformer: The impact of the Internet on economic growth and prosperity*, McKinsey Global Institute
- MONTI, Giorgio
- 2013 “Restraints on Selective Distribution Agreements”, in *World Competition*, vol. 4, pp. 489-512
- PAUTKE, Stephanie, SCHULTZE, Jörg-Martin & WAGENER, Dominique S.
- 2011 *Vertikal-GVO – Die Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen*, 3rd edition, Verlag Recht und Wirtschaft

ROMANO, Valerio C

- 2012 “ECJ Ruling on the Prohibition of On-line Sales in Selective Distribution Networks”, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 3, n.º 4, pp. 345-347

SOM, Ashok & BLANCKAERT, Christian

- 2015 *The Road to Luxury: The Evolution, Markets, and Strategies of Luxury Brand Management*, Singapore: John Wiley & Sons

STEINVORTH, Till

- 2018 *Platform Bans: German Competition Authority Critical Despite Coty Judgment*, in Orrick Blog. Available at: <https://www.mondaq.com/unitedstates/trade-regulation-practices/757930/platform-bans-german-competition-authority-critical-despite-coty-judgment>

SUN, Hoachen

- 2015 *Anti-dilution protection of luxury brands in the global economy*, in D. J. Gervais (ed.), *International Intellectual Property: A Handbook of Contemporary Research*, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing

SUURIPÄÄ, Tiia

- 2018 *Luxury Brands' Special Position in Competition Law – Especially in Articles 102 and 101(1) TFEU*, University of Turku

TEN HAVE, Floris

- 2017 *Nike can restrict sales via online platforms within its selective distribution system*, in *Stibbe Newsletter*, available at: <https://www.stibbe.com/en/news/2017/november/nike-can-restrict-sales-via-online-platforms-within-its-selective-distribution-system>

TOPLENSKY, Rochelle

- 2017 *ECJ rules in favour of Coty over online sales ban* in Financial Times, Ed. 6th December 2017, available at: <https://www.ft.com/content/cc6504a-da-7c-11e7-a039-c64b1c09b482>

VOGEL, Louis

- 2013 “Efficiency versus Regulation: The Application of EU Competition Law to distribution Agreements”, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 4, n.º 3, pp. 277-284
- 2016 “The Recent Application of EU and National Competition Law to Distribution Agreements: Does Competition Law Promote Efficient Distribution Networks?”, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 7, n.º 9, pp. 628-640

WESTRUP, Michaela & ROHR, Shazana

- 2018 *Platform bans under competition law – a German perspective*, in *Global Regulatory Enforcement Law Blog* available at: <https://www.globalregulatoryenforcementlawblog.com/2018/10/articles/antitrust-competition/platform-bans-under-competition-law-a-german-perspective/>

WIJKMANS, Frank & TUYTSCHAEVER, Filip

- 2012 *Vertical Agreements in EU Competition Law*, 2nd Edition, Oxford University Press

WITT, Anne C

- 2016 “Restrictions on the Use of Third-Party Platforms in Selective Distribution Agreements for Luxury Goods”, in *European Competition Journal*, 12:2-3: 435-461

LEGISLATION / GUIDELINES

EU

- 2012 Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union OJ C 326/47, Article 101(1)

European Commission

- 2001 *Notice on Agreements of Minor Importance that do not Appreciably Restrict Competition Under Art 101(1) TFEU*, OJ C368/13, 22.12.2001
- 2010a *Commission Regulation (EU) n.º 330/2010 of 20th of April 2010, on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices*, OJ L 102, 23.4.2010, p.1-7
- 2010b *Guidelines on Vertical Restraints*, OJ C130/1
- 2015 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Region, *A Digital Single Market Strategy for Europe*, COM 192 final
- 2017 *Final Report on the E-commerce Sector Inquiry*, SWD 229 final

National

German Federal Cartel Office

- 2018 Competition and Consumer Protection in the Digital Economy: *Competition restraints in online sales after Coty and Asics – what's next?*

CASE LAW

European

Judgment of the Court of Justice of 25th October 1977, *Metro SB-Großmärkte v. Commission (Metro I)*, C-26/76, ECR 1875, EU:C:1977:167

Judgment of the Court of Justice of 1st December 1980, *L'Oréal and SA L'Oréal v. PVBA De Nieuwe AMCK*, C-31/80 NV, ECR 3775, EU:C:1980:289

Judgment of the Court of Justice of 3rd July 1985, *Binon and Cie v. SA Agence et messageries de la presse*, C-243/83 SA ECR 2015, EU:C:1985:284

Judgment of the Court of Justice of 25th February 1986, *Windsurfing International Inc v Commission*, C-193/83, EU:C:1986:75

Judgment of the Court of Justice of 22nd October 1986, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG v. Commission*, C-75/84 (Metro II), ECR 3021, EU:C:1986:399

Judgment of the Court of First Instance of 10th July 1990, *Tetra Pak Rausing SA v Commission*, T-51/89, EU:T:1990:41

Judgment of the Court of Justice of 23rd April 1991, *Höfner & Elser v Macroton GmbH*, C-41/90, I-2010, EU:C:1991:161

Judgment of the Court of First Instance of 12th December 1996, *Groupement d'achat Edouard Leclerc v. Commission*, T-19/92 and T-88/91, ECR II-1851 and II-1961, EU:T:1996:192

Judgment of the Court of Justice of 23rd April 2009, *Copad v. Christian Dior couture SA*, C-59/08, ECR I-3429, EU:C:2009:260

Judgment of the Court of Justice of 6th October 2009, *GlaxoSmithKline Services Unlimited, formerly Glaxo Wellcome plc v Commission*, C-501, 513, 515 and 519/06-P, ISSN 1725-2423, EU:C:2009:610

Judgment of the Court of Justice of 13rd October 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS v. President de l'Autorite de la Concurrence*, C-439/09, ECR I-9419, EU:C:2011:649

Judgment of the Court of Justice of 6th December 2017, *Coty Germany GmbH v. Parfumerie Akzente GmbH*, C-230/16 [2017] EU:C:2017:941, EU:C:2017:941, Opinion of Advocate General Wahl, of 26 July 2017, ECLI:EU:C:2017:603

National

France

French Competition Authority

Decision of 12th December 2012, 12-D-23- *Bang & Olufsen*

Germany

German Competition Authority

Decision of 27th June 2014, B3-137/12- *Adidas*

Decision of 26th August 2015, B2-98/11- *ASICS*

Bundesgerichtshof

Judgment of 12th December 2017, CPC 41/17

District Court Frankfurt am Main

Judgment of 31st July 2014, Ref. 2-3 O 128/13

Frankfurt Regional Court (Germany)

Judgment of 18th June 2014, 2-03 O 158/13

Higher Regional Court Frankfurt am Main

Judgment of 19th April 2016, Ref. 11 U 96/14 (Kart)

Schleswig Higher Regional Court (Germany)

Judgment of 5th June 2014, 16 U (Kart) 154/13

The Netherlands

Amsterdam Court

Judgment of 4th October 2017 / C / 13/615474 / HA ZA 16-959

A OPERACIONALIDADE DO *PRIVATE*
ENFORCEMENT DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA
– DISSUAÇÃO, AÇÕES COLETIVAS E *THIRD-PARTY*
LITIGATION FUNDING

*Nuno Alexandre Pires Salpico**

ABSTRACT *The context and construction of private enforcement of competition law has grown with the transposition of the Damages Directive (2014/104/EU of November 26, 2014). Even so, such evolution will be useless if not followed by procedural forms capable of putting Law into practice. To this end, through an economic and legal analysis, we discuss the context of the practical impossibility of exercising private enforcement of competition law and the admissibility and feasibility of so-called collective actions and third-party litigation funding. Finally, we must also reinforce the premises that guide this area of competition law.*

SUMÁRIO 1. Enquadramento: public enforcement e private enforcement 2. Efeito dissuasor e preventivo no law enforcement e na responsabilidade civil 3. O enforcement do private enforcement 3.1. O contexto de impossibilidade e dificuldade do exercício do private enforcement 3.2. A solução processual: collective actions e third-party litigation funding 3.3. A efetividade do Direito na metodologia jurídica? 4. A prova – comentários 5. Conclusão

KEY-WORDS Private enforcement of competition law; Collective actions; Law enforcement; Deterrence; Economic analysis of litigation; Legal methodology.

* Licenciado em Direito e assistente convidado em Ciências Jurídico-económicas pela Faculdade de Direito de Lisboa da Universidade de Lisboa. Mestrando em Direito e Ciência Jurídica na especialidade de Direito Civil.

1. ENQUADRAMENTO: PUBLIC ENFORCEMENT E PRIVATE ENFORCEMENT

O Direito da Concorrência visa a manutenção da integridade do processo concorrencial pelas vantagens que lhe são inerentes, nomeadamente, os incentivos dos operadores económicos à inovação, qualidade e eficiência produtiva. Os mesmos incentivos permitem atingir maior eficiência na afetação de recursos, aumentando o bem-estar dos consumidores, expresso pelos preços mais baixos e pela maior possibilidade de escolha e satisfação de utilidades por parte destes.

O Direito da Concorrência da União Europeia tem-se expandido, sobretudo a respeito das disposições dos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, vinculando diretamente não só os Estados, mas também os particulares¹. O crescimento do Direito da Concorrência não dispensou, porém, a necessidade de reforço das normas, colocando a tónica no estudo do *public enforcement* e *private enforcement*.

Classicamente o centro do Direito da Concorrência subsumia-se ao *public enforcement*. Em oposição, a viragem no séc. XXI trouxe um maior debate sobre os limites do Direito da Concorrência, tendo surgido na literatura e na jurisprudência comunitária o chamado *private enforcement*, impulsionado com particular intensidade nos famosos casos C-295/04 – *Manfredi* e C-453/99, *Courage and Crehan*, em sede de ressarcimento de danos causados por condutas anticoncorrenciais. Na atualidade, é inegável que o Direito da Concorrência se vê composto por ambas vertentes de *public* e *private enforcement*^{2,3}. Com efeito, rapidamente se notou que as proibições de comportamentos

1 O chamado efeito direto, C-453/99, *Courage and Crehan*, EU:C:2001:465, p. 24-25; C-295/04 – *Manfredi*, EU:C:2006:461, p. 60-61; C-199/11, *Otis e o.*, EU:C:2012:684, p. 41, 43; C-536/11, *Donau Chemie AG*, EU:C:2013:366, para 21; C-637/17, *Cogeco Communications*, EU:C:2019:263, p. 37 e 38; Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado. O efeito direto já tinha sido consagrado a propósito do direito à indemnização por violação de normas comunitárias pelo Estado no C-479/93, *Francovich*, EU:C:1995:372, p. 32, 33 e 34], “Deve concluir-se que a plena eficácia das normas comunitárias seria posta em causa e a protecção dos direitos que as mesmas reconhecem estaria enfraquecida se os particulares não tivessem a possibilidade de obter reparação quando os seus direitos são lesados por uma violação do direito comunitário imputável ao Estado-membro” (*Ibid*, p. 33), e em geral, C-106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato/Simmenthal*, EU:C:1978:49, p. 23 e 24; C-213/89, *Factortame*, EU:C:1990:257, p. 18.

2 Sobre as vantagens e desvantagens (e a sua relação) do *public* e *private enforcement* vide Hüschelrath & Peyer, 2013: 586-614; Wils, 2009: 5-7, 8, 12, 15 e ss.; Bergh, 2013: 13-17; Wagner, 2007: 117 e ss..

3 Desafiando as dificuldades de distinção entre *public enforcement* e *private enforcement* no Direito português, principalmente a propósito dos meios processuais administrativos, Sérvulo Correia, 2008: 1752 e ss..

anticoncorrenciais (artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, doravante TFUE) e as normas nacionais correspondentes (em Portugal, os artigos 9.º e 10.º do Regime Jurídico da Concorrência) poderiam ser invocadas por particulares na tutela dos seus interesses e não só no domínio da prossecução do interesse público.

O *private enforcement* do Direito da Concorrência traduz um conceito amplo e rico⁴, consistindo, essencialmente na invocação de normas de Concorrência em tutela dos particulares, nomeadamente aqueles que sofram com cláusulas contratuais inadmissíveis para as referidas normas. Porém, o seu enfoque está direcionado à reclamação de indemnização de danos cometidos em consequência da violação do Direito da Concorrência, ou seja, é o sistema de responsabilidade civil resultante de infrações concorrenciais. Para este efeito recorda-se a famosa frase proferida no caso C-295/04 – *Manfredi*: “qualquer pessoa tem o direito de pedir a reparação do dano sofrido quando existe um nexo de causalidade entre o referido dano e um acordo ou uma prática proibida pelo artigo [101.º TFUE]”⁵. Neste contexto, existem três modalidades de tutela: as ações *follow-on*, as ações *stand-alone* e ações mistas. Nas primeiras, o lesado invoca a reparação de danos resultantes de uma conduta identificada no processo de *public enforcement* encabeçado pela Comissão Europeia ou pela Autoridade da Concorrência, consoante a infração constitua uma violação do Direito da União Europeia ou do Direito nacional, respetivamente. Nas ações *stand-alone*, o lesado exige uma indemnização causada por uma infração que ainda não foi declarada no âmbito do processo de *public enforcement*. Por último, as ações mistas abrangem elementos de ambas, *v.g.*, o lesado invoca uma infração com uma duração maior da declarada pelo *public enforcement*.

O *private enforcement*, embora seja uma área em crescimento e a sua tutela seja já consensual, não escapa a determinados problemas de efetividade. Na

4 “O *private enforcement* da concorrência abrange todas as circunstâncias em que uma pessoa, seja qual for a sua natureza (incluindo pessoas de direito público e de direito privado), promove uma ação perante uma autoridade judicial, ou entidade análoga com poderes vinculativos sobre as partes (*e.g.*, arbitragem ou mediação), na qual invoca normas europeias e/ou nacionais de concorrência em prol dos seus direitos ou interesses, ou de direitos ou interesses coletivos ou difusos, sem que esteja diretamente em causa a aplicação de contraordenações ou de medidas ao abrigo da Lei da Concorrência ou do direito europeu da concorrência, ou em que se promove, através das mesmas entidades, passos para preparar ou dar sequência a tais ações”, *cfr.* Sousa Ferro, 2016: 4. Sobre as definições comuns, *vide* Wils, 2017: 3 e ss.; Sérvulo Correia, 2008: 1773-1774.

5 C-295/04 – *Manfredi*, EU:C:2006:461, p. 61; C-199/11, *Otis e o.*, EU:C:2012:684, p. 43; C-536/11, *Donau Chemie AG*, EU:C:2013:366, para 21; C-637/17, *Cogeco Communications*, EU:C:2019:263, p. 41.

expressão de Gerhard Wagner, o *private enforcement* é um fruto difícil de colher, nomeadamente em três áreas: 1) a prova das infrações; 2) o cálculo e prova de danos; 3) os mecanismos processuais de tutela⁶. Existe ainda um problema de harmonização e de concretização das regras juridicamente aplicáveis, mas que vai sendo crescentemente ultrapassado, através da jurisprudência, mas essencialmente através da transposição da Diretiva 2014/104/UE⁷ do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de novembro de 2014 relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia.

Por fim, resta referir que em consequência da falta de harmonização e concretização das regras jurídicas aplicáveis ao *private enforcement* no âmbito do Direito da União Europeia estabeleceu-se o chamado princípio da efetividade. O princípio da efetividade⁸ vem consagrado no artigo 23.º n.º 2 da Lei portuguesa do Private Enforcement (de ora em diante, LPE), que transpõe a Diretiva 2014/104/UE⁹: “*A aplicação das regras substantivas e processuais relativas a ações de indemnização por danos resultantes de infrações ao direito da concorrência não podem tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício do direito à indemnização*”. Note-se que o princípio da efetividade no âmbito do exercício do direito à indemnização se encontra em vigência e vincula os Tribunais, mesmo previamente às leis de transposição e à Diretiva 2014/104/UE, uma vez que este princípio foi antes

6 Wagner, 2007: 121.

7 Vide o recente Documento de Trabalho da Comissão Europeia, sobre a aplicação da Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização por incumprimento das disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia ao abrigo da legislação nacional, acessível em https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/report_on_damages_directive_implementation.pdf.

8 O princípio da efetividade “subjativa” significa que “os Estados-Membros devem proporcionar a infraestrutura normativa (procedimental, processual e substantiva) suficiente para que as situações subjetivas criadas à sombra das normas comunitárias recebam a tutela adequada”, Cfr. Sérvulo Correia, 2008: 1782-1783.

9 O princípio da efetividade vem previsto no artigo 4.º da Diretiva 2014/104/UE: “*Em conformidade com o princípio da efetividade, os Estados-Membros asseguram que todas as regras e os processos nacionais respeitantes à apresentação dos pedidos de indemnização sejam concebidos e aplicados de modo a não tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício do direito, garantido pelo direito da União, à reparação integral dos danos causados por infração ao direito da concorrência. Em conformidade com o princípio da equivalência, as regras e os processos nacionais relativos a ações de indemnização resultantes de infrações aos artigos 101.º ou 102.º do TFUE não podem ser menos favoráveis para as partes alegadamente lesadas do que aqueles que regem ações de indemnização análogas resultantes de infrações ao direito nacional*”.

consagrado pela jurisprudência da União Europeia¹⁰. Tanto é assim que no C-637/17, *Cogeco Communications*, o TJUE declarou que as regras nacionais de prescrição em vigor antes da transposição da Diretiva 2014/104/UE violavam o princípio da efetividade¹¹. Veja-se, também, formulações do princípio da efetividade prévias à referida Diretiva: no C-453/99, *Courage and Crehan*: “Contudo, na ausência de regulamentação comunitária na matéria, compete à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro designar os órgãos jurisdicionais competentes e regular as modalidades processuais das acções judiciais destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos que para os cidadãos resultam do efeito directo do direito comunitário, desde que essas modalidades não sejam menos favoráveis do que as das acções análogas de natureza interna (princípio da equivalência) e não tornem praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária (princípio da efectividade) (v. acórdão de 10 de Julho de 1997, *Palmisani*, C-261/95, *Colect.*, p. I-4025, n.º 27)”¹². Também no C-360/09, *Pfleiderer AG*: “é necessário zelar por que as regras nacionais aplicáveis não sejam menos favoráveis do que as referentes às reclamações análogas de natureza interna e não sejam sistematizadas de modo a tornar impossível na prática ou excessivamente difícil a obtenção de tal reparação”¹³.

2. EFEITO DISSUASOR OU PREVENTIVO NO LAW ENFORCEMENT E NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Tanto o *public* como o *private enforcement* contam com um sistema de prevenção e de reforço, procurando provocar um efeito dissuasor sobre as condutas

10 Estabelecendo manifestações deste princípio: C-479/93, *Francovich*, EU:C:1995:372, p. 32, 33 e 34; C-106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato/Simmenthal*, EU:C:1978:49, p. 23 e 24; C-213/89, *Factortame*, EU:C:1990:257, p. 18. Já o estabelecendo diretamente, mas em relação à responsabilidade de um Estado-Membro por violação do Direito Comunitário, o C-261/95, *Palmisani/INPS*, EU:C:1997:351, p. 27.

11 C-637/17, *Cogeco Communications*, EU:C:2019:263, p. 30-34 e 38-55.

12 C-453/99, *Courage and Crehan*, EU:C:2001:465, p. 29 e 31.

13 C-360/09, *Pfleiderer AG*, EU:C:2011:389, p. 30, retomado nos C-536/11, *Donau Chemie AG*, EU:C:2013:366, p. 25; C-557/12, *Kone AG*, EU:C:2014:1317, p. 24 e 25; C-637/17, *Cogeco Communications*, EU:C:2019:263, p. 42, 43, 44, 47 e 55.

anticoncorrenciais, tornando-as custosas para o infrator^{14,15,16}. Na verdade, a prática de condutas ilícitas continuará a verificar-se desde que se sustenha vantajosa para os agentes¹⁷, portanto, o melhor modo de prevenção consiste na diminuição dos incentivos, particularmente através do aumento dos seus custos, de modo a suprimir a pretensa vantagem do ilícito. Num raciocínio económico simplificado, a avaliação empresarial é influenciada pelo aumento do valor da sanção por práticas ilícitas: por exemplo, se o prejuízo sofrido pela sanção da conduta anticoncorrencial for de 5 milhões de euros e a probabilidade de condenação for de 50%, na lógica do cálculo do *expected cost* ($5 \times 0.5 = 2.5$, sendo o custo de esperado de 2.5 milhões de euros) continua a compensar manter a atuação ilícita, desde que a mesma ofereça ganhos superiores a 2.5 milhões de euros. Ora, com a multiplicação dos custos, através da soma entre as sanções do *public enforcement* e *private enforcement* o ganho esperado pela prática de condutas ilícitas diminui exponencialmente. Vejamos um exemplo:

Se a sanção (do *public enforcement*) de uma conduta anticoncorrencial (F) é estabelecida no valor de 5 milhões de euros, e a probabilidade de condenação no valor de 50% (a), o custo esperado daquela conduta é de 2.5 milhões de euros ($F \times a$ ou 5×0.5), portanto compensa manter a prática da conduta ilícita desde que os seus ganhos (G) sejam superiores a 2.5 milhões de euros. Se à sanção pública de 5 milhões de euros (F) for adicionada outra (*máxime* a indemnização por reparação de danos, F_p), no valor de 3 milhões de euros, e assumindo que a probabilidade de condenação é a mesma (50%), o agente terá de calcular o custo de esperado de ambas as sanções ($F \times a$) + ($F_p \times a$) ou $(5 \times 0.5 = 2.5) + (3 \times 0.5 = 1.5)$, que será de 4 milhões de euros (2.5 + 1.5). Deste modo, com a soma das sanções, apenas recompensa ao agente a prática de uma conduta cujos ganhos

14 “The basic objective of a remedial system is to deter people from violating the law. Another objective is to compensate the victims of the violators (...) The law deters unlawful activity by making it costly to engage in” cfr. Posner, 2001: 266; Wagner, 2007: 115, 117, 121; Wils, 2017: 7-8; Wils, 2006: pp. 6 e ss..

