

## EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

*João Espírito Santo Noronha*

*Luís Silva Morais*

O termo de 2011 marca o segundo ano completo da publicação da C&R. Estes dois anos permitiram uma significativa consolidação do projeto editorial e científico da C&R.

Foi também um importante período em termos de Direito da Concorrência e política da regulação económica a nível mundial (e particularmente na UE, que influencia decisivamente Portugal). De facto, a ideia de que estas duas áreas essenciais se situam numa encruzilhada crítica é, nos nossos dias, largamente consensual. Contudo, o consenso termina aqui. Em consequência de uma crise financeira internacional, que gerou uma crise de dívidas soberanas, agora entrecruzada com uma nova, e

*The end of 2011 marks the second full year of publication of C&R. These two years have allowed a significant consolidation of the editorial and scientific project of C&R. It has also been a momentous period in terms of competition law and policy and economic regulation worldwide (and particularly in the EU which mostly influences Portugal). In fact, the idea that these two key areas are at a critical crossroad is nowadays widely consensual. However, the consensus stops here. Following an international financial crisis that has generated a sovereign debt crisis, which is now intertwined with a*

talvez mais perigosa, forma de crise do sector bancário, produzindo choques que estão a causar uma espiral de turbulência nas economias da UE, mas também nos EUA, os papéis da política da concorrência e da regulação económica são largamente debatidos e postos em causa. Enquanto a posição prevalecente – pelo menos na UE – parece ser no sentido da continuação de um vigoroso *enforcement* das regras da concorrência, incluindo aquelas que se reportam à intervenção do Estado na economia, não pode negar-se que a persistência, e até o aprofundamento, da crise lança algumas sombras neste domínio. Em paralelo, se a necessidade de uma reformulação global da regulação e da supervisão do sector financeiro é largamente aceite, a extensão e o grau das reformas regulatórias requeridas nesta área, para lidar com os recentes e atuais desequilíbrios, são objeto de grande controvérsia (e, em certa medida, verifica-se um sério risco de perda da oportunidade política para desenvolver essas reformas).

O projeto da C&R assumiu como elemento decisivo proporcionar uma discussão científica e crítica de algumas das matérias mais sensíveis, que, conjuntamente consideradas, conduziram à mencionada encruzilhada da política de concorrência e da regulação económica. Nesse sentido, no decurso destes dois anos, os números

*new and perhaps more dangerous form of crisis of the banking sector, producing shockwaves that are causing turmoil in the economies of the EU but also in the US, the roles of competition policy and of economic regulation are largely debated. While the prevailing position – at least in the EU – seems to be the one that advocates the continuation of a vigorous enforcement of competition rules, including the ones that apply to state intervention, it can not be denied that the persistence and even the deepening of the crisis cast some shadows in this field. At the same time, while the need of a comprehensive overhaul of the regulation and supervision of the financial sector is largely accepted, the extension and degree of the regulatory reforms required in this area in order to address recent and current imbalances are a matter of great controversy (and, to a certain extent, there is a serious risk of losing the political momentum to develop those reforms).*

*The C&R project has made a point of providing a scientific and critical discussion of some of the most sensitive topics that, taken together, lead to the aforementioned crossroad of competition policy and economic*

precedentes da C&R incluíram regularmente dossiers temáticos especiais ou artigos através dos quais foram cobertas matérias como, *v.g.*, o abuso de posição dominante, que pode conduzir a repercussões mais alargadas num contexto de crise, a reforma da regulação e da política das ajudas de Estado, a reforma do enquadramento normativo da cooperação horizontal e vertical entre empresas na UE ou o papel e o enquadramento normativo das entidades reguladoras na UE e para além dela.

Igualmente numa encruzilhada se encontra o movimento de expansão internacional do Direito da Concorrência e da regulação económica, particularmente no que respeita às novas economias emergentes, que, gradualmente, parecem vir a assumir o papel de motor da economia mundial. Tal constituiu um *Leitmotiv* essencial para este número duplo da C&R (n.º 7/8, com o qual encerramos o seu segundo ano de publicação), muito centrado no Brasil.

Considerando as perspetivas do crescimento económico do Brasil e a interação cada vez maior entre as economias portuguesa e da UE, por um lado, e a economia brasileira, por outro, a melhoria e desenvolvimento do sistema jurídico de defesa da concorrência e das estruturas de regulação assumem a maior importância.

Verifica-se já em Portugal que,

*regulation. Accordingly, in the course of these two years the preceding Nos of C&R have regularly included special thematic files or articles through which we have covered, e.g., the abuse of dominant position, which may lead to larger repercussions in a context of crisis, the reform of financial regulation, the reform of the state aid control regime and policy, the reform of the EU framework of horizontal and vertical cooperation between undertakings or the role and framework of independent regulatory agencies in the EU and elsewhere.*

*Also at a crossroad is the movement of international expansion of competition law and economic regulation, particularly as regards the new emergent economies that seem gradually to provide a new powerhouse to the world economy. This has provided a key Leitmotiv to this dual No of C&R (No 7/8, through which we close its second year of publication), which is largely focused in Brazil.*

*Considering the prospects of economic growth in Brazil and the growing interplay between the Portuguese and EU economies and the Brazilian economy the upgrade of the competition law system and of the regulatory*

devido a participações acionistas brasileiras em grupos empresariais portugueses e também em função dos investimentos portugueses no Brasil, o processo de aplicação do Direito da Concorrência e as opções regulatórias no Brasil constituem fatores decisivos a considerar; trata-se de questões que, nos