15 O aumento probabilidade da condenação e do nível da sanção diminuem a utilidade esperada pela prática do comportamento ilícito, cfr. Becker, 1968: 177, 180 e ss.; Polinsky & Shavell, 1999: 5 e ss.; Hüschelrath & Peyer, 2013: 593 e ss..

16 Sobre os pressupostos de sanção no *public enforcement* do Direito da Concorrência Europeu, Frese, 2011: 399 e ss..

17 “when some people wish to behave in a certain way very much, as measured by the amount they gain from it or would be willing to pay rather than forgo it, they will pursue that wish until becomes too expensive for their purse and taste”, cfr. Becker & Stigler, 1974: 2. Sobre as condições necessárias para os agentes cometerem a ilicitude “The first condition is that they need an opportunity to commit a violation. Secondly, they need to be willing to commit a violation” Wils, 2006: 6.

(G) sejam superiores a 4 milhões (ao invés dos anteriores 2.5 milhões), atuando o agente sobre a seguinte fórmula:

$$G - [(F \times a) + (F_p \times a)] > 0$$

A cumulação das sanções do *public* e *private enforcement* não tem apenas um efeito de soma. Pode suceder que no *public enforcement* a prática seja sancionada e no *private enforcement* não se verifique qualquer condenação; ou que no *private enforcement* ocorra uma condenação de indemnização sem que a conduta tenha sido identificada e sancionada no *public enforcement*. Quer isto dizer que, pela possibilidade de o agente infrator poder ser sancionado por ambas as vias, aumenta o risco de lhe ser aplicada pelo menos uma sanção, e diminui o risco de não lhe ser aplicada nenhuma. Por outro lado, e em consequência, o *private enforcement* apresenta uma mais valia na descoberta e esclarecimento probatório e jurídico de condutas anticoncorrenciais, aumentando, assim, a probabilidade global de condenação (aG) – face à probabilidade de condenação isolada do *public enforcement* (aF), ou mesmo a probabilidade de condenação isolada do *private enforcement* (aFp) – elevando o custo esperado da conduta, o que exprime, em todo o caso, uma maximização do efeito preventivo:

$$aG > aF [(F \times a) + (F_p \times a)]$$

Ou melhor: $aG = [(aF + aFp - aFp) / 2] + aF^{18}$

18 Facilitando a compreensão com um exemplo: hipoteticamente, assuma-se que um agente (A) pretende atingir outro (B) com uma arma de fogo, cuja probabilidade de sucesso de cada disparo de bala isolado corresponde a 50 %. Se o agente A disparar dois tiros, a probabilidade de atingir B é superior a 50%.

Logo, voltando ao nosso exemplo, ao invés do agente considerar isoladamente os custos e ganhos de uma conduta que pode ser sancionada pelo *public enforcement*, o agente passará a ter de considerar a probabilidade global de condenação da sanção da conduta (aG), sendo que esta passará a 75%. Assumindo que a probabilidade (isolada) de condenação em ambas sanções de *public* e *private enforcement* é de 50%; que a soma das probabilidades é de 100% (50% + 50% = 100 %); a diferença entre a probabilidade total de condenação (soma das probabilidades do *public* e *private enforcement*, 100%) e a probabilidade resultante do *private enforcement* é de 50% (100% – 50% = 50%). Dividindo o valor desta diferença (50%) pelo número de sanções (2, o *public* e *private enforcement*), a probabilidade adicional resultante da segunda sanção do *private enforcement* é de 25% (50/2). Somando a probabilidade adicional de sanção do *private enforcement* (25%) com a probabilidade da sanção do *public enforcement* (50%), a probabilidade total de se verificar, pelo menos, uma sanção é de 75% (50% + 25%). Reproduzindo: $75 = [(50 + 50 - 50) / 2] + 50$.

Tal efeito preventivo não deve provocar estranheza dado que a responsabilidade civil tem, em geral, funções preventivas¹⁹, ainda que limitadas à função de reparação, no sentido em que a indemnização não pode exceder o dano. A prevenção expressa o desejo do legislador de não ocorrerem violações futuras de direitos e interesses protegidos pela Ordem Jurídica. Assim, se a responsabilidade civil é o mecanismo de Direito Privado de primeira linha de defesa dos direitos subjetivos privados não se podem negar as suas funções de reforço²⁰. Ora, no quadro do *private enforcement* do Direito da Concorrência, esta função de prevenção é consensual na doutrina e na jurisprudência:

“A plena eficácia do artigo [101.º TFUE] e, em particular, o efeito útil da proibição enunciada no seu n.º 1 seriam postos em causa se não fosse possível a qualquer pessoa pedir a reparação do prejuízo que lhe houvesse sido causado por um contrato ou um comportamento susceptível de restringir ou falsear o jogo da concorrência”²¹;

“Com efeito, um direito deste tipo reforça o carácter operacional das regras comunitárias da concorrência e é de natureza a desencorajar acordos ou práticas, frequentemente disfarçados, capazes de restringir ou falsear o jogo da concorrência. Nesta perspectiva, as acções de indemnização por perdas e danos junto dos órgãos jurisdicionais nacionais são susceptíveis de contribuir substancialmente para a manutenção de uma concorrência efectiva na Comunidade”²².

19 Para a função preventiva na reparação de danos vide De Cupis, 1975: 572-575; Vieira Gomes, 1989: 111-114; Pires Salpico, 2020b: 343-347.

Realçando os aspetos do regime que denotam um pendor preventivo e punitivo, tais como: a redução equitativa da indemnização em caso de negligência (artigo 494.º do Código Civil); pela exclusão ou redução da indemnização em caso de culpa do lesado (artigo 570.º do Código Civil); e a normal irrelevância da causa virtual na responsabilidade civil, cfr. Lourenço, 2006: 251-267; Mota Pinto, 2008: 720-721; Varela, 1994: 550-551.

20 “Ora a sanção das violações de direitos ou de bens jurídicos através de um dever de indemnização constitui uma espécie, e, porventura a mais eficaz de todas, da proteção dos bens jurídicos”, cfr. Monteiro, 1989: 304. Defendendo a função primordial de tutela a propósito dos direitos de personalidade, cfr. Pires Salpico, 2020b: 343 e ss..

21 C-295/04 – *Manfredi*, EU:C:2006:461, p. 60; C-453/99, *Courage and Crehan*, EU:C:2001:465, p. 26; C-199/11, *Otis e o.*, EU:C:2012:684, p. 41; C-557/12, *Kone AG*, EU:C:2014:1317, p. 24, 32, 33 e 36; C-637/17, *Cogeco Communications*, EU:C:2019:263, p. 39.

22 C-453/99, *Courage and Crehan*, EU:C:2001:465, p. 27; C-360/09, *Pfleiderer AG*, EU:C:2011:389, p. 29; C-199/11, *Otis e o.*, EU:C:2012:684, 42; C-536/11, *Donau Chemie AG*, EU:C:2013:366, p. 23; C-557/12, *Kone AG*, EU:C:2014:1317, p. 23; C-637/17, *Cogeco Communications*, EU:C:2019:263, p. 41.

A vertente reparadora dos danos sofridos pelos lesados em consequência da violação do Direito da Concorrência, ausente no *public enforcement*²³, é preenchida pelo *private enforcement*. Esta função reparadora de danos testemunha uma maior importância atualmente: a globalização e digitalização dos mercados contribuem para uma maior propagação do raio geográfico e material de consumidores afetados pela mesma conduta anticoncorrencial²⁴. Em resultado, se a mesma conduta de um agente económico atinge maiores repercussões e assume uma superior capacidade de penetração dos mercados, os efeitos danosos são multiplicados pelo conjunto de consumidores adicionalmente atingidos neste contexto.

Do ponto de vista preventivo, o *private enforcement* serve como um *plus* para o efeito dissuasor. Em síntese, a indemnização constitui um aumento dos custos para os infratores e, neste caso, os custos que os infratores terão de suportar correspondem, eventualmente, aos exatos danos por si provocados. Deste modo, os infratores do Direito da Concorrência internalizam as externalidades que provocaram nos seus concorrentes e consumidores através da conduta anticoncorrencial e, por conseguinte, obtêm maiores incentivos para evitar a verificação das referidas externalidades. Por outras palavras, uma vez que o infrator passa a estar obrigado à reparação de danos por si causados através de uma prática anticoncorrencial, passará a sofrer as consequências da sua conduta sobre outrem²⁵ (a *internalização de externalidades*). Logo, ao sofrer estas consequências, ganha incentivos para procurar evitar a adoção de práticas causadoras de danos. E mesmo que o agente decida manter as práticas ilícitas, devido à internalização de externalidades, irá privilegiar ou preferir aquelas que causem danos em menor quantidade.

23 *Public enforcement normally does not imply private recovery: no recovery accrues to the victim from the criminal or administrative sanction imposed on the person committing the mischief*, cfr. vide Nagy, 2019: 13; Wagner, 2007: 121.

24 Um exemplo consiste nos mercados de meios de pagamento através das plataformas de cartões bancários, que se expandiram em larga medida neste contexto. Uma conduta anticoncorrencial adotada por parte destas plataformas é apta a causar sobrepreços em vários agentes participantes em vários mercados como o mercado de emissão de cartões (entre bancos emitentes e *cardholders*) e o mercado de aceitação de cartões (entre bancos adquirentes e comerciantes), cujos efeitos acabam sempre repercutidos no mercado do retalho com o consumidor final. O próprio modo de funcionamento das plataformas contribui para uma maior concentração de mercado e, por conseguinte, para uma maior integração das cadeias de pagamentos entre Estados. Para este problema, em geral, vide Pires Salpico 2020a: 37-73.

25 Sem as regras de responsabilidade civil, em princípio, as consequências da conduta do agente que não atingem o próprio, são, para o mesmo, irrelevantes – ou, pelo menos, não são suficientemente relevantes para este considerar alterar a sua conduta.

Outra vantagem do *private enforcement* reside no objeto de tutela. O *private enforcement* consagra aos lesados um direito à reparação dos danos por estes sofridos. Como está em causa a defesa de interesses próprios^{26, 27}, embora podendo estar representados coletivamente (*v.g.* por associações de consumidores), os lesados dispõem de maiores incentivos na prossecução e maximização desta tutela; e não se esqueça que o progresso desta tutela reparadora promove o interesse público²⁸ ao reforçar e esclarecer²⁹ as normas do Direito da Concorrência e ao fornecer incentivos para o seu cumprimento. Ainda assim, os incentivos para prosseguir com a reclamação de danos poderão sofrer atenuações nas relações verticais, ou noutros casos em que os agentes do mercado partilham relações contratuais, pois os agentes podem temer de retaliações, perda de oportunidades de negócio e o eventual deterioramento da relação comercial³⁰. O incentivo privado de procura pela compensação de danos é acompanhado de um incentivo para a deteção das condutas anticoncorrenciais³¹. Por conseguinte, por todas as razões anteriormente elencadas, o *private enforcement* contribui para um maior grau de descoberta destas condutas.

Em oposição, questiona-se se o *private enforcement* acarreta consigo problemas de litigância excessiva e abusiva, bem como um efeito excessivo de

26 Aproveitando as premissas básicas da Análise Económica do Direito, segundo as quais o ser humano que atua racionalmente (dentro e fora do mercado) com base em interesses próprios, na procura da maximização dos seus fins e necessidades, *cfr.* Posner, 1983: 1-3; Posner, 1986: 3-4; Araújo, 2013: 28 e ss..

27 Respondendo à crítica sobre a prossecução de interesses próprios: “*What is wrong with self-interest?*” Wagner, 2007: 119; “*Private individuals tend to be motivated (quite reasonably) by narrow private interests*”, *cfr.* Dunne, 2014: 153.

28 C-453/99, *Courage and Crehan*, EU:C:2001:465, p. 27; C-360/09, *Pfleiderer AG*, EU:C:2011:389, p. 29; C-199/11, *Otis e o.*, EU:C:2012:684, 42; C-536/11, *Donau Chemie AG*, EU:C:2013:366, p. 23; C-557/12, *Kone AG*, EU:C:2014:1317, p. 23.

29 A incerteza é a palavra que domina a fronteira da licitude e ilicitude nos comportamentos adotados com incidência no Direito da Concorrência já que esta valoração normativa incorpora valorações económicas e confere relevância a fatores técnicos. A este propósito, nomeadamente sobre os artigos 101.º e 102.º do TFUE, *se refere uma relativa “open-textured structure of these provisions”*, *cfr.* Dunne, 2014: 146.

30 Bergh, 2013: 13-14.

31 Hüschelrath & Peyer, 2013: 595.

prevenção (*overdeterrence*)^{32,33} derivado da cumulação de sanções com o *public enforcement*. Sobre a litigância excessiva e abusiva será defendido *infra* (3.2) que o *private enforcement* não contribui significativamente para os referidos problemas. Adicionalmente, a hipótese de *overdeterrence* é alcançada num cenário difícil e irrealista, de com acordo com o qual a detecção e a condenação (pelo *public* e *private enforcement*) de práticas restritivas se situam num nível muito elevado ou a 100%. Tal cenário não se compadece com o quadro real de baixa detecção de práticas anticoncorrenciais³⁴ e de complexidade económica e probatória. Por outro lado, a preterição do *private enforcement* elimina a possibilidade de reparação de danos dos consumidores e, com isso, impede este modo de internalização (direta) de externalidades.

Em conclusão, a combinação entre *private enforcement* e *public enforcement* permite, em geral, uma maximização do reforço das normas, sem um sacrifício relevante e desrazoável.

3. O ENFORCEMENT DO PRIVATE ENFORCEMENT

3.1. O contexto de impossibilidade e dificuldade do exercício do *private enforcement*

Ainda que o Direito da União consinta aos lesados um mecanismo de reparação pelas infrações do Direito da Concorrência, de nada aproveita se o mesmo não for efetivo ou se carecer de condições de operacionalidade: *Ubi ius ibi remedium*³⁵ – nas famosas expressões “*Rights which cannot be enforced in*

32 Defendendo a falta de demonstração prática do *overdeterrence*, aliás, a nível mundial Connor, 2006: 5 e ss., 22 e ss.; em geral Hüschelrath & Peyer, 2013: 594-595, 607-608; a nível europeu, demonstrando a maior parte dos cartéis pratica uma “*overcharge*” (sobre-preço ilícito) baixa, contribuindo para a diminuição da sua detecção enquanto prática ilícita Smuda, 2012: 15 e ss..

33 No sentido de existir a *overdeterrence*, Breit & Elzinga, 1974: 329 e ss.. Problematicando a desejabilidade da cumulação de sanções, nomeadamente por afetar negativamente a estrutura de mercado, Wils, 2017: 40-41; Wils, 2006: 27-28.

34 Aliás, na maior parte dos estudos empíricos, a detecção está dentro de valores muito baixos como 20%, cfr. Connor, 2006: 8 e ss.; Hüschelrath & Peyer, 2013: 594-595, 607-608.

35 Ou *ubi remedium ibi ius*: “onde está o remédio, está o direito”, cfr. Correia, 1958: 448.

practice are worthless”³⁶. Efetivamente, a solidez de uma política de Direito da Concorrência depende dos seus mecanismos de reforço³⁷.

Do ponto de vista processual, o recurso ao *private enforcement* não é realizado de modo central. O *private enforcement* opera em termos nacionais. Assim, os lesados dirigem-se aos Tribunais do respetivo Estado-Membro, pedindo uma indemnização pelos prejuízos sofridos. Sucede a imputação de responsabilidade e a condenação em indemnização se preenchidos os pressupostos de responsabilidade estatuídos pelo respetivo regime aplicável. De todo o modo, qualquer pessoa física ou jurídica que sofra danos resultantes de uma infração ao direito da concorrência pode pedir a respetiva reparação (artigos 11.º e 30.º do Código de Processo Civil, doravante CPC)³⁸. Portanto: o consumidor, o retalhista, o grossista, o concorrente do infrator, o agente fornecido pelo infrator, todos podem pedir uma indemnização pelo dano ilicitamente sofrido. Todavia, recorrentemente, as infrações ao Direito Concorrência verdadeiramente potencializadoras de danos são levadas a cabo por grandes empresas, grandes grupos empresariais, ou até multinacionais, o que na prática pode dificultar a verdadeira aplicação deste regime³⁹.

Os agentes quando decidem se caminham pelo terreno judicial ponderam os custos e benefícios dessa escolha⁴⁰. Os custos legais e judiciais podem dis-

36 Documento de trabalho dos serviços da Comissão Europeia, consulta pública SEC(2011) 173 final, *Towards a Coherent European Approach to Collective Redress*, (2011/2089(INI)), para 1: “Rights which cannot be enforced in practice are worthless. Where substantive EU rights are infringed, citizens and businesses must be able to enforce the rights granted to them by EU legislation”, negrito nosso. Com sentido idêntico “the value of a right is determined by the legal consequences which ensue from its violation, namely the remedies available from its enforcement” [T Tridimas, *The General Principles of EU Law* (2nd edn, OUP 2006) 500-501, *apud*, Ioannidou, 2015: 6]. Por fim, “indeed, it is of no or nearly no value if the right is conceived as granted merely by a rule”, negrito nosso, cfr. Alexy, 1992:146, e mesmo numa perspetiva positivista “um mínimo de eficácia [da norma] (...) é condição da sua vigência” cfr. Kelsen, 1960: 11 (note-se que Kelsen fala de eficácia enquanto observância da norma e não sobre a produção de efeitos jurídicos).

37 Posner, 2001: 266.

38 Pereira, 2017: 663.

39 Analisando alternativas processuais para casos de *Mass Damages Claims*, Koch, 2014: 162-170; Recomendação da Comissão de 11 de junho de 2013 sobre os princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela coletiva inibitórios e indemnizatórios dos Estados-Membros aplicáveis às violações de direitos garantidos pelo direito da União, (2013/396/UE).

40 Os custos (processuais e relacionados) do autor devem, pelo menos, ser inferiores às expetativas de ganho com o desfecho do processo. Caso contrário, o autor não tem incentivo para litigar, cfr. Kaplow & Shavell, 1999: 44 e ss.; Shavell, 1982: 333-339; Patrício, 2005: 13-20, 45 e ss.; Rossi & Sousa Ferro, 2013: 67 e ss.; Bergh, 2013: 13-14 e 20. Em geral, Sunstein, 2000: 1-40.

suadir os agentes da litigância⁴¹, “*despite the fact that access to the courts for all citizens is a fundamental pillar of our society (...) [t]he primary economic barrier to pursuing a lawsuit is legal fees*”⁴². Os custos do autor podem ligar-se às suas relações económicas, por exemplo, numa relação vertical, o lesado enfrenta as consequências da quebra do contrato com o infrator⁴³. Além de existirem custos irrecuperáveis, a vantagem decorrente da litigância caminha de mão dada com a sorte do seu desfecho, o qual pode ser favorável ou não, consoante as probabilidades do respetivo sucesso processual. Neste âmbito, as regras do ónus da prova desempenham um papel fundamental, pois, na dúvida do julgador, permitem-no decidir num certo sentido, provocando incentivos de carrear meios de prova no processo para a parte onerada⁴⁴ e, de certo modo, trazendo algum conforto e relativa segurança à parte não onerada. Em consequência, a parte onerada suporta o custo inicial da investigação respeitante ao litígio⁴⁵.

Portanto, o autor da litigância considera um conjunto de custos fixos ou não reembolsáveis (C_f), custos que podem ser reembolsáveis (Cr), mas dependentes do desfecho favorável e ainda os ganhos (G), igualmente dependentes de uma decisão favorável. Dado que Cr e G dependem do desfecho da decisão, o seu custo/utilidade esperada é medido consoante a probabilidade do desfecho favorável (aV) ou desfavorável da ação (aD). Compensaria litigar se:

$$(G \times aV) - C_f + (Cr \times aD) > 0^{46}$$

41 Vide Nagy, 2019: 12.

42 “*The civil justice system is out of the reach of most Canadians, despite the fact that access to the courts for all citizens is a fundamental pillar of our society. The primary economic barrier to pursuing a lawsuit is legal fees*” cfr. Puri, 1998: 517.

43 Tal como os efeitos negativos nas relações para com outras empresas, cfr. Rossi & Sousa Ferro, 2013: 68; Bergh, 2013: 13-14.

44 Rosenberg, 2002: 32; Pires Salpico, 2020c: 47-48.

45 Hüschelrath & Peyer, 2013: 597.

46 Se o valor de indemnização for de 5.000, e a probabilidade de uma decisão favorável de 50%, a utilidade esperada é de 2.500 (5.000×0.5). Se os custos não reembolsáveis forem de 1000 e os custos reembolsáveis de 2000, e a probabilidade de uma decisão desfavorável de 50%, os custos esperados serão de 1000 (2000×0.5), e a soma entre os custos esperados e os custos não reembolsáveis resulta no valor de 2000 ($1000 + 1000$). Como a diferença entre a utilidade esperada (2.500) e a soma entre os custos reembolsáveis e não reembolsáveis (2000) é superior a 0, seria razoável litigar.

Em torno do *private enforcement* do Direito da Concorrência, facilmente se denota a fragilidade da posição judicial do lesado⁴⁷, por exemplo: de um pequeno retalhista, dada a morosidade do processo, o desequilíbrio económico das partes, a complexidade do contexto jurídico-económico das condutas e do cálculo de danos respeitante. A complexidade não é só jurídica, é também uma complexidade processual, especialmente na vertente probatória⁴⁸, seja na prova da conduta ilícita (*v.g.* os cartéis que, normalmente, são de natureza secreta) ou na prova e cálculo dos danos. Deste modo, estão envolvidas dispendiosas perícias económicas⁴⁹, e os custos relacionados com os advogados são elevados em comparação com as ações cíveis normais, tanto pelo nível de especialização necessário como pela extrema complexidade dos casos por via de regra. Neste âmbito, o problema não é certamente resolvido com o apoio judiciário em Portugal, o qual não consegue ser acedido pela esmagadora maioria de pessoas singulares e empresas⁵⁰. Em segundo lugar, sucede que, por regra, ou se trata de danos com uma larga dispersão entre lesados⁵¹, ou estão em causa danos em massa, acentuando as dificuldades probatórias a este respeito.

47 Cfr. Sérvulo Correia, 2008: 1782-1783. Discutindo os principais custos: custas processuais, honorários de advogado, tempo, custos de organização e possíveis retaliações, cfr. Rossi & Sousa Ferro, 2013: 69-72; Coutinho de Abreu, 2011: 104 e ss..

48 Sobre o conceito de impossibilidade de prova e dificuldade de prova por nós proposto, *vide* Pires Salpico, 2020c: 64-71.

49 Hüscherlath & Peyer, 2013: 604-607. Vale a lista de dificuldades práticas apresentadas em Schreiber & Seegers: 2019: 51: “a necessidade de demonstrar e provar os efeitos danosos das infrações ao direito da concorrência à escala do mercado, nomeadamente os cartéis, sobre as empresas individuais: qualquer análise e quantificação económica, incluindo os aspetos de causalidade, requer normalmente dados e informações detalhadas cobrindo o mercado afetado de forma ideal antes, durante e após a infração:

- assimetrias de informação e falta de provas, devido à natureza secreta dos cartéis;
- potenciais tensões nas relações comerciais em curso associadas a uma exposição individual... seguro para os (múltiplos) arguidos;
- o risco de litígio arrastado devido às complexidades jurídicas e económicas inerentes;
- custos elevados para advogados e peritos económicos, embora o resultado do processo seja incerto;
- custas processuais potencialmente elevadas e assimetrias de custo/risco entre requerentes e (múltiplos) réus, uma vez que os cartéis têm, por definição, numerosos participantes; e
- em casos a nível da UE, os membros do cartel estão sediados e ativos em várias jurisdições ao passo que as vítimas sofreram danos em toda a Europa” (tradução nossa).

50 Vejam-se os restritos requisitos para o apoio judiciário nos artigos 7.º, 8.º, 8.º-A, 8.º-B, 10.º e 11.º da Lei n.º 34/2004, de 29 de julho.

51 Wagner, 2007: 122.

3.2. A solução processual: *collective actions* e *third-party litigation funding*

Neste propósito debatido *supra*, discutem-se as *collective actions* ou *class actions*^{52,53} e o *third-party litigation funding*. Prossiga-se, então, para uma reflexão de alguns dos pontos mais debatidos destas figuras.

No espaço jurídico da União Europeia, com vista à harmonização de regras no que respeita às *collective actions* para o *enforcement* do Direito da União, foi recentemente publicada a Diretiva (UE) 2020/1828⁵⁴, embora de aplicação limitada a um conjunto típico de infrações ao Direito da União, onde não se incluem as infrações às normas da concorrência (artigo 2.º e Anexo da Diretiva).

Especificamente, no Direito português, a *actio popularis*⁵⁵, meio já previsto desde as Ordenações Manuelinas⁵⁶, consiste num dos mecanismos idóneos para a prossecução do *private enforcement*, aproveitando a legitimidade ativa, por exemplo, de pessoas coletivas defensoras dos interesses difusos ou interesses individuais homogêneos em causa⁵⁷ (artigos 52.º n.º 3 da Constituição da República Portuguesa, 31.º do CPC e o artigo 3.º da Lei n.º 83/95, também

52 Sobre este aspeto, cfr. Nagy, 2019: 71-73. Para uma análise do contexto europeu das *collective actions*, *ibidem*, pp. 73-106; Malinauskaite, 2019: 265 e ss.; Schreiber & Seegers: 2019: 49 e ss..

53 Existem duas formas distintas de ações: *opt-in* e *opt-out*. Nas ações *opt-in*, um conjunto de agentes decidem participar, ou serem representados na ação. Nas ações *opt-out*, por exemplo de indemnização de danos, pode ser feito o pedido de reparação em representação de um conjunto de lesados sobre critérios determinados, sem a necessidade do seu prévio consentimento, mas podendo estes optar pela exclusão da sua participação ou representação na ação.

54 Tecendo críticas à Diretiva, veja-se a nota de Maria José Azar-Baud e Miguel Sousa Ferro disponível via <https://eulawlive.com/op-ed-directive-on-consumer-representative-actions-a-sheep-in-wolfs-clothing-by-maria-jose-azar-baud-and-miguel-sousa-ferro/>.

55 Desde o Direito Romano se estabeleceu a ação popular, destinada a proteger interesses não meramente particulares. São exemplos “a *actio de albo corrupto* através da qual se demanda quem alterou conscientemente o edictum do pretor exposto ao público (D. 2,1,7), a *actio de sepulchro violato* que se pode intentar contra o violador de sepulturas (D. 47,12,3); a *actio de positis et suspensis* que pune o ocupante numa casa que pôs ou suspendeu algum objecto que pode cair na rua e causar danos (D. 9,3,5,6)”, cfr. Justo, 2018: 136.

56 Ordenações Manuelinas, 1521, Título XLVI: Dos Vereadores das Cidades, e Villas, e cousas que a seus Offícios pertencem.

57 Os interesses difusos correspondem à tutela de “*posições jurídicas materiais que, sendo pertença de todos os membros de uma certa comunidade, não são, todavia, apropriáveis por nenhum deles em termos individuais (...) um conjunto de interesses solidariamente comuns aos membros de uma comunidade e cuja titularidade se mostra indivisível através de um processo de apropriação individual*” Otero, 1999: 872 e 876 e ss.; vide também Ascensão, 2003: 22-24.

conhecida como Lei da Ação Popular, doravante referida como LAP)^{58,59}. O mecanismo da *actio popularis* prevê alguns benefícios⁶⁰: ao autor não são exigidos preparos (artigo 20.º n.º 1 da LAP) e este fica isento do pagamento de custas em caso de procedência parcial do pedido (artigo 20.º n.º 2 da LAP); em caso de improcedência total do pedido o autor será condenado em montante a fixar pelo julgador entre 10% e 50% das custas que normalmente seriam devidas, tendo em conta a sua situação económica e a razão formal ou substantiva da improcedência (artigo 20.º n.º 3 da LAP).

A utilização do mecanismo da ação popular para efeitos de reparação de danos não é uma novidade trazida pelo *private enforcement* do Direito da Concorrência. Por um lado, no domínio da defesa do consumidor, o Supremo Tribunal de Justiça admitira o mecanismo de ação popular para efeitos de ressarcimento de danos⁶¹. Por outro, o legislador já prevê a utilização ação popular no domínio da tutela dos interesses individuais homogêneos ou coletivos dos investidores não profissionais em instrumentos financeiros para efeitos de indemnização (artigo 31.º do Código dos Valores Mobiliários)⁶². No mesmo sentido, também a Lei do *Private Enforcement* vem a reconhecer a ação popular como opção de mecanismo apto à prossecução da tutela ressarcitória (artigo 19.º LPE), embora, como se nota, não existisse qualquer obstáculo a esta possibilidade previamente a esta lei. Refira-se, igualmente, que é admissível a reparação de danos para interesses individuais homogêneos, mesmo quando a individualização não seja possível, tal como se sucede no regime dos valores mobiliários (artigo 31.º n.º 3 Código dos Valores Mobiliários)⁶³.

58 Rossi & Sousa Ferro, 2013: 37; Sérvulo Correia, 2008: 1178-1779; Pereira, 2017: 663.

59 Sobre a legitimidade processual popular *vide* Amado Gomes, 2016: 38 e ss. (50-52, em especial, sobre a legitimidade popular para reparação de danos). Aliás, refere a Professora que “o exercício do direito de acesso à justiça investido em legitimidade popular não é um direito exclusivo dos portugueses mas também de todos os estrangeiros em Portugal” (*Ibid*, p. 39). Aplicando o raciocínio ao *private enforcement* do Direito da Concorrência, tal implica que a ação popular englobe os consumidores lesados por infrações em Portugal, mesmo que estrangeiros.

60 Rossi & Sousa Ferro, 2013: 53.

61 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23.09.1997, processo n.º 97B503 [Miranda Gusmão], consultável via disponível via www.dgsi.pt; acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 07.10.2003, processo n.º 03A1243 [Nuno Cameira], consultável via disponível via www.dgsi.pt.

62 Sobre o regime, *vide* Ascensão, 2003: 20 e ss..

63 Rossi & Sousa Ferro, 2013: 59-60.

Por fim, realce-se um aspeto anteriormente referido (*supra* 2.). Como a globalização e digitalização dos mercados contribuem para uma maior propagação do raio de consumidores afetados pela mesma conduta, as ações coletivas, se instauradas, servem o propósito de alcançar uma defesa mais concentrada, próxima e eficiente de cada grupo homogêneo (ou em condições homogêneas) de consumidores de uma determinada área atingida pela conduta anticoncorrencial.

Ligado ao financiamento de ações de *private enforcement* (nomeadamente, ações coletivas⁶⁴), o “*third-party litigation funding*”^{65,66,67}, ou acordo de financiamento de contencioso revela-se um mecanismo apto à prossecução do *private enforcement* com sucesso, produzindo, através da eliminação das barreiras económicas⁶⁸, incentivos a essa litigância. O *third-party litigation funding* envolve o financiamento por parte de um terceiro dos custos do litígio a favor de uma das partes processuais, em contrapartida de uma porção dos ganhos obtidos em juízo. Pode dizer-se, a favor, que estes acordos, ao vestir o lesado de mais meios, não só contribuem para o acesso à justiça, como contribuem para o sucesso da ação⁶⁹. A este respeito, o conhecido caso *Merricks*, apreciado pelo Competition Appeal Tribunal no Reino Unido é protagonista na admissão deste tipo de financiamento de *class actions* de reparação de danos, dada a dependência do funcionamento das *class actions* no Direito da Concorrência em relação ao *third-party litigation funding*⁷⁰.

64 Schreiber & Seegers: 2019: 59.

65 “Originariamente surgido e difundido nos Estados Unidos no seio do contencioso judicial (“litigation funding”) nos finais do século passado, não só depressa se difundiu noutras jurisdições (Reino Unido, Austrália e Alemanha) como se tornou particularmente popular no domínio da arbitragem, particularmente na arbitragem comercial internacional e, mais recentemente, na denominada arbitragem de protecção de investimentos estrangeiros”, cfr Henriques, 2015: 575. Neste contexto é famosa a recente reforma de Hong Kong em 2017. Para leitura do contexto, vide *The Law Reform Commission of Hong Kong Third Party Funding for Arbitration Sub – Committee, Third Party Funding for Arbitration, Consultation Paper*, 2015, consultável via <http://www.hkreform.gov.hk>.

66 Sobre o fenómeno, Veljanovski, 2012: 405-450; Henriques, 2015: 573-624. Numa perspectiva de análise económica vide Hylton, 2012: 701-741.

67 Sobre a timidez do *third-party litigation funding* em Portugal, vide Henriques & Albuquerque, 2017: 112-124.

68 Puri, 1998: 518-520.

69 Schreiber & Seegers: 2019: 59.

70 Acórdão do Competition Appeal Tribunal de 21/07/2017, caso 1266/7/7/16, [2017] CAT 16, consultável https://www.catribunal.org.uk/sites/default/files/2.1266_Walter_Hugh_Judgment_CAT_16_210717.pdf, sendo que o Tribunal foi claro em admitir que a improcedência não se devia ao acordo de financiamento, mas sim à falta de adequação do pedido. Veja-se o p. 127: “*The Government in promoting the legislation therefore*

No que toca a outras jurisdições, a admissibilidade do *third-party litigation funding* tem sido contestada^{71,72} durante a prática da litigância pelas já usuais críticas no sentido de o mecanismo permitir o *abusive e excessive litigation*. Do ponto de vista da atividade, não parecem surgir verdadeiros obstáculos de licitude. Por um lado, o financiamento dos custos da litigância, com um esquema remuneratório que incida sobre uma percentagem do valor em caso de sucesso judicial não viola a proibição da quota-litis (prevista no artigo 106.º dos Estatutos da Ordem dos Advogados) porque os honorários dos advogados permanecem devidos e não dependem do desfecho processual da ação⁷³. Por outro, a atividade do financiamento litigioso não se enquadra na banca, bolsa e seguros⁷⁴. Igualmente, tendo em conta que o propósito do

clearly envisaged that many collective actions would be dependent on third party funding, and it is self-evident that this could not be achieved unless the class representative incurred a conditional liability for the funder's costs, which could be discharged through recovery out of the unclaimed damages"; Acórdão do Competition Appeal Tribunal de 28/10/2019 no caso 1282/7/7/18, [2019] CAT 26, consultável https://www.catribunal.org.uk/sites/default/files/2019-10/1282-1289_Trucks_Judgment_281019.pdf, p. 65-66: “*The regime of collective proceedings introduced into the CA [Competition Act] for competition claims by the Consumer Rights Act 2015 is dependent on TPF [third-party funding] for its success since there will be few cases where the class members will themselves be able to fund their claims.*” *The Tribunal continued: “There are different models of commercial litigation funding now adopted by members of the ALF (...) and it would be wrong for the Tribunal to seek to place TPF for the purpose of collective proceedings under the CA into a straightjacket. On the contrary, the Tribunal seeks to facilitate the access to justice for claimants achieved by properly constituted collective proceedings. In that regard, the concern of the Tribunal when reviewing a [litigation funding agreement] is (a) that the terms of the funding agreement do not impair the ability of the class representative to act fairly and adequately in the interests of the class members, and (b) that adequate funding has been arranged to pursue the litigation effectively in the interests of the class members.”*

71 A crítica não é recente, assumindo preocupações dos tempos da Idade Média, que sobreviveram ao século XVIII para merecer as críticas de Jeremy Bentham e Blackstone, advogando pela proibição da “*Maintenance*” (financiamento de processos judiciais por parte de terceiro) e da “*Champerty*” que é um tipo de “*Maintenance*” onde o terceiro colhe uma parte dos proveitos resultantes da decisão judicial cfr. Hylton, 2012: 705 e ss..

72 A propósito das objeções, cfr. Nagy, 2019: 23 e ss.; Richmond, 2019: 62 e ss., e 68-69; Rodger, Sousa Ferro & Marcos, 2018: 473-478. Referindo que a exclusão do tema da regulação da Diretiva se deveu a razões meramente políticas, Schreiber & Seegers: 2019: 52. Bergh, 2013: 13, 17. Veja-se, também os considerandos 19 e 20 da Recomendação da Comissão de 11 de junho de 2013 sobre os princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela coletiva inibitórios e indemnizatórios dos Estados-Membros aplicáveis às violações de direitos garantidos pelo direito da União, (2013/396/UE): “(19) A disponibilidade de financiamento para os litígios no âmbito da tutela coletiva deve ser definida de modo que não permita abusos do sistema ou conflitos de interesses (...) (20) Para evitar uma utilização abusiva do sistema, e no interesse de uma boa administração da justiça, não deve ser autorizada a propositura de uma ação judicial de tutela coletiva se não estiverem reunidas as condições de admissibilidade estabelecidas por lei”.

73 Henriques, 2015: 616-617; Henriques & Albuquerque, 2017: 115.

74 Cfr. Henriques, 2015: 614-616; Henriques & Albuquerque, 2017: 114, além de a prática contratual dos acordos de financiamento de litígios não se enquadrar, em sede de atividade bancária, nas definições de sujeitos e atividades presentes nos artigos 2.º-A e 4.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e

third-party litigation funding reside no financiamento de ações tipicamente custosas, traduzindo-se num modo de viabilizar o eficaz exercício dos direitos dos lesados, dificilmente se verificam proibições imediatas de negócios usurários (artigo 282.º do Código Civil) ou de negócios contrários aos bons costumes (artigos 280.º e 281.º) – quando, curiosamente, o *third-party litigation funding* parece ser um modo de sanar a situação do lesado de “*necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência (...) de outrem*”, nas palavras da lei a propósito da qualificação da situação usurária (cfr. o artigo 282.º do Código Civil). Diga-se, aliás, que tal desequilíbrio – onde alguém explora a “*situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência (...) de outrem*” obtendo “*deste, para si ou para terceiro, a promessa ou a concessão de benefícios excessivos ou injustificados*” – sugere verificar-se na relação entre o lesante infrator das normas da Concorrência e o lesado, que não consegue efetivar os seus direitos. Verdadeiramente, do ponto de vista estrutural não existe usura. Porém, a análise deve ser casuística consoante os contratos existentes⁷⁵ e a situação material subjacente.

Assumindo, porventura, que a ilicitude do acordo de financiamento é unicamente atribuída em função das consequências da sua aplicação, *maxime*, a suscetibilidade de utilização abusiva do mecanismo e do abuso de litigância, nesse caso, prevenindo-se o abuso, a ilicitude é eliminada. Neste sentido, procura-se demonstrar que a utilização abusiva do mecanismo é prevenida pelo nosso regime e que as vantagens da sua utilização superam as desvantagens.

Em qualquer caso, estes mecanismos contribuem para mitigar os riscos e custos das ações, proporcionando uma melhor expectativa de ganhos, e reduzindo os incentivos para não litigar^{76, 77}.

Com efeito, no domínio económico – seja nas ações coletivas que agregam pedidos de vários lesados, seja em ações populares de representação dos lesados – os custos são normalmente comuns entre os lesados. Deste modo, estes mecanismos, ao concentrarem os custos, possibilitam economias de escala,

Sociedades Financeiras, não existe atividade seguradora porque embora exista o elemento do risco, falta o elemento do prémio de seguro.

75 Defendendo uma análise casuística, cfr. Henriques, 2015: 619-620.

76 Sobre este último aspeto, Hylton, 2012: 703; vale a expressão “*it’s all about money*”, seja nos custos, seja nos benefícios do processo, cfr. Koch, 2014: 169-170.

77 Cfr. Nagy, 2019: 13, num exemplo académico demonstrador destas dificuldades: se o dano é de 100€, os custos do processo 10.000€, a possibilidade de perder 1%, logo, o valor esperado será 99 (100 x 0.99), enquanto os custos esperados corresponderão a 100 (10.000 x 0.01). Ora, a diferença entre o valor esperado (99) e os custos esperados (100) é negativa (-1), não sendo razoável litigar.

e diminuem as externalidades⁷⁸. Deste modo, o problema da falta de internalização de todos os danos provocados pelo infrator⁷⁹, nomeadamente pela falta de reclamação de todos os lesados, é suscetível de se solucionar pelas ações coletivas e pela sua viabilidade. Ainda no mesmo ponto, a concentração dos custos e da defesa coletiva contribui para uma posição negocial do lesado mais forte⁸⁰. Por conseguinte, estes mecanismos, nomeadamente as ações coletivas permitem assegurar as funções de reparação de danos e de prevenção de condutas ilícitas futuras⁸¹. Aliás, pela eventualidade de não ser prosseguida a via judicial por parte dos lesados, existe quem defenda que a condenação de danos em excesso ou danos punitivos (*punitive damages*) seja socialmente desejável⁸².

Retomando as críticas sobre a eventual litigância excessiva e a litigância abusiva, cumpre debater os conceitos. Na situação de excesso de litigância, o saldo entre benefícios sociais e os custos sociais respeitantes a um processo judicial é negativo⁸³. Neste contexto, pondera-se o medo de a litigância se tornar num negócio para os *funders* (no caso do *third-party litigation funding*)⁸⁴, não nutrido estes, nem os autores da ação, preocupação para com as implicações sociais da sua litigância. Por outras palavras, os autores da ação, olhando para os obstáculos financeiros removidos ou atenuados, já não teriam incentivos suficientes de prosseguir com diligência na decisão de recorrer para os Tribunais, podendo sempre recorrer a mecanismos judiciais, independentemente do custo total do processo e sem participar nele, levando a que o recurso aos Tribunais resulte num sobre aproveitamento. Efetivamente, é necessário considerar o custo total do processo judicial, envolvendo o custo de todas as partes e não só aquele disposto pela parte lesada, e ainda, o custo desembolsado pelo Estado em consequência do processo. Um dos aspetos relevantes para aferir do benefício social consiste na existência ou medida de um efeito de prevenção (*beneficial deterrent*)⁸⁵.

78 Cfr. Nagy, 2019: 4-5, 10-11, 13-14; Schreiber & Seegers: 2019: 52.

79 Bergh, 2013: p. 20; também *supra* 2.

80 Schreiber & Seegers: 2019: 52.

81 Nagy, 2020: 3; Rossi & Sousa Ferro, 2013: 72.

82 Kaplow & Shavell, 1999: 10.

83 Kaplow & Shavell, 1999: 44-47; Patrício, 2005: 46 e ss..

84 Richmond, 2019: 68.

85 Kaplow & Shavell, 1999: 45-46; Patrício, 2005: 47.

Se a alternativa apresentada consiste em desconsiderar ou proibir as *collective actions* e o *litigation funding*, tal implica que o efeito de prevenção derivado de tutela privada seja equivalente a 0. Com efeito, a operacionalidade de levar a cabo as ações de *private enforcement* fica prejudicada, pois, sem estes mecanismos, a prossecução da tutela privada do consumidor, especialmente em relação a condutas causadoras de baixo dano por consumidor, é praticamente inviável, irrecuperável e não recompensável em termos de custos, eliminando, desde logo, quaisquer incentivos de percorrer pelo caminho judicial. A própria natureza, dimensão e fundamento deste tipo de processos de *private enforcement* baseia-se num efeito de prevenção de condutas anti-concorrenciais (*supra* 2). Facilitar os mecanismos de reivindicação dos danos sofridos por consumidores corresponde a facilitar a prevenção dos comportamentos causadores de danos, dado que as empresas passarão a considerar maiores custos na conduta anticoncorrencial, aliás, custos estes correspondentes ao custo social imposto pela conduta (dado que o valor da indemnização se circunscreve aos danos).

Por outro lado, se a permissão destes mecanismos nos leva um efeito de prevenção adicional derivado da litigância privada superior a 0, é socialmente mais desejável a permissão dos referidos mecanismos do que a hipótese inversa.

Em suma, não é honesto falar de litigância abusiva quando se presencia uma ausência de ações de proteção de consumidores sem *litigation funding*⁸⁶. O medo das consequências destes mecanismos mata o *enforcement* e esvazia o verdadeiro conteúdo tutelado pelas normas do Direito da Concorrência.

Quanto à litigância abusiva, existe quem tema o poder de chantagem dos representantes de consumidores através de pretensões ilegítimas⁸⁷. Na verdade, cremos, mais uma vez, que as desvantagens decorrentes da ausência destes mecanismos já se verificam, enquanto, por outro lado, os medos causados por eles estão por demonstrar. Em segundo lugar, não se pode confundir a improcedência do pedido de indemnização com a litigância abusiva⁸⁸. Por

86 Considere-se, neste sentido, o cenário de raridade e insucesso em Portugal de processos de *private enforcement* na pesquisa tomada por Miguel Sousa Ferro, cfr. Sousa Ferro, 2016; Rossi & Sousa Ferro, 2015: 133; Coutinho de Abreu, 2011: 113-114.

87 Nagy, 2020: 7 e 11; especificamente quanto ao *third-party litigation funding* nos Estados Unidos, a nota de John, Beisner, Jessica Miller e Gary Beisner, publicada em 2009 pelo U.S. Chamber Institute for Legal Reform, consultável via <http://legaltimes.typepad.com/files/thirdparty litigation financing.pdf>.

88 “If the mere filing of an unsuccessful claim counted as an abuse of rights, civil procedure would be tantamount to hotbed of abuse”, sustentando que as estatísticas jurisprudenciais norte-americanas relevam

último, a Lei da Ação Popular prevê obstáculos à litigância abusiva⁸⁹: o indeferimento liminar da petição inicial quando o julgador entenda que é manifestamente improvável a procedência do pedido, ouvido o Ministério Público e feitas preliminarmente as averiguações que o julgador tenha por justificadas ou que o autor ou o Ministério Público requeiram (artigo 13.º da LAP); o direito de exclusão por parte de titulares dos interesses em causa (artigo 15.º da LAP)⁹⁰; a possibilidade do Ministério Público se substituir ao autor (artigo 16.º da LAP), que permite um controlo constante por parte daquele. Com efeito, pode o Tribunal averiguar o financiamento da ação, devendo-se, claro, analisar a transparência e origem dos fundos do financiador, bem como se este é concorrente do infrator ou se é afetado pelo mesmo. Assim, em geral, da admissibilidade do *third-party litigation funding*, não aumenta necessariamente a proporção entre ações abusivas e ações não abusivas, uma vez que as regras aplicáveis adotam uma filtragem das primeiras. Logo, proibir o *funding* resulta em dificultar mais ações não abusivas, do que dificultar ações abusivas. Por fim, de acordo com os critérios económicos do investidor racional, não é sequer prudente investir em ações judiciais de baixa probabilidade de sucesso, inexistindo incentivos para a realização desse investimento⁹¹. Ora, como, em geral, os investidores não têm incentivos para financiar ações judiciais inviáveis, a probabilidade de aumento deste tipo de ações revela-se menor. Aliás, pelos valores avultados normalmente envolvidos na compensação por *anti-trust damages*, e considerando os elevados custos de oportunidade, os *third-party funders* tenderão a financiar ações com maiores e sérias probabilidades

uma probabilidade fraquíssima de litigância abusiva, cfr. Wagner, 2007: 124.

89 À semelhança do critério “*legitimate interest exception*”, de acordo com o qual se deve avaliar o interesse legítimo em ser financiado, o interesse legítimo em financiar (a ausência de intenção de causar prejuízos; interesse em aproveitar parte dos ganhos), a possibilidade da procedência da ação (excluindo o financiamento de pretensões expressamente improcedentes), cfr. Puri, 1998: 535-537.

90 De acordo com o artigo 15.º n.º 1, “*Recebida petição de acção popular, serão citados os titulares dos interesses em causa na acção de que se trate, e não intervenientes nela, para o efeito de, no prazo fixado pelo juiz, passarem a intervir no processo a título principal, querendo, aceitando-o na fase em que se encontrar, e para declararem nos autos se aceitam ou não ser representados pelo autor ou se, pelo contrário, se excluem dessa representação, nomeadamente para o efeito de lhes não serem aplicáveis as decisões proferidas, sob pena de a sua passividade valer como aceitação*”. Neste contexto, estipula o artigo 19.º n.º 1 que “*Salvo quando julgadas improcedentes por insuficiência de provas ou quando o julgador deva decidir por forma diversa fundado em motivações próprias do caso concreto, os efeitos das sentenças transitadas em julgado proferidas no âmbito de processo que tenham por objeto a defesa de interesses individuais homogêneos abrangem os titulares dos direitos ou interesses que não tiverem exercido o direito de se autoexcluir da representação*”.

91 Puri, 1998: 557-558.

de sucesso, procurando evitar e acautelar as perdas. Tanto é assim que no mercado os *third-party funders* apenas têm financiado ações *follow-on*, ou pelo menos ações que parte do pedido se apoia numa declaração de infração de uma autoridade da concorrência.

Em conclusão, o *third-party litigation funding* e as ações coletivas, desde que aplicados com os limites estabelecidos por lei, transparecem mecanismos razoáveis. O medo da sua aplicação provoca o quadro atual que não é socialmente preferível⁹². Pensamos assim que ambos os mecanismos se afiguram como juridicamente admissíveis e, caso a sua ilicitude se funde no plano das consequências (o *excessive* e *abusive litigation*), cremos não ser o caso, sendo aliás social e economicamente preferível a sua admissão. Não é a monetarização da justiça que está em jogo, é mesmo o seu eficaz funcionamento e viabilização das posições que são conferidas pelo ordenamento jurídico.

3.3 A efetividade do Direito na metodologia jurídica?

Debatemos *supra* sobre o contexto irrealista de exercício das posições conferidas pelo Direito, *maxime*, o Direito da Concorrência e o Direito da Responsabilidade Civil – na combinação, o *Private Enforcement do Direito da Concorrência*.

Numa análise jurídica e pragmática, defendemos a licitude das ações coletivas e dos acordos de financiamento de contencioso, dentro de determinados limites, já garantidos pela lei portuguesa.

Rematemos, ainda, com uma nota adicional de reforço, sobre a metodologia jurídica, aliando-nos à inicial preocupação de acordo com a qual “*Rights which cannot be enforced in practice are worthless*”. Antes de um princípio da efetividade, um segmento da doutrina – sobre o método de conhecimento do Direito aplicável e da resolução dos problemas jurídicos subjacentes ao caso concreto – partilha de algumas destas preocupações, uma vez que a operacionalidade das posições conferidas pela ordem jurídica não pode ser entendida como indiferente na tarefa da interpretação e aplicação do Direito. Próximo desta preocupação, Francesco Ferrara advogou, a propósito da interpretação que “*a lei é um ordenamento de protecção que entende satisfazer certas necessidades, e deve interpretar-se no sentido que melhor responda a esta finalidade, e portanto*

92 De um ponto de vista geral e estrutural “*Because third-party funding of litigation can generate welfare gains, a total ban would be difficult to justify*”, cfr. Hylton, 2012: 703. Não será, assim, uma novidade considerar que o resultado da aplicação destes mecanismos é eficiente no critério de Kaldor-Hicks, isto é, que as suas vantagens superam as suas desvantagens, face à situação alternativa. Sobre a noção do conceito, Posner, 1986: 13 e ss. e 23; Miceli, 2004: 6.

em toda a plenitude que assegure tal tutela”^{93,94,95}. Igualmente, Karl Engisch remata “*o preceito da lei deve, na dúvida, ser interpretado de modo a ajustar-se o mais possível às exigências da vida em sociedade e ao desenvolvimento de toda a cultura*”⁹⁶. Em consequência, a interpretação e aplicação do direito não pode ignorar o contexto social e económico, e as suas complexidades, ao qual as normas se destinam a regular. Como sustentado *supra*, o Direito da Concorrência (a sua fronteira de licitude) caminha em terreno dúbio e num reforço frágil e difícil. Tal contexto e adversidades devem ser fatores a considerar.

Antes de prosseguir, cumpre referir que a operação de interpretação e aplicação do Direito é sempre uma operação sujeita a valorações, valorações estas que só podem ser jurídicas ou normativas. Por conseguinte, não se trata de uma operação formal vazia sem qualquer axiologia. Assim, e retomando, a metodologia jurídica enquanto método de interpretação e aplicação jurídica está dirigida à obtenção de critérios normativos que permitam a resolução de problemas (normativamente identificados), tendo em vista a realização do Direito, devendo ser escolhido como o caminho correto aquele que melhor satisfaz esta função. Simplificando, se é verdade que a regulação jurídica

93 Ferrara, 1963: 130 e 137, também 188-189. O Professor Manuel de Andrade prossegue referindo que o verdadeiro sentido da norma não é estático, mas cambiante, sendo que o elemento da *ratio legis* na operação interpretativa assume uma função de “*não só de disciplinar novas situações, atraindo-as para a sua órbita (...) mas até de se carregar de sentidos novos, de produzir novos conteúdos com que se vá acomodando a novas necessidades práticas e a novos ideais de justiça*”, Andrade, 1963: 22-23, 16-17, 57-59.

94 Orientação desenvolvida em Castanheira Neves, 2013: 84 e ss.: “*a interpretação é o acto metodológico de determinação do sentido jurídico-normativo de uma fonte jurídica em ordem de obter dela um critério jurídico no âmbito de uma problemática[a] realização do direito (...) isto significa (...) por outro lado, que a interpretação, ao propor-se referir a uma fonte-norma interpretanda às concretas exigências ou ao mérito concreto do problema jurídico a resolver, para que possa ser um critério adequado da sua solução*”.

95 Com larga adesão na jurisprudência portuguesa: acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 03.03.2005, processo n.º 04S1901 [Vitor Mesquita], disponível via www.dgsi.pt; acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14.12.2006, processo n.º 06S1826 [Vasques Dinis], disponível via www.dgsi.pt; o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26.10.2017, processo n.º 35457/15.6T8LSB.L1.S1 [Ana Luísa Geraldês], disponível via www.dgsi.pt; acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 26.04.2018, processo n.º 1052/078TTSTB.E3 [João Nunes], disponível via www.dgsi.pt; acórdão do Tribunal da Relação Guimarães, de 13.03.2014, processo n.º 251/13.8TBGMR.G1 [António Santos], disponível via www.dgsi.pt; acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11.07.2019, processo n.º 9441.17.3T8LSB.L1-2 [Gabriela Cunha Rodrigues], disponível via www.dgsi.pt; acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 07.04.2014, processo n.º 344/13.1TTMAI.P1 [João Nunes], disponível via www.dgsi.pt.

96 Engisch, 1979: 112, também reafirmado pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, n.º 11/96, Processo n.º 86153, Diário da República n.º 269/1996, Série I-A de 1996-11-20, páginas 4191 – 4192. Com a mesma preocupação, vide Menezes Cordeiro, 2012: 447 e ss, 452 e ss.: “*A compartimentação nas operações de realização do Direito não resiste à própria observação da realidade*”, cfr. Menezes Cordeiro, 1988: 759-763, 767-768.

pretende resolver problemas por si identificados, logo, a sua aplicação deve também estar dirigida à sua resolução. Cremos que as posições discutidas nos devem levar a uma determinada direção. A ordem jurídica ao conferir posições jurídicas ativas, através da tutela de direitos e interesses, exprime um espectro valorativo no sentido da maximização ou valorização daquelas proposições. A ordem jurídica não consagra verdadeiramente um direito se não estabelece condições (práticas) para o seu exercício. Neste âmbito, no nosso entender, cumpre evitar a escolha de caminhos na interpretação-aplicação do Direito que levem a consequências equivalentes à impossibilidade prática do exercício ou do reforço dos direitos. Retomem-se as preciosas palavras de António Castanheira Neves, “*a interpretação jurídica só será entendida em termos metodologicamente correctos se for vista como a determinação normativo-pragmaticamente adequada de um critério jurídico do sistema do direito vigente para a solução do caso decidendo*”⁹⁷, de seguida reforçadas pelo Pedro de Albuquerque “*A consideração de que a ponderação dos efeitos ou do resultado interpretativo é um verdadeiro elemento do processo de compreensão e aplicação do Direito não pode sofrer hoje impugnação séria*”⁹⁸.

Assim, independentemente da aplicação do princípio da efetividade, tanto o intérprete como o julgador não podem ser indiferentes às impossibilidades práticas do exercício das posições conferidas pelo *private enforcement* do Direito da Concorrência, devendo procurar a solução que maximiza as utilidades protegidas pelo ordenamento. Porém, desde que não comprometa o ordenamento, inserindo a aplicação do Direito nos princípios e valores com incidência no caso⁹⁹. Como em tudo, o limite consiste nas valorações jurídicas. As ações coletivas e os acordos de financiamento do contencioso devem ter o mesmo destino comumente afirmado na obra de Frank Herbert “*Dune*”, “*the spice must flow*”.

97 Castanheira Neves, 2013: 142 e 144. Também seguido na jurisprudência, v.g., o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18.10.2018, processo n.º 147/13.3JELSB.L1.S3 [Nuno Gomes da Silva] disponível via www.dgsi.pt.

98 Albuquerque, 2019: 218, igualmente sobre as referidas temáticas as pp. 85-86 e 140-149. Pugnando, pela relevância das consequências do resultado interpretativo no caso concreto, vide Menezes Cordeiro, 2012: 727-728; Menezes Cordeiro, 1988: 765-766. Por fim, “*a consequential consistência prática é o que deverá resultar da realização do direito de problemático-concreta justeza normativo-material – e é esse objectivo o que regulativamente orienta todo o esquema metódico da decisão judicativa que temos vindo a propor (...) a consideração daquele resultado não é um critério, mas o próprio objetivo e o sentido da metodológica realização do direito*”, cfr. Castanheira Neves, 2013: 205.

99 Barbosa, 2019: 171-174.

4. PROVA – COMENTÁRIOS

Chegado a este momento, não podemos dedicar o conteúdo e extensão de tratamento que merece a matéria da prova¹⁰⁰, muito menos refletir com detalhe sobre os temas abordados. De todo modo, deixamos algumas considerações que cremos como relevantes.

Referiu-se que a decisão de litigar está sujeita a uma ponderação de custo-benefício. Também a decisão das partes litigantes pela recolha, produção e investigação de prova está sujeita a esta ponderação¹⁰¹. Em resultado, a parte investe na atividade probatória mais propensa ao convencimento do julgador e desiste daquela menos eficaz, ainda que condiga à verdade material. Do mesmo modo, cada parte assume preocupações contraditórias, carregando meios de prova que sustentem a sua versão factual, culminando numa desconfiança das informações trazidas pelas partes e com o eventual prejuízo para a determinação exata dos factos¹⁰², o que apenas pode ser corrigido com um forte – imparcial, pragmático e preocupado com a efetividade dos direitos – poder inquisitório do julgador.

Do contexto anteriormente debatido sobre a fragilidade da posição judicial do lesado resulta em geral: 1) uma dificuldade no acesso à informação; 2) uma dificuldade na comprovação da veracidade dessa informação em juízo; e em especial 3) uma dificuldade do acesso a elementos e à comprovação da infração; 4) uma dificuldade no acesso a elementos e à comprovação das repercussões da infração (os danos), mais propriamente, sobre a relação da conduta infratora com os danos. Esta fragilidade há de resultar, na prática, numa falta de efetividade ou proteção dos direitos dos lesados. Além do mais, a complexidade de contexto económico das condutas acentua a importância da prova pericial nesta sede¹⁰³.

Sem desprimor por todas as dificuldades enfrentadas, cumpre apreciar os mecanismos que já existem. Existem três pontos de destaque na análise probatória: 1) o ónus da prova; 2) acesso aos meios de prova; e 3) as presunções. De notar que as normas relativas ao acesso aos meios de prova e as relativas ao ónus da prova na responsabilidade extracontratual apoiam-se em

100 Na idade média, a importância dedicada à atividade probatória era tal que se crera na intervenção divina nas controvérsias judiciais através dos chamados ordálios, ou seja, práticas consistentes em técnicas baseadas em tradições culturais como a prova do “caldeirão fervente”, cujos resultados seriam interpretados como sinais de juízos divinos, cfr. Taruffo, 2010: 15 e ss..

101 Posner, 1999: 1481 e ss..

102 Parker & Kobayashi: 2000: 294.

103 Pereira, 2017: 664.

pressupostos pouco verosímeis no *private enforcement* do Direito da Concorrência: *para conhecer os seus danos, o lesado estaria em melhor posição que o lesante*.

Como defendido *supra*, o ónus da prova desempenha um papel fundamental, pois, na dúvida do julgador, permite-o decidir num certo sentido (artigo 414.º do CPC), provocando incentivos à parte onerada no sentido de carrear meios de prova para o processo¹⁰⁴, trazendo um certo conforto ou segurança à parte não onerada, uma vez que na incerteza, a decisão lhe é favorável. Por isso sustentamos que o ónus da prova possui uma função decisória – determina o sentido da decisão em caso de dúvida – e uma função ordenadora, pois estabelece *quem deve provar o quê*, através da definição consequências ao respetivo fracasso (o facto tem-se como não provado)¹⁰⁵, alinhando os incentivos das partes aos interesses da justiça processual. Neste quadro, a parte onerada com o ónus da prova suporta o custo inicial da investigação respeitante ao litígio¹⁰⁶. Em conformidade com as regras gerais (artigo 483.º do Código Civil *ex vi* do artigo 3.º da LPE e artigo 342.º do Código Civil), o ónus da prova dos pressupostos da responsabilidade civil recai sobre o lesado¹⁰⁷, salvo em caso de inversão do ónus da prova, nomeadamente pelo estabelecimento de presunções (artigo 344.º do Código Civil). Ora, tendo o lesado o ónus da prova, as suas condições de acesso aos meios de prova assumem larga importância.

Relativamente ao acesso dos meios de prova¹⁰⁸, a ponderação de custos-benefícios do agente varia em função do modelo em causa “*stand-alone*” ou “*follow-on*”, sendo que o ónus da prova no *follow-on* é facilitado¹⁰⁹. No modelo *follow-on*, o lesado procura o ressarcimento de danos causados por uma infração declarada pelas autoridades de concorrência, sendo que se aplica uma presunção inilidível da existência, natureza e âmbito material, subjetivo, temporal e territorial da infração declarada pela Autoridade da Concorrência através de decisão definitiva, ou por um tribunal de recurso, através de decisão

104 Rosenberg: 32; Pires Salpico, 2020c: 47-48. Na consideração interessante de Richard Posner a propósito das regras do ónus da prova, “*a lei não pode forçar as partes a procurar mais do que o caso vale para elas apenas porque a procura adicional lhes conferiria um benefício social. Mas pode obrigá-los a recolher um pouco mais de provas do que se fossem deixados à sua própria sorte*” (tradução nossa), cfr. Posner, 1999: 1491.

105 Pires Salpico, 2020c: 47.

106 Hüschelrath & Peyer, 2013: 597.

107 Visto que os pressupostos são factos constitutivos do direito à reparação invocado pelo lesado cfr. o artigo 342.º n.º 1 do Código Civil.

108 Para um tratamento mais completo, vide Rossi & Sousa Ferro, 2015: 131 e ss..

109 Wils, 2017: 15-17; Rossi & Sousa Ferro, 2013: 69.

transitada em julgado (artigo 7.º n.º 1 da LPE). Este fenómeno corresponde ao chamado *binding effect* das decisões de *public enforcement*¹¹⁰, que pode atenuar os problemas probatórios e concentrá-los na causalidade e quantificação dos danos. Já no modelo *stand-alone*, o lesado constrói o pedido da tutela ressarcitória com base numa infração que não foi declarada ou descoberta, devendo prová-la em juízo, sem deixar de provar a sua relação com os danos sofridos.

Conforme salientado, normalmente, os consumidores desconhecem o verdadeiro conteúdo das práticas, e ainda mais a sua natureza anticoncorrencial. Todavia, o quadro de acesso à informação das práticas pode ser mitigado nas restrições verticais, pela maior proximidade contratual das partes¹¹¹, o que, porém, não elimina as dificuldades na incerteza do conhecimento da fronteira da licitude¹¹².

A disciplina do acesso aos meios de prova vem atualmente prevista nos artigos 12.º a 18.º da LPE, mantendo-se algumas normas da disciplina geral regulada pelo artigo 417.º do CPC. No essencial, as partes podem pedir que o Tribunal ordene à outra parte ou a um terceiro, incluindo a entidades públicas, a apresentação de meios de prova que se encontrem em seu poder (artigo 12.º n.º 1 da LPE), desde que o pedido seja fundamentado com factos e meios de prova razoavelmente disponíveis e suficientes para corroborar a plausibilidade do pedido de indemnização ou da defesa e indica os factos que se quer provar (artigo 12.º n.º 2 da LPE), guiando-se pelo princípio da proporcionalidade (artigo 12.º n.º 5 da LPE). Os lesados mantêm a tutela no acesso aos documentos quanto aos meios de prova constantes de um processo de uma autoridade de concorrência (artigo 14.º da LPE). Por outro lado, o acesso aos meios de prova pode ser pedido mesmo antes da existência de ação de indemnização (artigo 13.º da LPE), significando que o lesado que pretenda conhecer da existência de uma infração por parte de um agente, poderá pedir ao Tribunal a apresentação de meios de prova na posse do infrator, em caso de recusa deste. Em qualquer caso, entre o acesso aos meios de prova vigora um dever de cooperação probatória entre as partes e o Tribunal (artigos 12.º a 14.º da LPE). Na falta de cooperação, o julgador deve considerar como um indício desfavorável,

110 Sobre esta questão, Sousa Ferro, 2019: 51-80.

111 Por isso se diz o modelo *follow-on* pode ser mais favorável nos acordos e práticas horizontais e que o modelo *stand-alone* é preferível nos acordos verticais. Sobre esta ideia, cfr. Hüschelrath & Peyer, 2013: 604-606.

112 Sega & Whinston, 2006: 4-5; Hüschelrath & Peyer, 2013: 599-600; Bergh, 2013: 13-14.

por exemplo, se a parte tem um acesso facilitado e de baixo custo aos meios de prova e ainda assim recusa em apresentá-los, indiciando que os quer afastar por lhe serem desfavoráveis¹¹³. Por outro lado, se o lesante se recusar a fornecer ou viciar meios de prova, causando culposamente a impossibilidade de prova pelo lesado, o ónus da prova inverte-se contra o lesante (artigo 344.º n.º 2 do Código Civil¹¹⁴, *ex vi* do artigo 18.º n.º 4 da LPE). Mas entendemos que se deve ir mais longe. Na nossa posição esta inversão do ónus da prova deve operar mesmo se a impossibilidade de prova foi causada anteriormente ao processo ou qualquer outra diligência judicial¹¹⁵. Assim, se o lesante previamente à ação de indemnização vicia os meios de prova, preenchidos os pressupostos do regime, deve inverter-se o ónus da prova contra o lesante, devendo este agora demonstrar que não é responsável. Também já defendemos que o artigo 344.º n.º 2 também se aplica a factos instrumentais, isto é, se os infratores causarem a impossibilidade de prova dos factos-base para desencadear uma presunção a favor do lesado, deve inverter-se o ónus da prova e o facto deve dar-se como presumido, salvo prova em contrário¹¹⁶.

Relembre-se que a matéria joga com o direito fundamental à prova já reconhecido pelo Tribunal Constitucional, retirado do artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa¹¹⁷. Além disso, visto que os meios de prova permitem o exercício judicial do direito invocado (permitindo a prova dos factos necessários) e, também o exercício do direito mesmo no momento substantivo¹¹⁸, entendemos que são *meios de exercício do direito*, integrando o seu conteúdo¹¹⁹. Logo, uma viciação nos meios de prova subsume-se não

113 Posner, 1999: 1492-1493.

114 Para os pressupostos e problemática do regime do artigo 344.º n.º 2, *vide* Pires Salpico, 2020c. Entendemos que os pressupostos do regime se subsumem em: 1) uma conduta ilícita; 2) uma conduta culposa; 3) a impossibilidade de prova; 4) o nexo de causalidade entre a conduta e a impossibilidade de prova.

115 Cfr. Pires Salpico, 2020c: 53 e ss..

116 Cfr. Pires Salpico, 2020c: 69. Defendemos, igualmente, a possibilidade de intentar uma ação de responsabilidade civil por perda de chance, quando o autor perde a ação em virtude da destruição culposa da prova, causadora de impossibilidade de prova, para a fundamentação *vide* Pires Salpico, 2020c: 60-63.

117 O Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 86/88, processo n.º 235/86 [Messias Bento], disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19880086.html>; Pires Salpico, 2020c: 56-58, e 60-62.

118 Nas relações substantivas, além do evidente exemplo das exigências de forma *ad substantiam*, os particulares necessitam dos meios de prova dos seus direitos para os comprovarem e exercerem. Por exemplo, no caso dos cheques, o portador deve exhibir o documento para o exercício do direito cartular, cfr. Pires Salpico, 2020c: 57.

119 Cfr. Pires Salpico, 2020c: 56-57.

só na violação do direito fundamental à prova, mas também na violação do direito substantivo invocado¹²⁰.

Por último, para lá do *binding effect* do *public enforcement* (artigo 7.º n.º 1 da LPE), existem outras presunções relevantes. Na génese das presunções legais, normalmente se procura uma elevada correlação entre os factos-base e os factos presumidos¹²¹, mas também pode estar subjacente a facilidade ou dificuldade no acesso aos meios de prova¹²², nomeadamente, expressa nos custos da produção de prova para as partes¹²³. Como presunções legais relevantes temos: 1) a presunção ilidível de que os cartéis são responsáveis pelos danos (artigo 9.º n.º 1 da LPE), o que equivale a uma presunção da existência de danos na verificação de infração; 2) presunção ilidível de repercussão dos custos nos clientes indiretos (artigo 8.º n.º 3 da LPE), portanto se o lesado direto da infração não é, por exemplo, um consumidor final, mas contrata com este, presume-se que repercutiu o seu dano para o consumidor. Resta referir, têm sido esquecidas as presunções judiciais, que são presunções feitas pelo julgador resultantes de inferências fundadas nas regras de experiência e no curso normal dos factos¹²⁴ (artigos 351.º do Código Civil e 607.º n.º 4 do CPC.). No nosso entender, visto que se presencia uma área técnica com elevada complexidade económica, os estudos da ciência e doutrina económica não poderão ser irrelevantes para o julgador na formação destas presunções. Portanto, o julgador deve considerar os estudos da ciência económica, por exemplo, no domínio da prova de uma subida de preços, ou na correlação entre uma prática económica e perdas de bem-estar (*v.g.* dos consumidores).

5. CONCLUSÃO

Chegado a este ponto, enfrentam-se caminhos difíceis no reforço das posições conferidas ao lesados no contexto de infrações de Direito da Concorrência. A evolução da regulação do *private enforcement* deve continuar, mas não se deve esquecer da sua própria operacionalidade. Testemunhámos a existência

120 Cfr. Pires Salpico, 2020c: 56-57.

121 Pires de Sousa, 2017: 17-20, 31-32, 102; Cendon & Ziviz, 1992: 769-770.

122 Verde, 1992: 730; Patti, 1990: 712; Lynce de Faria, 2018: 70. Pires Salpico, 2020c: 50-51.

123 Parker & Kobayashi: 2000: 299.

124 Chiovenda, 1977: 372; e Teixeira de Sousa, 1997: 212. Note-se que a derrotabilidade destas presunções não se faz pela prova do contrário, mas pela *contraprova* (artigo 346.º do Código Civil), devendo-se suscitar a dúvida no espírito do julgador.

de um contexto de impossibilidade ou excessiva dificuldade no reforço das posições dos particulares, seja jurídico, social e económico, seja no contexto probatório. Tal contexto deverá ser absorvido pelo aplicador na interpretação e aplicação das normas no caso concreto, devendo privilegiar uma solução que não inviabilize as posições conferidas aos lesados pelo Direito. Neste âmbito vigora o princípio da efetividade, mas mesmo antes deste, assume-se uma preocupação idêntica no contexto da metodologia jurídica.

De todo o modo, discutimos as vantagens das ações coletivas e do *third-party litigation funding* enquanto soluções para a excessiva dificuldade do reforço do *private enforcement* do Direito da Concorrência. Por um lado, procurámos demonstrar que não existe ilicitude em função das atividades em si. Por outro, mesmo de um ponto de vista económico, tentamos descredibilizar estruturalmente as críticas dirigidas à possibilidade de uma litigância abusiva e de litigância excessiva. Primeiro, as críticas sofrem de uma difícil verificação prática. Em segundo, ainda assim, o regime português da ação popular permite realizar um controlo adequado destes riscos, caso eles se concretizem na realidade. Proibir liminarmente e limitar excessivamente a aplicação destas figuras apenas irá provocar uma inviabilização e esvaziamento do conteúdo dos direitos dos lesados por infrações ao Direito da Concorrência.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Pedro de

2019 *Direito das Obrigações, Contratos em especial, volume I*, 2.^a edição, Coimbra: Almedina

ALEX, Robert

1992 “Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse”, in *Ratio Juris*, vol. 5 n.º 2 (julho), pp. 143-152

AMADO GOMES, Carla

2016 “Legitimidade processual popular, litispendência e caso julgado”, in *O Direito*, Ano 148.º (I), pp. 33-52

ANDRADE, Manuel A. Domingues de

1963 *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*, 2.^a edição, Coleção Cultura Jurídica, Arménio Amado, Coimbra: Coimbra

ARAÚJO, Fernando

2012 *Introdução à Economia*, 3.^a edição, Coimbra: Almedina

ASCENSÃO, Oliveira

2003 “A proteção do investidor”, in *Direito dos Valores Mobiliários, Volume IV*, pp. 18 e ss.

BARBOSA, Mafalda Miranda

2019 “A proscrição do conflito de interesses no direito civil, considerações acerca do artigo 261.º, CC”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 79 – vol. I/II, pp. 171-174

BECKER, Gary S.

1968 “Crime and Punishment: An Economic Approach”, in *Journal of Political Economy*, vol. 76, n.º 2, pp. 169-217

BECKER, Gary S. & STIGLER, George

1974 “Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers”, in *The Journal of Legal Studies*, vol. 3, n.º 1 (jan.), pp. 1-18

BERGH, Roger Van Den

2013 “Private Enforcement of European Competition Law and the Persisting Collective Action Problem”, in *Maastricht journal of European and comparative law*, vol. 20-1, pp. 12-24

BREIT, William & EZLINGA, Kenneth G.

1974 “Antitrust Enforcement and Economic Efficiency: The Uneasy Case for Treble Damages”, in *The Journal of Law & Economics*, vol. 17, n.º 2 (out.), pp. 329-356

CASTANHEIRA NEVES, A.,

2013 *Metodologia Jurídica, Problemas Fundamentais*, Coimbra: Coimbra

CENDON, Paolo & ZIVIZ, Patrizia

1992 “L’inversione dell’onere della prova nel diritto civile”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 46, n.º 3 (setembro), pp. 757-796

CHIOVENDA, Jose

1977 *Princípios de derecho procesal civil, Tomo II*, (Trad. Jose Casais Y Santaló), Instituto Editorial Reus, Madrid: Reus

CONNOR, John

2006 “Optimal Deterrence and Private International Cartels”, *Working Paper Purdue University*, pp. 1-42

CORREIA, António Simões

1958 *Dicionário de Adágios e princípios jurídicos, volume I*, Lisboa: Livraria Ferin

COUTINHO«DE ABREU, Jorge

2011 “La aplicación privada del derecho de defensa de la competencia en Portugal”, in L.A. Velasco San Pedro y otros (dir.), *La aplicación privada del derecho de la competencia*, Valladolid: Lex Nova, pp. 103-114

- DE CUPIS, Adriano
1975 *El Daño: Teoría General de la Responsabilidad Civil* (Trad. Ángel Martínez Sarrión), 2ª edição, Barcelona: Casa Editorial S.A.
- DUNNE, Niahm
2014 “The Role of Private Enforcement within EU Competition Law”, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 16, pp. 143-187
- ENGISCH, Karl
1979 *Introdução ao Pensamento Jurídico* (Trad. J. Baptista Machado), 5ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian
- FERRARA, Francesco
1963 *Interpretação e Aplicação das Leis*, 2ª edição, Coleção Cultura Jurídica, Arménio Amado, Coimbra: Coimbra
- FRESE, Michael J.
2011 “Fines and Damages under EU Competition Law: Implications of the Accumulation of Liability”, in *World Competition Law and Economics Review*, vol. 34, n.º 3, pp. 397-432
- HENRIQUES, Duarte Gorjão
2015 “Third Party Funding” ou o Financiamento de Litígios por Terceiros em Portugal”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 3-4 (julho-dezembro), pp. 573-624
- HENRIQUES, Duarte G & ALBUQUERQUE, Joana
2017 “Portugal”, in *The third-party litigation funding law review*, Londres, pp. 112-124
- HÜSCHEL RATH, Kai & PEYER, Sebastian
2013 “Public and Private Enforcement of Competition Law: A Differentiated Approach”, in *World Competition*, vol. 36, n.º 4, pp. 586-614
- HYLTON, Keith N.
2012 “The Economics of Third-party Financed Litigation”, in *Journal of Law, Economics & Policy*, vol. 8, n.º 3 (primavera), pp. 701-741
- IOANNIDOU, Maria
2015 *Consumer Involvement in Private EU Competition Law Enforcement*, Oxford: Oxford University Press
- JUSTO, A. Santos
2018 *Manual de Direito Privado Romano*, 2ª edição, Lisboa: Petrony
- KAPLOW, Louis & SHAPELL, Steven
1999 “Economic Analysis of Law”, in *Harvard Law School and National Bureau of Economic Research*, Discussion Paper n.º 251

KELSEN, Hans

1960 *Teoria Pura do Direito* (Trad. João Baptista Machado, 7.^a edição), Coimbra: Almedina

KOCH, Harald

2014 “Mass Damage in Europe: Aggregation of Claims, Effective Enforcement and Adequate Representation”, in *Mass Torts: Cases and Reflections*, vol. 34, pp. 157-171

LOURENÇO, Paula Meira

2006 *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*, Coimbra: Coimbra Editora

LYNCE DE FARIA, Rita

2018 *A Inversão do Ónus da Prova no Direito Civil Português*, Lisboa: Universidade Católica Editora

MALINAUSKAITE, Jurgita

2019 *Harmonisation of EU Competition Law Enforcement*, Springer, Cham

MENEZES CORDEIRO, António

1988 “Ciência do Direito e Metodologia Jurídica”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 48, pp. 697-772

2012 *Tratado de Direito Civil*, vol. I, 4.^a edição, Coimbra: Almedina

MICELI, Thomas J.

2004 *The Economic Approach to Law*, Stanford California: Stanford University Press

MONTEIRO, Jorge Sinde

1989 *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Coimbra: Almedina

MOTA PINTO, Paulo

2008 *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo, volume I*, Coimbra: Coimbra Editora

NAGY, Csongor István

2019 *Collective Actions in Europe: A Comparative, Economic and Transsystemic Analysis*, Springer, Cham

2020 “The Reception of Collective Actions in Europe: Reconstructing the Mental Process of a Legal Transplantation”, in *Journal of Dispute Resolution*, Iss. 2, art. 12, pp. 413-444

OTERO, Paulo

1999 “A ação popular: configuração e valor no actual Direito Português”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. III, pp. 872-893

- PARKER, Jeffrey S. & KOBAYASHI, Bruce H.
2000 “Evidence: General Economic Analysis”, in *George Mason University Law and Economics Research Paper Series*, pp. 294-306
- PATRÍCIO, Miguel Teixeira
2005 *Análise Económica da Litigância*, Coimbra: Almedina
- PATTI, Salvatore
1990 “Ripartizione dell’onore, probabilita e verosimiglianza nella prova del danno da prodotto”, in *Rivista di Diritto Civile*, 36, n.º 5 (setembro-outubro), pp. 705-721
- PEREIRA, Alexandre L. Dias
2017 “Private Enforcement do direito antitrust: novas perspectivas sobre a aplicação privada do Direito da Concorrência com a Diretiva 2014/104/UE”, in *Revista de Direito Comercial*, pp. 656-676
- PIRES DE SOUSA, Luís Filipe
2017 *Prova por Presunção no Direito Civil*, 3ª edição, Coimbra: Almedina
- PIRES SALPICO, Nuno A.
2020a “As restrições à concorrência nas plataformas de cartões de pagamento através das Interchange Fees”, in *Revista de Concorrência & Regulação*, n.º 41, pp. 37-73
2020b “A inversão do ónus devido a impossibilidade de prova culposamente causada (art. 344º/2 CC)”, in *Revista Ius Dictum*, n.º 2, pp. 45-75
2020c “A compensatio lucri cum damno por violação de direitos de personalidade”, in *Revista de Direito Civil*, n.º 2, pp. 305-351
- POLINKSY, A. Mitchell & SHAVELL, Steven
1999 “The Economic Theory of Public Enforcement of Law”, in *NBER Working Paper*, n.º 6993, pp. 1-54
- Posner, Richard A.
1983 *The Economics of Justice*, Massachussets e Londres: Harvard University Press
1986 *Economic Analysis of Law*, 3ª edição, Boston: Little, Brown and Company
1999 “An Economic Approach to the Law of Evidence”, in *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n.º 66, pp. 1-85
2001 *Antitrust Law*, 2ª edição, Chicago e Londres: The University of Chigado Press
- PURI, Poonam
1998 “Financing of Litigation by Third-Party Investors: A Share of Justice”, in *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 36, n.º 3, pp. 515-566

RICHMOND, Francesca

- 2019 “Collective or Class Actions and Claims Aggregation in the EU: the Defendant’s Perspective”, in *Private Litigation Guide*, GCR, Londres, pp. 62-69

RODGER, Barry; SOUSA FERRO, Miguel & MARCOS, Francisco

- 2018 “Transposition: Key Issues and Controversies”, in *The EU Antitrust Damages Directive Transposition in the Member States*, Oxford: Oxford University Press.

ROSENBERG, Leo

- 2002 *La Carga de la Prueba* (Trad. Ernesto Krotoschin), 2ª edição, Montevideo-Buenos Aires: editorial BdeF

ROSSI, Leonor & SOUSA FERRO, Miguel

- 2013 “Private Enforcement of competition law in Portugal (II): actio popularis – facts, fictions and dreams”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 13, pp. 35-87
- 2015 “O “Private Enforcement do Direito da Concorrência e o Acesso a Elementos de Prova”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 22, pp. 131-195

SCHREIBER, Till & SEEGER, Martin

- 2019 “Collective or Class Actions and Claims Aggregation in the EU: the Claimant’s Perspective”, in *Private Litigation Guide*, Londres, GCR, Londres, pp. 49-61

SEGA, Ilya & WHINSTON, Michael

- 2006 “Public vs. Private Enforcement of Antitrust Law: A Survey”, in *John M. Olin Program in Law and Economics Stanford Law School Working Paper*, n.º 335, pp. 1-17

SÉRVULO CORREIA, J. M.

- 2008 “Efectividade e limitações do sistema português de aplicação impositiva do direito da concorrência através de meios processuais administrativos e civis”, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, Volume II*, pp. 1747-1789

SHAVELL, Steven

- 1982 “The Social versus the Private Incentive to Bring Suit in a Costly Legal System”, in *The Journal of Legal Studies*, vol. 11, n.º 2 (jun), pp. 333-339

SMUDA, Florian

- 2012 “Cartel Overcharges and the Deterrent Effect of EU Competition Law”, in *Zew Discussion Paper*, 12-050, pp. 1-25

SOUSA FERRO, Miguel

2016 “Jurisprudência de private enforcement”, in *Jurisprudência portuguesa de Direito da Concorrência* (ebook disponível em http://www.cideeff.pt/xms/files/Projeto_4_grupo_III/Jurisprudencia_de_Private_Enforcement.pdf)

2019 “Antitrust Private Enforcement and the Binding Effect of Public Enforcement Decisions”, in *Market and Competition Law Review*, volume iii, n.º 2 (outubro), pp. 51-80

SUNSTEIN, Cass R.

2000 “Cognition and Cost-Benefit Analysis”, in *John M. Olin Law & Economics Working Paper* n.º 102, agosto, pp. 1-47

TARUFFO, Michele

2010 *Simplemente la verdad, El juez y la construcción de los hechos* (Trad. Daniela Accatino Scagliotti), Madrid: Marcial Pons

TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel

1997 *As partes, o objeto e a prova*, Lisboa: Lex

VARELA, João Antunes

1994 *Das Obrigações em Geral, Volume I*, 8ª edição, Coimbra: Almedina

VELJANOVSKI, Cento

2012 “Third-Party Litigation Funding in Europe”, in *Journal of Law, Economics & Policy*, vol. 8, n.º 3 (primavera), pp. 405-450

VERDE, Giovanni

1992 “L’inversione degli oneri probatori nel processo”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 46, n.º 3 (setembro), pp. 715-731

VIEIRA GOMES, Júlio

1989 “Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?”, in *Revista de Direito e Economia*, ano 15

WAGNER, Gerhard

2007 “Should Private Enforcement of Competition Law be Strengthened”, in *The More Economic Approach to European Competition Law*, pp. 115-129

WILS, Wouter P. J.

2006 “Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice”, in *World Competition*, vol. 29, n.º 2, pp. 1-32

2009 “The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages”, in *World Competition*, vol. 32, n.º 1, pp. 3-26

2017 “Private Enforcement of EU Antitrust Law and Its Relationship with Public Enforcement, Past, Present and Future”, in *World Competition*, vol. 40, n.º 1, pp. 3-46

JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de março de 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato/Simmenthal*, C-106/77, EU:C:1978:49

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 19 de junho de 1990, *Factortame*, C-213/89, EU:C:1990:257

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 9 de novembro de 1995, *Francoovich*, C-479/93, EU:C:1995:372

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 10 de julho de 1997, *Palmisani/INPS*, C-261/95, EU:C:1997:351

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 20 setembro de 2001, *Courage and Crehan*, C-453/99, EU:C:2001:465

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de julho de 2006, *Manfredi*, C-295/04, EU:C:2006:461

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 14 de junho de 2011, *Pfleiderer AG*, C-360/09, EU:C:2011:389

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 6 de novembro de 2012, *Otis e o.*, C-199/11, EU:C:2012:684

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 6 de junho de 2013, *Donau Chemie AG*, C-536/11, EU:C:2013:366

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 5 junho de 2014, *Kone AG*, C-557/12, EU:C:2014:1317

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 28 de março de 2019, *Cogeco Communications*, C-637/17, EU:C:2019:263

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15.10.1996, processo n.º 86153

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23.09.1997, processo n.º 97B503

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 07.10.2003, processo n.º 03A1243

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 03.03.2005, processo n.º 04S1901

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14.12.2006, processo n.º 06S1826

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26.10.2017, processo n.º 35457/15.6T8LSB.L1.S1

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18.10.2018, processo n.º 147/13.3JELSB.L1.S3

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 26.04.2018, processo n.º 1052/078TTSTB.E3

Acórdão do Tribunal da Relação Guimarães, de 13.03.2014, processo n.º 251/13.8TBGMR.G1

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11.07.2019, processo n.º 9441.17.3T8LSB.L1-2

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 07.04.2014, processo n.º 344/13.1TTMAI.P1

C&R

BREVES

HÁ CONCORRÊNCIA E CONCORRÊNCIA EM CONTRATAÇÃO PÚBLICA – UMA PRIMEIRA ABORDAGEM À RECENTE COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO EUROPEIA (2021/C 91/01)*

Joaquim Caimoto Duarte & Rui Mesquita Guimarães

INTRODUÇÃO

Na contratação pública, tradicionalmente, a *concorrência* é palavra de ordem. É certo que essa palavra de ordem surge predominantemente associada a uma das suas possíveis dimensões: o princípio da concorrência.

Existe, todavia, uma outra dimensão da *concorrência* na formação de contratos públicos: as práticas restritivas da concorrência, concretamente, no que respeita à concertação entre concorrentes (que sendo autónoma face à primeira, não é absolutamente indissociável). Portanto, como induz o título do presente texto, há concorrência e concorrência na contratação pública.

Interessa-nos no presente texto abordar esta última dimensão (das práticas restritivas da concorrência na contratação pública), que apesar do seu lastro histórico na legislação nacional¹ relativa a contratos públicos, apenas assoma-

* **Key-words:** European Commission information; Public procurement; Collusion; Bid-Rigging; Cooperation between national central procurement authorities and competition authorities; Exclusion of economic operators.

1 Na legislação nacional relativa a contratos públicos, a exclusão de propostas que assentem em atos ou acordos suscetíveis de falsear as condições normais de concorrência encontrava-se já prevista no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 235/86, de 18 de agosto (que alterou o Regime Jurídico das Empreitadas e Fornecimento de Obras Públicas) e no artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 55/95, de 29 de março (que estabeleceu o regime de realização de despesas públicas com empreitadas de obras públicas e aquisição de serviços e bens, bem como o da contratação pública relativa à prestação de serviços, locação e aquisição de bens móveis), tendo perpassado para os diversos diplomas que lhes sucederam, estando atualmente previsto na al. g) do n.º 2 do artigo 70.º do Código dos Contratos Públicos.

ram nas mais recentes Diretivas da União subordinadas ao tema² – até então, como referido pela Comissão, objeto de tratamento por aplicação do artigo 101.º do TFUE.

Com efeito, a crescente perceção da relevante representatividade do mercado público, designadamente pelo significativo volume financeiro que lhe está adstrito, tem originado uma autonomização e gerado uma particular atenção das autoridades nacionais da concorrência, através da emissão guias e orientações específicas, sendo o caso português, um claro exemplo, em particular pela publicação pela Autoridade da Concorrência (“AdC”) do *“Guia de boas práticas no combate ao conluio na contratação pública”* e, bem assim, pela celebração de um protocolo entre a AdC e o Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção (“IMPIC”), assinado a 15.11.2017, o qual passou a possibilitar à Autoridade o acesso à informação que integram o Portal Base e o Observatório das Obras Públicas, simplificando a deteção oficiosa de indícios da existência de práticas anticoncorrenciais nos contratos.

Surgindo no *acquis* europeu de forma mais tímida, tem merecido nos anos mais recentes uma atenção particular, sendo disso exemplo o *“Relatório Anti-corrupção da UE”*, de 2014, a Comunicação da Comissão, de 2017, intitulada *“Dinamizar a contratação pública em benefício da Europa”* – COM(2017) 572 –, e o anexo à Decisão da Comissão, de 14.5.2019, que estabelece as orientações para determinar as correções financeiras a introduzir nas despesas financiadas pela União devido ao incumprimento das regras aplicáveis em matéria de contratos públicos.

Mais recentemente, em 18 de março de 2021, foi publicada no Jornal Oficial da União Europeia a Comunicação da Comissão *“sobre ferramentas para lutar contra a colusão na contratação pública e sobre orientações relativas à forma de aplicar o respetivo motivo de exclusão”* (2021/C 91/01) – doravante, “Comunicação”.

1. A COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO 2021/C 91/01 – PRIMEIRAS ILAÇÕES

Através da Comunicação publicada a Comissão pretende fornecer orientações sobre a forma como: (i) os Estados-Membros e as entidades adjudicantes

2 Cf. a al. d) do n.º 4 do artigo 57.º da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014. De notar que nos termos da Diretiva 2014/24/UE basta a existência de *“indícios suficientemente plausíveis”* para que seja excluída uma proposta.

podem dissuadir, detetar e combater o conluio nos contratos públicos, (ii) otimizar a cooperação entre as autoridades nacionais encarregadas de elaborar, implementar, controlar e/ou apoiar o funcionamento do quadro regulamentar dos contratos públicos (no caso português, o IMPIC) e as autoridades de concorrência e (iii) devem as entidades adjudicantes aplicar o motivo de exclusão relacionado com o conluio previsto nas Diretivas da UE sobre a adjudicação de contratos públicos (ponto 2.3. da Comunicação).

1.1. Sobre as medidas a implementar, destinadas dissuadir, detetar e combater o conluio nos contratos públicos

Desde logo, salienta a Comissão, na sua Comunicação, que se mostra necessário que os agentes da administração que colaboram nos vários momentos dos procedimentos de contratação pública “*sejam capazes de realizar processos de adjudicação, incluindo a capacidade de tratar de forma adequada e oportuna dos casos de presumível colusão*”. Poderá também constituir medida adequada a concessão de incentivos com vista a premiar os agentes que acompanham a tramitação dos procedimentos e a promoção de sessões de formação e de sensibilização. De entre as medidas que a Comissão está a adotar, de forma a colaborar com as entidades dos Estados-Membros está a promoção de ações seletivas para apoiar as autoridades adjudicantes de menor dimensão nos Estados-Membros, tais como formas de permitir que as autoridades centrais responsáveis pelos contratos públicos ao nível nacional (que no caso português, como já mencionado é o IMPIC) prestem assistência exaustiva às autoridades adjudicantes de menor dimensão na execução dos processos de adjudicação ou na conceção de módulos específicos de formação adaptados às suas necessidades específicas. No caso português esta medida poderá ter um impacto relevante, pois proliferam no setor público administrativo e setor público empresarial um grande número de entidades adjudicantes de pequena e média dimensão, com recursos humanos limitados, quer em número, quer ao nível das qualificações.

1.2. Das medidas destinadas à cooperação entre as autoridades centrais responsáveis pelos contratos públicos e da concorrência ao nível nacional

De entre as medidas destinadas à melhoria da cooperação entre as entidades encarregadas de elaborar, implementar, controlar e/ou apoiar o funcionamento do quadro regulamentar dos contratos públicos e as autoridades de concorrência salientam-se as seguintes:

- Estabelecer um serviço seguro (mediante um ponto de contacto ou uma linha de apoio) para prestar assistência às autoridades adjudicantes;
- Promover a utilização das ferramentas disponíveis ao nível nacional ou da UE que possibilitam e incentivam os cidadãos ou as empresas a referir e denunciar casos de colusão;
- Elaborar as disposições práticas passo a passo para as autoridades adjudicantes obterem a assistência especializada;
- Possibilitar o acesso das autoridades às informações de que necessitam para o desempenho das suas funções no tratamento de casos suspeitos de colusão;
- Introduzir instrumentos opcionais para as autoridades adjudicantes, capazes de dissuadir eficazmente os operadores económicos de adotarem práticas colusórias.

Nesta matéria, quer o nível dos instrumentos legislativos, quer ao nível dos instrumentos de cooperação contratuais – pelo menos, do ponto de vista formal –, Portugal “está um passo à frente”, tendo já implementado um grande número das medidas de cooperação identificadas pela Comissão. Com efeito, ao nível dos instrumentos legislativos, prevê-se no n.º 4 do artigo 70.º do Código dos Contratos Públicos que seja comunicada à AdC a exclusão de quaisquer propostas por existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência, bem como a existência de indícios de práticas restritivas da concorrência, ainda que não tenha dado origem à exclusão da proposta. Ao nível de instrumentos protocolares, como já assinalado, em 2017, foi celebrado entre a AdC e o IMPIC, um protocolo com vista a permitir o acesso, pela AdC, à informação que integram o Portal Base e o Observatório das Obras Públicas. Ademais, a Autoridade da Concorrência tem disponível, também desde 2017, um portal de denúncias *online*, que contém informação sobre o combate ao conluio na contratação pública, disponibilizando um guia de boas práticas e a uma *checklist*, com vista a facilitar a deteção de indícios de conluio no âmbito dos procedimentos de formação de contrato.

1.3. Das orientações sobre a forma de aplicar o motivo de exclusão por colusão

Quanto a este ponto da Comunicação, evidencia-se a secção 5.4, a respeito do conceito de “*indícios suficientemente plausíveis*” [previsto na al. d) do n.º 4 do artigo 57.º da Diretiva 2014/24/UE]. A este respeito é entendimento

da Comissão que “*ao examinar a possibilidade de excluir um proponente de um processo de adjudicação pendente devido a uma suspeita de colusão, a autoridade adjudicante tem o direito, ao abrigo da Diretiva, de apreciar todos os factos do seu conhecimento que possam pôr em causa a fiabilidade desse proponente enquanto potencial futuro adjudicatário (...), por exemplo, o facto de um proponente já ter celebrado um contrato de subcontratação com outro proponente no mesmo processo, ou ter pré-encomendado material necessário para executar o contrato em questão muito antes de a avaliação dos proponentes estar concluída*”. São ainda elencados outros aspetos que podem constituir, nas palavras da Comissão, “sinais de alerta”, designadamente:

- O comportamento global no mercado dos proponentes que participam no concurso;
- A similitude do texto das propostas;
- Os preços propostos no processo de adjudicação, incluindo, por comparação com outros procedimentos;
- A assinatura de diferentes propostas por um mesmo representante comercial.

2. CONSIDERAÇÕES FINAIS – NEM SEMPRE ONDE HÁ FUMO HÁ FOGO

Apesar de demonstrar uma crescente preocupação com o controlo de práticas restritivas no âmbito de procedimentos de contratação pública, a Comissão não deixa de salientar que as “*autoridades adjudicantes devem avaliar, de forma prudente e proporcionada, se os indícios de colusão detetados num processo de adjudicação pendente são suficientemente plausíveis para excluir um proponente, concentrando-se nos factos e evitando suposições*”. Na verdade, como se salientou no ponto anterior, mostrar-se-á relevante para o efeito atender ao comportamento global no mercado dos proponentes que participam no concurso e, bem assim, às características do referido mercado e dos próprios proponentes. Nesta abordagem a Comissão fornece dois exemplos mais frequentes: a participação de empresas do mesmo grupo económico (na formulação da comunicação, “empresas filiadas”) no mesmo processo de adjudicação e a apresentação de propostas conjuntas e subcontratação.

Mas como também salienta a Comissão – em linha com a jurisprudência do TJUE³ –, a verificação das referidas situações, não determinará a exclusão automática das propostas, havendo de, em qualquer dos casos, os operadores sobre os quais possam recair suspeitas de colusão ter a oportunidade de demonstrar a sua independência na apresentação de propostas.

3 Nesta matéria é jurisprudência charneira a introduzida no âmbito do Processo C-538/07, *Assitur Srl/ Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, EU:C:2009:317, §29 e §32. De acordo com o decidido no referido acórdão, não haverá motivo de exclusão quando “a relação de domínio entre as empresas afectadas não tem qualquer incidência sobre o comportamento destas no âmbito de tais processos”. Importando aferir “se a relação de domínio em causa teve influência sobre o conteúdo respetivo das propostas apresentadas pelas empresas envolvidas no âmbito de um mesmo concurso (...). A constatação de tal influência, independentemente da forma que assuma, basta para que essas empresas sejam excluídas do processo em questão”.

NEW TRENDS IN MERGER CONTROL: THE BABY, THE BATHWATER, UNCERTAIN OUTLOOKS AND ETERNAL RETURNS

*Tânia Luísa Faria, Margot Lopes Martins & Mariana Viana Pedreira**

Over the last few years there has been wide-ranging discussion about the adequacy of the existing merger control tools in the EU, and worldwide, to capture and sufficiently assess the concentrations that could significantly impede effective competition. These discussions are starting to materialize and to reveal the well-known risk of throwing the baby out with the bathwater, as well as the return of other public policy considerations to be included in the merger control assessment.

Without prejudice of further, more in-depth developments, in subsequent articles, we will briefly address the current debate concerning killer acquisitions, common (minority) shareholdings and potentially improved merger control assessment criteria.

1. KILLER ACQUISITIONS AND JURISDICTION FOR MERGER CONTROL PURPOSES

The increasingly omnipresent concept of killer acquisitions refers to transactions which rationale is principally to shut down pioneering firms, many of which have yet to generate turnover at the time of their acquisition while acquiring its high potential emerging technology and key staff, all this while simultaneously eliminating a competitive threat.

* Uría Menéndez – Proença de Carvalho lawyers: Tânia Luísa Faria is a counsel and head of the Competition and EU Law Practice Area, PhD and Teaching Assistant at the Law Faculty of the Universidade de Lisboa, Margot Lopes Martins is a junior associate and Mariana Viana Pedreira is a trainee in the Competition and EU Law Practice Area.

Key-words: Merger Control; Killer Acquisitions; European Commission; NCAs; Merger Thresholds; Jurisdiction; Minority Shareholdings; Assessment Criteria; Remedies; Innovation; Covid-19 crisis; Sustainability Issues.

The emergence of the killer acquisition issue within the merger control scenario is normally accompanied by an extensive list of non-notified acquisitions especially in the digital sector, because they did not trigger the existing merger control thresholds, especially in the EU, which are mainly turnover based. In fact, since 2006, Google has acquired over 200 companies, including Waze and YouTube, Microsoft over 100 companies, Apple over 90 companies, Facebook absorbed over 80 companies, including Instagram and WhatsApp, Amazon took over 70 companies, such as WholeFoods Market and Twitch – all acquisitions that are said to have contributed to the exponential growth of these tech giants.¹

In the Facebook/WhatsApp case², perceived as an eye-opener case, the acquisition of WhatsApp by Facebook was not caught by the EU Merger Regulation (“EUMR”) despite the multi-billion deal value and was only assessed by the European Commission (“EC”) through the referral mechanism. Similarly, the acquisition of control by Apple over Shazam was only reviewed by the EC after it was referred by several Member States under Article 22(1) EUMR.³ Nevertheless, and noticeably, both these acquisitions were approved, without remedies/commitments.

In any case, the idea that there could be an enforcement gap in this area led to the conclusion that EU Member States and the EU, as well as non-EU jurisdictions, required additional instruments in their toolkit to capture the acquisition of promising undertakings whose turnover was insufficient to trigger the existing merger control thresholds.

The main solution that has been envisaged is to amend the existing merger control thresholds in a way said to be directly inspired by the United States of America (“US”) transaction value threshold. In fact, the transaction value threshold could translate the competitive potential of the acquirer business, even though it is susceptible to criticism, including the potential for encouraging attempts to artificially reduce the value of the transaction by splitting it up into several transactions.

In fact, a transaction value test was considered by certain Member States (*e.g.* France) and already introduced by Germany and Austria, which adopted

1 Based on publicly available information, as updated, for example, the *Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets*, prepared by Lear for the Competition and Markets Authority (“CMA”), available at https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/803576/CMA_past_digital_mergers_GOV.UK_version.pdf

2 Case (CE) COMP/M.7217 – *Facebook/WhatsApp*, of 3 October 2014.

3 Case (CE) M.8788 – *Apple/Shazam*, of 6 September 2018.

a transaction value-based threshold, thus imposing the mandatory notification of transactions that exceed a certain value, without having to fulfil the classical turnover threshold.

Also to this end, the United Kingdom (“UK”) is assessing the possibility to adopt new tools to catch transactions involving digital businesses that are deemed to have “strategic market status” and which may include a new size-of-transaction test.⁴ For the time being, the UK already has a tool which allows it to capture transactions that escape the EC’s and other NCAs jurisdiction. In fact, over the last few years several merger transactions in the digital sector, despite not being caught by the EUMR (or by NCAs’ pure turnover thresholds), triggered the UK alternative share of supply test threshold and were reviewed by the Competition and Markets Authority (“CMA”). This was the case of Amazon/The Book Depository⁵, Facebook/Instagram⁶, Google/Waze⁷ and Priceline/Kayak⁸ transactions.

France also considered the possibility of introducing an *ex-post* control mechanism or a new threshold based on the value of the transaction, but ultimately these were not included in the new merger control guidelines adopted by the Autorité de la Concurrence (“FCA”) in July 2020. Instead, the FCA opted to rely on a broader interpretation of Article 22 EUMR, as suggested by the EC.⁹

On 26 March 2021, the EC issued new Guidance on the application of the referral mechanism set out in Article 22 EUMR to certain categories of cases and took the opportunity to re-purpose Article 22 EUMR, without needing to change the law, while introducing more uncertainty for businesses, increased costs, potential delays to closing and increased burdens in the drafting of the transaction documents.

4 CMA’s Report, of December 2020, *A New Pro-Competition Regime for Digital Markets – Advice of the Digital Markets Taskforce*, available at https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fce7567e90e07562f98286c/Digital_Taskforce_-_Advice.pdf

5 Case (CMA) ME/5085/11 – *Amazon.com/The Book Depository International Limited*, of 26 October 2011.

6 Case (CMA) ME/5525/12 – *Facebook/Instagram*, of 14 August 2012, at which time Instagram had not generated any turnover since it was established.

7 Case (CMA) ME/6167/13 – *Motorola Mobility Holding (Google, Inc.)/Waze Mobile Limited*, of 11 November 2013.

8 Case (CMA) ME/5882-12 – *Priceline.com/Kayak Software Corporation*, of 9 May 2013.

9 2020 *Merger Control Guidelines of the Autorité de la Concurrence*, of 23 July 2020.

2. THE IMPACT OF MINORITY/Common SHAREHOLDINGS

Merger control regimes have mainly focused on minority shareholding acquisitions that confer control (*i.e.* give the acquirer the possibility of exercising decisive influence over an undertaking), although some jurisdictions already apply merger control rules to acquisitions of non-controlling minority shareholdings.

The possibility that non-controlling shareholding acquisitions may harm competition even when there is no change of control of the target has been identified in cases, such as the *Ryanair/Aer Lingus* case.¹⁰ Even though the EC did not allow Ryanair to acquire control of Aer Lingus, it could have used its minority shareholding to access Aer Lingus' confidential strategic plans and business secrets, thus lessening Aer Lingus' capacity to compete with Ryanair and/or weakening Ryanair's incentives to compete, given its desire to maintain the value of its investment in Aer Lingus.

Another case that apparently shed some light on the harmful horizontal effects that non-controlling minority shareholding acquisitions can have on competition was the *Siemens/VA Tech* case.¹¹ In this case, the EC considered that Siemens' minority shareholding in SMS Demag, a competitor of VA Tech, might threaten competition as Siemens could access strategic information about SMS Demag's business policy and therefore lessen competition in a highly concentrated market. In this sense, the merger was only approved after Siemens' commitments to transfer its rights as a shareholder of SMS Demag to a trustee pending the divestiture.

Similar reasoning was applied in the *Arena Atlântida/Pavilhão Atlântico/Atlântico* case¹² in Portugal, in which the remedies included the divestment by the acquirer's group of a minority shareholding in a competitor.

The EC also took into account common shareholdings in *Dow/DuPont*¹³ and *Bayer/Monsanto*¹⁴ in 2017 and 2018, although they have not become a regular feature in EU merger analysis.

Consequently, there are two main issues posed by minority/common shareholdings: (i) the requirement that control be acquired for jurisdictional

10 Case (CE) COMP/M.4439 – *Ryanair/Aer Lingus*, of 11 October 2007.

11 Case (CE) COMP/M.3653 – *Siemens/VA Tech*, of 13 July 2005.

12 Case (AdC) Ccent. 38/2012 – *Arena Atlântida/Pavilhão Atlântico*Atlântico*, of 21 March 2013.

13 Case (CE) M.7932 – *Dow/DuPont*, of 27 March 2017.

14 Case (CE) M.8084 – *Bayer/Monsanto*, of 21 March 2018.

purposes; and (ii) the importance of non-controlling common shareholdings in competition law assessments.

In what concerns the first issue, in the EU, as in Portugal, a change of control on a lasting basis is the fundamental criterion for the merger control rules to apply to a given transaction. As such, although minority shareholding acquisitions that confer control fall within the scope of application of the EUMR, minority shareholding acquisitions that do not confer control are not subject to those rules. That being the case, the EC does not have the power to review or take action against non-controlling minority shareholding acquisitions that could potentially harm competition.

In 2014, the EC published a white paper (“White Paper”)¹⁵ that described in detail its concerns about non-controlling minority shareholdings and their potential horizontal and vertical effects on competition, namely (i) reducing competitive pressure between competitors; (ii) substantially facilitating coordination among competitors; and (iii) allowing companies to hamper competitors’ access to inputs or customers.

The White Paper also proposed extending the EUMR’s scope, setting out a “targeted” transparency system in which an undertaking would be required to submit an information notice to the EC if it proposes to acquire a minority shareholding that qualifies as a “competitively significant link”. For an acquisition to be considered a competitively significant link, (i) there must be a competitive relationship between the acquirer and the target, or they must be vertically related; and (ii) the acquired shareholding must be at least 20%, or between 5% and 20% but accompanied by additional factors, such as a *de facto* blocking minority, a seat on the board of directors, or access to commercially sensitive information.

Under the White Paper, the EU would follow the examples of the UK, Germany and Canada and focus on the potential interest, influence or link that the acquirer could hold over the target to empower the EC to review and take action against non-controlling minority shareholding acquisitions that are potentially harmful to competition. The proposed amendment to the EU’s merger control regime was finally not adopted due to the administrative burden it would place on companies.

As regards the *ex-post* issue, a number of recent studies have considered that the potential impact of common shareholdings on competition in and

15 White Paper *Towards more effective EU merger control*, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014DC0449&rid=2>

across markets in terms of the less vigorous competition is not totally clear. The conclusion, at least in the EU and the UK (which both published reports on this issue in 2020^{16,17}), is that there is currently insufficient empirical evidence to take any action and that a more detailed analysis is needed on the causal link between a common shareholding and any actual impact on competition.

Given the known harmful effects that non-controlling shareholding acquisitions may have on competition and the inability or incapacity of many jurisdictions to presently review or take action against them in an *ex-ante* scenario, it is only natural that NCAs and the EC are looking for ways to bridge the gap.

In this sense, the NCAs and the EC are expected to pay increasing attention to minority shareholdings and the harmful effects these may have on competition. However, any merger control regime that intends to include in its scope the review of non-controlling minority shareholding acquisitions should focus on only capturing potentially anti-competitive acquisitions, as there is always the risk of broadening the scope to a point where almost any acquisitions would be subject to review, causing an unnecessary and disproportionate administrative burden on companies and NCAs.

3. REVISITING THE SUBSTANTIVE CRITERIA FOR THE ASSESSMENT OF MERGERS

In what concerns the substantive assessment of mergers, the apparent inadequacy of the current criteria, or at least of the traditional way of thinking focused on price increases, has led to calls for more importance to be given to the merger's impact in terms of reducing choice and harming innovation.

Even though mergers involving Big Tech firms have generally received clearance, some required extensive remedies, many of them related to the maintenance of an adequate level of user choice. For instance, in what concerns the remedies necessary to green light the Google/Fitbit transaction¹⁸, which in the EU sought to ensure that European Economic Area users would

16 The EU Report on *Barriers to Competition through Joint Ownership by Institutional Investors*, available at [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/652708/IPOL_STU\(2020\)652708_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/652708/IPOL_STU(2020)652708_EN.pdf)

17 The CMA Report on *The State of UK Competition*, available at https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/939636/State_of_Competition_Report_Nov_2020_Final.pdf

18 Case (CE) M.9660 – *Google/Fitbit*, of 17 December 2020.

have an effective choice to grant or deny the use of health and wellness data stored in their Google Account or Fitbit Account by other Google services (such as Google Search, Google Maps, Google Assistant and YouTube).

Antitrust authorities have continued to intervene based on concerns over a loss of, or reduction in, innovation in the last year. The FTC's, CE's and CMA's concerns that, for instance, forced Illumina to walk away from its acquisition of PacBio¹⁹, or led to remedies (in the EU, US, China and South Korea) in Danaher's acquisition of GE's biopharma businesses²⁰, are high profile examples of the increasing weight placed on innovation concerns. Even in Spain, the CNMC only approved Pigment's acquisition of Ferro's coating business subject to a commitment that a certain level of innovation would be maintained.²¹

Consequently, assessing the impact of a merger on innovation is now common and, in many cases, the authorities' focus on innovation has gone hand-in-hand with concerns over the removal of nascent competition. Established guidance is being revised to take account of digital transformation, as evidenced by the EC's consultation on its over 20-year-old market definition notice (which was open from 26 June 2020 to 9 October 2020 and which results are expected in 2021).

Furthermore, we are once again seeing the eternal return of European competition law's eternal battle to rid itself of economic consumer welfare driven considerations, only to see the resurgence of these concerns in albeit different, and sometimes more "glamorous", forms.

After national champions protectionism seemed to have made a comeback in the reaction to the EC prohibitions in the Siemens/Alstom case²², the Covid-19 crisis now appears to be serving as an excuse to include more economic policy considerations in merger control cases, even though the European Commissioner for Competition, Margrethe Vestager, stated that

19 Case (FTC) 9387 – *Illumina Inc./Pacific Biosciences of California, Inc.* and Case (CMA) ME/6795/18 – *Illumina / PacBio*.

20 Case (EC) M.9331 – *Danaher/GE Healthcare Life Sciences Biopharma*, of 18 December 2019 and Case (FTC) C- 4710 – *Danaher Corporation*, of 19 March 2020.

21 Case (CNMC) C/1116/20 – *Pigments / Negocio Ferro*, of 15 December 2020.

22 Case (EC) M.8677 – *Siemens/Alstom*, of 6 February 2019.

the Covid-19 crisis should not be a shield that allows mergers that harm consumers and slow down the recovery.²³

That said, we are already seeing concerns being raised in some jurisdictions, even indirectly, that economic problems created by the pandemic are playing an increasing part in merger control assessment. One factor is the protection of workers. The same European Commissioner for Competition has, in the past, encouraged the participation of more stakeholders in the merger control process, with trade unions being invited to contact the Directorate-General for Competition during mergers and companies involved in mergers being reminded of their duty to inform and consult workers. In Germany, for instance, the preservation of jobs have already played a part in securing merger control approval.

Towards the end of 2020, we also saw NCAs start to consider how sustainability issues interact with antitrust policy. In its October 2020 call for contributions on competition policy and the Green Deal, the EC noted that mergers could eliminate the pressure between firms to innovate on sustainability aspects of some products or production processes.²⁴ And in its decision clearing the Aurubis/Metallo metal recycling deal in May 2020, the EC considered sustainability and the circular economy as a factor.²⁵

While further analysis of the policy considerations in this area is needed, we can undoubtedly expect further developments in the near future and/or a more critical appraisal of the uncertain outlooks and eternal returns on this matter. Undertakings must remain vigilant for new rules and, especially, new, sometimes unexpected and often overcomplicated, enforcement approaches.

23 Declaration made during the American Bar Association Enforcers Roundtable panel discussion, in April 2020.

24 Outline of the call for contributions available at https://ec.europa.eu/competition/information/green_deal/call_for_contributions_en.pdf

25 Case (EC) M.9409 – *Aurubis/Metallo Group Holding*, of 4 May 2020.

C&R

JURISPRUDÊNCIA

Jurisprudência geral

JURISPRUDÊNCIA DE CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA – DE JANEIRO A MARÇO DE 2021

Elaborado por Fernando Pereira Ricardo

Abuso de posição dominante

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 25 de março de 2021, proferido no âmbito do Processo C-165/19 P; ECLI:EU:C:2021:239

Partes: Slovak Telekom a.s. / Comissão

Descritores: Recurso de decisão do Tribunal Geral – Concorrência – Artigo 102.º TFUE – Abuso de posição dominante – Mercado eslovaco dos serviços de acesso à Internet de alto débito – Obrigação de acesso regulamentar ao lacete local para os operadores que dispõem de um poder significativo – Condições fixadas pelo operador histórico para o acesso desagregado de outros operadores ao lacete local – Caráter indispensável do acesso – Compressão das margens – Custos – Concorrente pelo menos tão eficaz quanto a empresa dominante – Direitos de defesa

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 25 de março de 2021, proferido no âmbito do Processo C-152/19 P; ECLI:EU:C:2021:238

Partes: Deutsche Telekom AG / Comissão

Descritores: Recurso de decisão do Tribunal Geral – Concorrência – Artigo 102.º TFUE – Abuso de posição dominante – Mercado eslovaco dos serviços de acesso à Internet de alto débito – Obrigação de acesso regulamentar ao lacete local para os operadores que dispõem de um poder significativo – Condições fixadas pelo operador histórico para o acesso desagregado de outros operadores ao lacete local – Caráter indispensável do acesso – Imputabilidade do comportamento da filial à sociedade-mãe – Direitos de defesa

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 25 de fevereiro de 2020, proferido no âmbito do Processo C-857/19; ECLI:EU:C:2021:139

Partes: Slovak Telekom a.s. / Protimonopolný úrad Slovenskej republiky

Descritores: Reenvio prejudicial – Concorrência – Artigo 102.º TFUE – Abuso de posição dominante – Repartição de competências entre a

Comissão Europeia e as autoridades nacionais responsáveis em matéria de concorrência – Regulamento (CE) n.º 1/2003 – Artigo 11.º, n.º 6 – Privação da competência das autoridades nacionais responsáveis em matéria de concorrência – Princípio *ne bis in idem* – Artigo 50.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 28 de janeiro de 2021, proferido no âmbito do Processo C-466/19 P; ECLI:EU:C:2021:76

Partes: Qualcomm Inc. e o. / Comissão

Descritores: Recurso de decisão do Tribunal Geral – Concorrência – Abuso de posição dominante – Mercado dos *chipsets* em banda de base UMTS – Regulamento (CE) n.º 1/2003 – Artigo 18.º, n.º 3 – Decisão de pedido de informações – Caráter necessário das informações pedidas – Proporcionalidade – Ónus da prova – Auto-incriminação

Acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 25 de março de 2021, proferido no âmbito do Processo C-614/16 P; ECLI:EU:C:2021:246

Partes: Merck KGaA / Comissão

Descritores: Recurso – Concorrência – Acordos, decisões e práticas concertadas – Produtos farmacêuticos – Mercado de medicamentos antidepressivos (citalopram) – Acordos de resolução amigável de litígios relativos a patentes de processos celebrados entre um fabricante de medicamentos originais detentores dessas patentes e fabricantes de medicamentos genéricos – Artigo 101.º TFUE – Concorrência potencial – Restrição por objeto – Qualificação – Cálculo do valor da coima

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 25 de março de 2021, proferido no âmbito do Processo C-611/16 P; ECLI:EU:C:2021:245

Partes: Xellia Pharmaceuticals ApS e o. / Comissão

Descritores: Recurso de decisão do Tribunal Geral – Concorrência – Acordos, decisões e práticas concertadas – Produtos farmacêuticos – Mercado dos medicamentos antidepressivos (citalopram) – Acordos de resolução amigável de litígios relativos a patentes de processo celebrados entre um fabricante de medicamentos originais titular dessas patentes e fabricantes de medicamentos genéricos – Artigo 101.º TFUE – Concorrência

potencial – Restrição por objetivo – Qualificação – Cálculo do montante da coima – Direitos de defesa – Prazo razoável – Perda de documentos pelo decurso do tempo – Dever geral de prudência – Regulamento (CE) n.º 1/2003 – Artigo 23.º, n.º 2, segundo parágrafo – Limite máximo da coima – Tomada em consideração do exercício social que precede a adoção da decisão da Comissão Europeia – Último exercício completo de atividade económica normal

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 25 de março de 2021, proferido no âmbito do Processo C-601/16 P; ECLI:EU:C:2021:244

Partes: Arrow Group ApS e Arrow Generics Ltd / Comissão

Descritores: Recurso – Concorrência – Acordos, decisões e práticas concertadas – Produtos farmacêuticos – Mercado de medicamentos antidepressivos (citalopram) – Acordos de resolução amigável de litígios relativos a patentes de processos celebrados entre um fabricante de medicamentos originais detentor dessas patentes e fabricantes de medicamentos genéricos – Artigo 101.º TFUE – Concorrência potencial – Restrição por objeto – Qualificação – Cálculo do valor da coima

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 25 de março de 2021, proferido no âmbito do Processo C-591/16 P; ECLI:EU:C:2021:243

Partes: H. Lundbeck A/S e o. / Comissão

Descritores: Recurso de decisão do Tribunal Geral – Concorrência – Acordos, decisões e práticas concertadas – Produtos farmacêuticos – Mercado dos medicamentos antidepressivos (citalopram) – Acordos de resolução amigável de litígios relativos a patentes de processo celebrados entre um fabricante de medicamentos originais titular dessas patentes e fabricantes de medicamentos genéricos – Artigo 101.º TFUE – Concorrência potencial – Restrição por objetivo – Qualificação – Cálculo do montante da coima – Vendas em relação direta ou indireta com a infração

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 25 de março de 2021, proferido no âmbito do Processo C-588/16 P; ECLI:EU:C:2021:242

Partes: Generics (UK) Ltd. / Comissão

Descritores: Recurso – Concorrência – Acordos, decisões e práticas concertadas – Produtos farmacêuticos – Mercado de medicamentos antidepressivos (citalopram) – Acordos de resolução amigável de litígios relativos a patentes de processos celebrados entre um fabricante de medicamentos

originais detentor dessas patentes e fabricantes de medicamentos genéricos – Artigo 101.º TFUE – Concorrência potencial – Restrição por objeto – Qualificação – Cálculo do valor da coima

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 25 de março de 2021, proferido no âmbito do Processo C-586/16 P; ECLI:EU:C:2021:241

Partes: Sun Pharmaceutical Industries Ltd e o. / Comissão

Descritores: Recurso – Concorrência – Acordos, decisões e práticas concertadas – Produtos farmacêuticos – Mercado de medicamentos antidepressivos (citalopram) – Acordos de resolução amigável de litígios relativos a patentes de processos celebrados entre um fabricante de medicamentos originais detentor dessas patentes e fabricantes de medicamentos genéricos – Artigo 101.º TFUE – Concorrência potencial – Restrição por objeto – Qualificação – Cálculo do valor da coima

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 18 de março de 2021, proferido no âmbito do Processo C-440/19 P; ECLI:EU:C:2021:214

Partes: Pometon SpA / Comissão

Descritores: Recurso de decisão do Tribunal Geral – Acordos, decisões e práticas concertadas – Mercado europeu dos abrasivos de aço – Participação em contactos bilaterais e multilaterais com vista a coordenar os preços em todo o Espaço Económico Europeu – Processo «híbrido» que conduziu sucessivamente à adoção de uma decisão de transação e de uma decisão no termo de um processo ordinário – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Artigo 41.º – Dever de imparcialidade da Comissão Europeia – Artigo 48.º – Presunção de inocência – Dever de fundamentação – Infração única e continuada – Duração da infração – Igualdade de tratamento – Competência de plena jurisdição

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 27 de janeiro de 2021, proferido no âmbito do Processo C-595/18 P; ECLI:EU:C:2021:73

Partes: The Goldman Sachs Group Inc. / Comissão

Descritores: Recurso de decisão do Tribunal Geral – Concorrência – Acordos, decisões e práticas concertadas – Mercado europeu dos cabos elétricos – Repartição do mercado no âmbito de projetos – Regulamento (CE) n.º 1/2003 – Artigo 23.º, n.º 2 – Imputabilidade do comportamento infrator de uma sociedade a outra – Presunção de exercício efetivo de uma

influência determinante – Entidade que controla 100 % dos direitos de voto associados às ações de outra sociedade

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 21 de janeiro de 2021, proferido no âmbito do Processo C-308/19; ECLI:EU:C:2021:47

Partes: Consiliul Concurenței / Whiteland Import Export SRL

Descritores: Reenvio prejudicial – Concorrência – Sanções impostas pela autoridade nacional de concorrência – Prazo de prescrição – Atos que interrompem o prazo de prescrição – Regulamentação nacional que exclui, após a abertura de um inquérito, a possibilidade de que um ato posterior de perseguição ou de inquérito possa interromper o novo prazo de prescrição – Princípio da interpretação conforme – Regulamento (CE) n.º 1/2003 – Artigo 25.º, n.º 3 – Âmbito de aplicação – Artigo 4.º, n.º 3 TUE – Artigo 101.º TFUE – Princípio da efetividade

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 20 de janeiro de 2021, proferido no âmbito do Processo C-301/19 P; ECLI:EU:C:2021:39

Partes: Comissão / Printeos SA

Descritores: Recurso de decisão do Tribunal Geral – Concorrência – Acordos, decisões e práticas concertadas – Decisão que declara a existência de uma infração ao artigo 101.º TFUE – Coimas – Anulação – Reembolso do montante principal da coima – Artigo 266.º TFUE – Juros de mora – Distinção entre juros de mora e juros compensatórios – Cálculo de juros – Artigo 90.º, n.º 4, al. a), segundo período, do Regulamento Delegado (UE) n.º 1268/2012

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 14 de janeiro de 2021, proferido no âmbito do Processo C-450/19; ECLI:EU:C:2021:10

Partes: Kilpailu- ja kuluttajavirasto / Eltel Group Oy e o.

Descritores: Reenvio prejudicial – Concorrência – Artigo 101.º TFUE – Acordos, decisões e práticas concertadas – Manipulação de processos de concurso – Determinação da duração do período da infração – Inclusão do período durante o qual os participantes no cartel puseram em prática o acordo anticoncorrencial – Efeitos económicos do comportamento anticoncorrencial – Cessação da infração no momento da adjudicação final do contrato

Auxílios de Estado

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 16 de março de 2021, proferido no âmbito do Processo C-596/19 P; ECLI:EU:C:2021:202

Partes: Comissão / Hungria

Descritores: Recurso de decisão do Tribunal Geral – Artigo 107.º, n.º 1 TFUE – Auxílios de Estado – Imposto húngaro sobre o volume de negócios relativo à publicidade – Elementos de determinação do sistema de referência – Progressividade das taxas – Dispositivo transitório de dedutibilidade parcial de prejuízos reportados – Existência de uma vantagem de caráter seletivo – Ónus da prova

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 16 de março de 2021, proferido no âmbito do Processo C-562/19 P; ECLI:EU:C:2021:201

Partes: Comissão / Polónia

Descritores: Recurso de decisão do Tribunal Geral – Artigo 107.º, n.º 1 TFUE – Auxílios de Estado – Imposto polaco no setor da venda a retalho – Artigo 108.º, n.º 2 TFUE – Decisão de dar início ao procedimento formal de investigação – Elementos de determinação do sistema de referência – Progressividade das taxas – Existência de uma vantagem de caráter seletivo – Ónus da prova

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 4 de março de 2021, proferido no âmbito do Processo C-362/19 P; ECLI:EU:C:2021:169

Partes: Comissão / Fútbol Club Barcelona

Descritores: Recurso de decisão do Tribunal Geral – Auxílios de Estado – Auxílio concedido a alguns clubes de futebol profissional – Artigo 107.º, n.º 1 TFUE – Conceito de “vantagem” – Regime de auxílios – Regulamento (UE) n.º 2015/1589 – Artigo 1.º, al. d) – Taxa reduzida de tributação – Entidades sem fins lucrativos – Dedução fiscal menos vantajosa – Incidência – Recurso subordinado – Artigos 169.º e 178.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 3 de março de 2021, proferido no âmbito dos Processos C-434/19 e C-435/19; ECLI:EU:C:2021:162

Partes: Poste Italiane SpA / Riscossione Sicilia SpA agente riscossione per la provincia di Palermo e delle altre provincie siciliane e o.

Descritores: Reenvio prejudicial – Auxílios de Estado – Concorrência – Artigo 107.º, n.º 1 TFUE – Condições de aplicação – Artigo 106.º, n.º 2 TFUE – Serviços de interesse económico geral – Gestão do serviço de conta corrente postal para a cobrança do imposto municipal sobre imóveis – Empresas que beneficiam de direitos especiais ou exclusivos concedidos pelos Estados-Membros – Comissões fixadas unilateralmente pela empresa beneficiária – Abuso de posição dominante – Artigo 102.º TFUE – Inadmissibilidade

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 2 de março de 2021, proferido no âmbito do Processo C-425/19 P; ECLI:EU:C:2021:154

Partes: Comissão / República Italiana

Descritores: Recurso de decisão do Tribunal Geral – Auxílios de Estado – Intervenção de um consórcio de direito privado entre bancos a favor de um dos seus membros – Autorização da intervenção por parte do banco central do Estado-Membro – Conceito de “auxílio de Estado” – Imputabilidade ao Estado – Recursos do Estado – Índícios que permitem concluir pela imputabilidade de uma medida – Desvirtuação dos elementos de direito e de facto – Decisão que declara o auxílio incompatível com o mercado interno

Acórdão do Tribunal Geral, de 17 de fevereiro de 2020, proferido no âmbito do Processo T-259/20; ECLI:EU:T:2021:92

Partes: Ryanair DAC / Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Mercado francês do transporte aéreo – Moratória sobre o pagamento da taxa de aviação civil e da taxa de solidariedade sobre os bilhetes de avião devidos mensalmente durante o período de março a dezembro de 2020 no contexto da pandemia de COVID-19 – Decisão de não levantar objeções – Auxílio destinado a reparar os danos causados por um acontecimento extraordinário – Livre prestação de serviços – Igualdade de tratamento – Critério da posse de uma licença emitida pelas autoridades francesas – Proporcionalidade – Artigo 107.º, n.º 2, al. b) TFUE – Dever de fundamentação

Acórdão do Tribunal Geral, de 17 de fevereiro de 2020, proferido no âmbito do Processo T-238/20; ECLI:EU:T:2021:91

Partes: Ryanair DAC / Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Mercado francês do transporte aéreo – Moratória sobre o pagamento da taxa de aviação civil e da taxa de solidariedade sobre os bilhetes de avião devidos mensalmente durante o período de março a dezembro de 2020 no contexto da pandemia de COVID-19 – Decisão de não levantar objeções – Auxílio destinado a reparar os danos causados por um acontecimento extraordinário – Livre prestação de serviços – Igualdade de tratamento – Critério da posse de uma licença emitida pelas autoridades francesas – Proporcionalidade – Artigo 107.º, n.º 2, al. b) TFUE – Dever de fundamentação

Acórdão do Tribunal Geral, de 13 de janeiro de 2021, proferido no âmbito do Processo T-478/18; ECLI:EU:T:2021:2

Partes: Hacène Bezouaoui e o. / Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Formação em utilização de máquinas de construção com segurança – Reembolso da formação por organismos associativos de gestão paritária (OPCA) – Decisão que declara a inexistência de auxílio de Estado – Conceito de auxílio de Estado – Imputabilidade ao Estado – Controlo público dos recursos.

Concentrações de empresas

Acórdão do Tribunal Geral, de 27 de janeiro de 2021, proferido no âmbito do Processo T-691/18; ECLI:EU:T:2021:43

Partes: KPN BV / Comissão

Descritores: Concorrência – Concentrações – Mercado holandês dos serviços de televisão e telecomunicações – Decisão que declara a concentração compatível com o mercado interno e com o Acordo EEE – Mercado relevante – Efeitos verticais – Erro manifesto de apreciação – Dever de fundamentação

NOTAS CURRICULARES

JOAQUIM CAIMOTO DUARTE

Joaquim Caimoto Duarte é Of Counsel na TELLES. Centra a sua atividade profissional em assuntos de Direito Europeu e de Direito da Concorrência, abarcando a sua experiência diversos sectores, tais como o financeiro, segurador, farmacêutico, aeronáutico, indústria automóvel, energético, telecomunicações, media e grande distribuição. Intervém regularmente em operações de concentração e processos de infração por condutas abusivas e acordos restritivos perante a Autoridade da Concorrência Portuguesa, Comissão Europeia e Tribunal de Justiça da UE, detendo também ampla experiência em sede de auxílios estatais. É membro fundador do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência e habitualmente destacado pelos principais diretórios internacionais pela sua experiência como advogado de Direito da Concorrência em Portugal.

Joaquim Caimoto Duarte is an of counsel at TELLES. He focuses his professional activity on European and competition law, advising on matters in various sectors, including the pharmaceuticals, banking and insurance, air transport, motor vehicle, energy, telecommunications, media and large retailer industries. Joaquim is regularly involved in merger control and infringement proceedings for abusive conduct and restrictive agreements before the Portuguese Competition Authority, the European Commission and the EU courts, and also has ample experience in State aid. He is a founding member of the Portuguese Competition Lawyers Association (Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência) and is usually highlighted by the main international directories for his experience as a competition lawyer in Portugal.

LUÍS GUILHERME CATARINO

Assessor Jurídico do CdA da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários. Secretário da AG do Instituto dos Valores Mobiliários da FDUL. Exerceu funções jurídicas no Departamento Jurídico da CMVM, nas direções de supervisão de intermediação financeira, de estruturas de mercado e produtos financeiros complexos e do Gabinete de Estudos, após funções de advocacia e assessoria no Departamento Jurídico e de Contencioso do Banco BPI, S.A. Foi assessor do Provedor de Justiça para as áreas financeira e da concorrência

até 2000. Licenciado em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito de Lisboa, mestre em Ciências jurídico Políticas e doutorado em Ciências do Direito Público, na vertente de direito da regulação, pela Faculdade de Direito de Coimbra. No âmbito da investigação académica foi investigador do Centro de Estudos de Direito Público e da Regulação (CEDIPRE) da Faculdade de Direito de Coimbra, onde participa nos Seminários de Pós-Graduação, bem como do Instituto dos Valores Mobiliários (IVM) da Faculdade de Direito de Lisboa, onde mantém a sua participação no Seminários de Pós-Graduação. Tendo lecionado em diversos estabelecimentos de ensino superior (Faculdade de Direito de Lisboa, ISEG, ISLA, Universidade Autónoma de Lisboa), tem contribuído para o estudo do direito administrativo da regulação também através de escritos publicados em diversas Revistas jurídicas.

Advisor to the Board of the Portuguese Securities Market Commission (CMVM), he previously acted as a lawyer and advisor of the Legal Department of CMVM, and Deputy Director of the Research Office (with the responsibility to prepare legal analysis and coordinate the editorial content of CMVM publications) and afterwards of the Intermediary and Market Structures Supervision Department with a focus on the areas of financial intermediation, market infrastructures, and complex financial products regulation. His professional experience in the financial sector also includes positions at Banco BPI, S.A. (as a lawyer and legal advisor in 1995), and at the Portuguese Ombudsman (as advisor for financial and competition areas in 2000). Luís Guilherme Catarino holds an undergraduate degree in Legal sciences at Universidade de Lisboa (Lisbon law School), a Master's in political sciences and Public Affairs from Universidade Lusitana, and a PhD at Public Legal and Financial Sciences at Universidade de Coimbra (Coimbra Law School). He is an investigator at the Centre for Public Sciences and Regulation of Coimbra Law School (CEDIPRE), where he teaches postgraduate studies, and also at the Portuguese Capital Markets Institute of Lisbon Law School (IVM).

MARGOT LOPES MARTINS

Margot Lopes Martins é associada júnior do departamento de Direito da Concorrência, da União Europeia e do Comércio Internacional do escritório de Lisboa da Uría Menéndez – Proença de Carvalho, desde julho de 2019. A sua área de prática abrange principalmente assuntos de direito da União Europeia e direito português da concorrência, em particular, controlo de concentrações, processos de práticas restritivas e auxílios de Estado. Licenciou-se em Direito pela Universidade de Nice (França) e obteve um LLM joint degree em European legal practice integrated studies pela Faculdade de

Direito da Universidade de Lisboa (Portugal), pela Faculdade de Direito da Universidade de Rouen (França) e pela Faculdade de Direito da Universidade Mykolas Romeris em Vilnius (Lituânia). Tem também pós-graduações em direito e regulação da concorrência e em direito fiscal, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Margot Lopes Martins is a junior associate in the Competition, European Union and International Trade Department of the Lisbon office of Uría Menéndez – Proença de Carvalho, since July 2019. Her practice area mainly covers European Union and Portuguese competition law, covering, in particular merger control issues, restrictive practices procedures and State aid. She graduated with a bachelor's degree in law from the University of Nice (France) and earned an LL.M joint degree in European legal practice integrated studies from the Law Faculty of the Universidade de Lisboa (Portugal), the Law Faculty of the University of Rouen (France) and the Law Faculty of Mykolas Romeris University in Vilnius (Lithuania). She also has postgraduate degrees in competition law and regulation and in tax law, from the Law Faculty of the Universidade de Lisboa.

MARIANA VIANA PEDREIRA

Mariana Viana Pedreira é advogada estagiária no escritório de Lisboa de Uría Menéndez – Proença de Carvalho desde setembro de 2019, tendo trabalhado nos Departamentos de Contencioso e Direito Público e atualmente no Departamento de Concorrência, União Europeia e Comércio Internacional. É licenciada pela Faculdade de Direito de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa, tendo passado um semestre na Fundação Getúlio Vargas em São Paulo, como aluna de intercâmbio.

Mariana Viana Pedreira is a trainee lawyer at the Lisbon office of Uría Menéndez – Proença de Carvalho since September 2019, having worked in the Litigation and Public Law Departments and currently in the Competition, European Union and International Trade department. She graduated with a bachelor's degree from the Lisbon School of Law of Universidade Católica Portuguesa in July 2019, having spent a semester in Fundação Getúlio Vargas in São Paulo as an exchange student.

NUNO ALEXANDRE DO ROSÁRIO JERÓNIMO PIRES SALPICO

Assistente Convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (desde 2019), no grupo de Ciências Jurídico-Económicas, onde lecionou disciplinas como Direito Internacional Económico, Economia Internacional e Filosofia do Direito. Em 2020, publicou três artigos científicos nas áreas de Direito da Concorrência, Responsabilidade Civil e Direito da Prova.

Foi Counsel na Sousa Ferro & Associados de março a dezembro de 2020, sendo atualmente advogado estagiário também na Sousa Ferro & Associados (desde dezembro de 2020). É licenciado em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2018) e é estudante de mestrado em Direito Civil (início em 2018), com o ano curricular concluído. No âmbito dos órgãos da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, foi eleito conselheiro discente de escola por duas vezes (2016- 2018) e é, atualmente, conselheiro pedagógico docente (desde 2020).

Guest Lecturer at Universidade de Lisboa Law School (teaching since 2019), Department of Law and Economics, has been teaching International Economic Law, International Economics, and Legal Philosophy. In 2020, the author published three scientific papers in the areas of Competition Law, Tort Law and Evidence Law. Counsel at Sousa Ferro & Associados from March to December 2020, and is currently a trainee lawyer also at Sousa Ferro & Associados (since December 2020). Holds a Degree in Law from the Universidade de Lisboa Law School (2018), and is studying for a master's degree on Civil Law (started in 2018), with the curricular year concluded. Within the bodies of the Universidade de Lisboa Law School, was Student Representative in Council of Universidade de Lisboa Law School (2016-2018) and is currently a Member of Pedagogic Council (since 2020).

RUI MESQUITA GUIMARÃES

Advogado na TELLES, Rui Mesquita Guimarães é um profissional qualificado nas áreas de administrativo e contratação pública e europeu e concorrência. É autor de diversos artigos científicos e orador convidado em várias conferências, cursos de especialização e pós-graduação. Membro do Grupo de Contratação Pública do Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE). Integra ainda o círculo de árbitros do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD). É pós-graduado em Contratação Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Mestre em Direito Administrativo pela mesma instituição. Frequentou a especialização em Contencioso Comunitário, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, onde se licenciou, em 2007.

Senior Associate lawyer at TELLES, Rui Mesquita Guimarães is a qualified practitioner in the field of public administration and public procurement, European and competition law. He is an author of several scientific articles and guest speaker at various conferences, specialisation courses and post-graduation studies. He is a member of the Public Procurement Group of the Centre for the Study of Public

Law and Regulation (CEDIPRE), and also an arbitrator at the Centre for Administrative Arbitration (CAAD). Rui has a post-graduate degree in Public Procurement from Universidade de Coimbra Faculty of Law and a Master's degree (LLM) in Administrative Law from the same institution. He attended a Graduate degree in Community Litigation at the Universidade de Coimbra Faculty of Law, where he graduated in 2007.

SOFIA VILLAS-BOAS

LL.M em European Competition Law and Regulation, pela UvA – Universidade de Amesterdão (2019), pós-graduada em Direito da Concorrência e Regulação pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDL/IDEFF) (2018), mestre em Direito das Empresas e dos Negócios, pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Escola do Porto (2015) e licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto (2013). É, desde 2018, Advogada na SRS Advogados, no Departamento de Direito Europeu e Concorrência. Antes de se juntar à SRS passou por duas experiências como in-house lawyer.

Sofia holds an LL.M in European Competition Law and Regulation from the University of Amsterdam (2019), a post-graduate in Competition and Regulatory Law from the Universidade de Lisboa (FDL/IDEFF) (2018), a master's degree in Corporate and Business Law from the Universidade Católica (Porto) (2015) and a law degree from the Universidade do Porto (2013). Sofia has been an associate lawyer in the Competition and EU Department at SRS Advogados since 2018. Before joining SRS Advogados, Sofia held two different roles as an in-house lawyer.

TÂNIA LUÍSA FARIA

Tânia Luísa Faria é counsel e dirige o departamento de Direito da Concorrência, da União Europeia e do Comércio Internacional no escritório de Lisboa da Uría Menéndez – Proença de Carvalho, onde trabalha desde 2004, tendo trabalhado nos escritórios de Lisboa e Bruxelas. Desenvolve a sua atividade profissional em assuntos de direito da União Europeia e direito português da concorrência, em particular, controlo de concentrações, cartéis, abuso de posição dominante e auxílios de Estado. A sua experiência profissional engloba diversos sectores, incluindo o sector financeiro, telecomunicações e meios de comunicação social, transportes aéreos, energia, distribuição a retalho e outros setores industriais, e aconselha regularmente empresas multinacionais líderes no sector farmacêutico, incluindo processos perante a

Comissão Europeia, a autoridade da concorrência portuguesa, o Tribunal de Justiça da União Europeia e o Tribunal Português da Concorrência, Regulação e Supervisão. A Tânia é também doutorada e assistente na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Tânia Luísa Faria is a counsel and head of the Competition, European Union and International Trade Department in the Lisbon office of Uría Menéndez – Proença de Carvalho, where she works since 2004, having worked in both the Lisbon and Brussels offices. Her practice area is European Union and Portuguese competition law, covering, in particular merger control issues, cartels, abuses of dominant positions and State aid. She acts for clients in various sectors, including financial institutions, telecommunications and media, air transport, energy, retail distribution and other industrial sectors, and regularly advises leading multinational companies in the pharmaceutical sector, including proceedings before the European Commission, the Portuguese competition authority, the Court of Justice of the European Union and the Portuguese Competition, Regulation and Supervision Court. Tânia also holds a PhD and is a teaching assistant at the Law Faculty of the Universidade de Lisboa.

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

ÍNDICE TEMÁTICO CONSOLIDADO – N.ºs 1 a 44

- Concorrência – Questões gerais
- *Questões processuais*
- *Private enforcement*
- *Nemo tenetur se ipsum accusare*
- *Outros*
- Concorrência – Práticas restritivas
- *Geral*
- *Abuso de posição dominante*
- *Restrições verticais*
- *Restrições horizontais*
- Concorrência – Controlo de concentrações
- Concorrência – Auxílios de Estado
- Financeiro e bancário
- Seguros
- Comunicações eletrónicas
- Energia
- Saúde
- Autoridades Reguladoras e Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
- Regulação do comércio e concorrência desleal
- Contratação pública
- Direito contraordenacional e processual penal
- Ambiente
- Transportes
- 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/ Dorothee 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 Farinhas	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Maio de 2011 no Processo C-375/09 – Tele2 Polska</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 Capiiau/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>
36	Maria José Costeira	<i>Direito da concorrência: o controlo jurisdicional das decisões proferidas em processos sancionatórios</i>
36	Inês Azevedo	<i>A utilização jusconcorrencial de compromissos como mecanismo de regulação</i>
37	Maria João Melícias & Rita Prates	<i>Diretiva ECN+: um processo de transposição pautado pela abertura, transparência e participação</i>

38	Marta Campos	<i>Competência do TCRS em relação à intervenção do Ministério Público na fase organicamente administrativa do processo de contraordenação por práticas restritivas da concorrência</i>
39	Marta Campos	<i>Right of Defence – Article 3 of the ECN+ Directive</i>
40	Irene Moreno-Tapia & Victoria Rivas	<i>Some Thoughts About Fundamental Rights and the ECN+ Directive</i>
41	Daniel Favoretto Rocha	<i>Acordos substitutivos como precedentes administrativos: desafios do CADE e lições para o direito concorrencial europeu</i>
41	Dani de Sousa Moreira	<i>Programas de clemência: a experiência norte-americana versus a experiência europeia</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, Pfeiderer 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 Stolz	<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 role du regroupement de creances indemnitaires par voie de cession pour la reparation du prejudice 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 aspetos da Diretiva 2014/104/UE</i>
40	Guilherme Oliveira e Costa	<i>Otis: another brick in the wall of EU Competition Law's private enforcement</i>
44	Marcelo Sequeira de Sousa	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de novembro de 2020, Processo C-59/19, Wikingerhof GmbH & Co. Kg v. Booking.com BV</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 infração 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>
36	Marta Campos	<i>De novo o direito à não autoincriminação em processos de contraordenação por práticas restritivas da concorrência contra pessoas coletivas</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 concorrenciais</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>
36	José Luís da Cruz Vilaça	<i>Challenges to the judiciary in the enforcement of competition rules in the digital age</i>
36	María Ortiz	<i>Competition enforcement and advocacy in the financial sector in Spain</i>
36	Ana Patrícia Carvalho	<i>Competition compliance: a mudança do paradigma</i>
38	Carlos Pinto Correia	<i>A propósito dos dez anos do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência</i>
38	Margarida Matos Rosa	<i>Concorrência e política industrial</i>
38	Ana Ferreira Neves	<i>Impacto do e-commerce na política de concorrência</i>
39	Margarida Rosado da Fonseca	<i>Amendment of the Competition Act. Notes on past experience on the timing, milestones and scope</i>
39	Tânia Luísa Faria	<i>Review of the Portuguese Competition Act – The Seven Year Itch</i>
40	João Torres	<i>Opportunities and challenges</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>
37	Francisco Marcos	<i>A desordem judicial e a defesa da concorrência</i>
38	Eduardo Maia Cadete	<i>Artigo 101.º, law in books, law in action e o mundo real</i>
38	João Pateira Ferreira	<i>Old classics die hard. A few comments on vertical restraints as object infringements</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 Emmannuel 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 perspectivas</i>
37	John Davies & Jorge Padilla	<i>Another look at the role of barriers to entry in excessive pricing cases</i>
38	Luís do Nascimento Ferreira	<i>Breve apontamento sobre os desafios das plataformas digitais em processos de abuso de posição dominante</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>
37	Tânia Luísa Faria, Maria Francisca Couto e Francisco Chilão Rocha	<i>Comércio eletrónico e restrições verticais da concorrência: regresso ao futuro?</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 infração 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 infrações 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>
36	Richard Whish	<i>Hub and spoke concerted practices</i>
37	João Miranda Poças	<i>O enquadramento da figura hub-and-spoke na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e dos tribunais britânicos</i>
39	João E. Gata	<i>Controlling Algorithmic Collusion: Short Review of the Literature, Undecidability, and Alternative Approaches</i>
41	Nuno Alexandre Pires Salpico	<i>As restrições à concorrência nas plataformas de cartões de pagamento através das interchange fees</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 Sarmiento	<i>A fusão da Estradas de Portugal com a REFER: o caso da integração do operador rodoviário com o operador ferroviário</i>
36	Ricardo Bayão Horta	<i>Articulação AdC-ERC no âmbito do artigo 55.º do regime jurídico da concorrência: cenas dos próximos capítulos</i>
37	Alípio Codinha, Mariana Costa, Marta Ribeiro & Pedro Marques	<i>Input foreclosure em concentrações verticais nos media: o caso Altice/Media Capital</i>
37	Rita Prates	<i>Partial implementation and gun-jumping, how original. What will they think of next? – Chapter One</i>

38	Joaquim Caimoto Duarte	<i>Inovação e controlo de concentrações – breves notas sobre a sua prática em Portugal</i>
39	Thomas Hoehn	<i>Challenges in Designing and Implementing Merger Remedies – A Monitoring Trustee Perspective</i>
39	Simone Maciel Cuiabano	<i>Análise Alternativa de Fusões: Indicadores de Preços x Definição de Mercado Relevante</i>
39	Nuno Rocha de Carvalho	<i>European Champions vs. Real Champions: What will it cost you?</i>
41	Rita Prates	<i>Partial implementation and gun-jumping, how original, what will they think of next? – Chapter Two</i>
44	Rita Prates & Ricardo Bayão Horta	<i>Cooperation in multijurisdictional merger fillings – the ECA notice mechanism</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 atribuem 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>
42-43	Miguel Mendes Pereira & Carla Marcelino	<i>Regras sobre auxílios de estado em tempos pandémicos: flexão ou torção?</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: Aspectos 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	Vinicius 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 economico: 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 aspetos 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 prospeto</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 controlos 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>
39	Lara Tobías Peña, José Luís Rodríguez López & Pedro Hinojo González	<i>Fintech and its Implications for Competition and Regulation</i>

40	Luís Guilherme Catarino	<i>Ofertas Públicas de Criptomoedas: FinTech, Tokens, Smart Contracts, Blockchain, and all that jazz...</i>
40	Armando Sumba	<i>A Regulação e Supervisão de Instituições de Microfinanças na África Ocidental</i>
41	Joana Vaz Baptista	<i>A adoção de sanções pecuniárias compulsórias pelo Banco Central Europeu no âmbito do Mecanismo Único de Supervisão</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>
36	Maria Elisabete Ramos	<i>Distribuição de seguros, proteção do cliente e arbitragem regulatória</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>
44	Edson da Graça Francisco Macuácu & Octávio de Jesus Gonçalves	<i>Regime jurídico da regulação do setor de petróleo e gás em Moçambique</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>
42-43	Joaquim Miranda Sarmento & Diogo Nunes da Silva	<i>A eficiência dos hospitais em regime PPP em Portugal</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 catrem 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>
42-43	José Luís da Cruz Vilaça & Mariana Martins Pereira	<i>Parental liability under the ECN+ Directive and its extension to accessory sanctions</i>
42-43	André Veloso Pedrosa, Francisco Espregueira Mendes & Rui Mesquita Guimarães	<i>O controlo das práticas restritivas da concorrência – nothing else matters?</i>
42-43	Luís Henrique	<i>A transposição da Diretiva ECN+ e o seu impacto no ordenamento jurídico nacional</i>
42-43	Joaquim Vieira Peres & Luís Nascimento Ferreira	<i>Água mole em pedra dura... mais um retoque na noção de empresa</i>
42-43	Nuno Ruiz	<i>A ECN+ não basta</i>
42-43	Luís Silva Morais & Lúcio Tomé Feteira	<i>Algumas notas sobre a Diretiva ECN+ e o seu processo de transposição para o ordenamento nacional</i>
42-43	Miguel Pena Machete, Catarina Pinto Xavier & Beatriz Belo	<i>Direito da concorrência: a necessária reforma por força da Diretiva ECN+</i>
42-43	João Pateira Ferreira	<i>The ECN@2.0. System failure ahead?</i>
44	Gonçalo Anastácio	<i>Projeto de transposição da Diretiva ECN+</i>
44	Inês Neves	<i>On the concept of “court or tribunal” for the purposes of article 267 of the TFEU: the status of National Competition Authorities, after the judgement of the Court of Justice in Case C-462/19</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>
38	Fernando Batista	<i>Apresentação de propostas, num mesmo procedimento concorrencial, por operadores económicos ligados entre si</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-Khawaja e Tahery c. Reino Unido</i>
23-24	Felipe Soares Tavares Morais	<i>O ónus 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 perspectiva internacional em face dos interesses tutelados</i>
42-43	José Francisco Veiga	<i>O acórdão n.º 123/2018 do Tribunal Constitucional e as suas declarações de voto: breves notas ao efeito da impugnação das decisões contra ordenacionais de entidades reguladoras</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>
38	Luís Catarino	<i>Segredos da Administração: segredos de supervisão e de sanção</i>
42-43	Miguel Pena Machete & Marlene Sennewald Sippel	<i>Crise do princípio da primazia do direito da União Europeia: algumas considerações sobre o acórdão do Tribunal Constitucional Alemão de 5 de maio de 2020</i>

1. A *Revista de Concorrência e Regulação* (C&R) está aberta à colaboração dos seus Leitores, pelo que aceita para publicação artigos (de doutrina ou breves), 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 língua portuguesa, espanhola, francesa ou inglesa. Os textos são publicados no idioma em que foram redigidos.
4. Em casos excecionais, poderão ser aceites textos não inéditos, devendo o Autor indicar onde foram publicados anteriormente. Se aceite, o texto será publicado no idioma em que, originalmente, foi redigido, devendo – se aplicável – o Autor assegurar a respetiva tradução para um dos 4 idiomas acima referidos.
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 de estilo aplicáveis aos textos a submeter à *Revista de Concorrência e Regulação* deve ser solicitada, antes do envio do texto, através do endereço eletrónico revista@concorrenca.pt, ou acedida em http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Paginas/Revista-CR.aspx.
7. Os trabalhos devem ser remetidos em formato digital para o endereço eletrónico revista@concorrenca.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 (academic or short), 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 their original language.
4. In exceptional cases, papers that have already been published may be accepted. In such circumstances Authors are required to indicate where the paper was previously published. If accepted, the paper is published in its original language, remaining the Author responsible for ensuring its translation into 1 of the 4 accepted languages.
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, either by contacting revista@concorrencia.pt or by accessing the link http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Paginas/Revista-CR.aspx.
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: Margarida Matos Rosa/Eduardo Paz Ferreira

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
Florianio 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 Sérvulo 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 Poiaras Maduro
Nicolas Charbit
Oswald Jansen
Patrick Rey
Paulo Câmara
Paulo de Pitta e Cunha
Paulo Pinto de Albuquerque

Pedro Pais de Vasconcelos
Pedro Pita 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 CONSULTIVO

João E. Gata/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

C&R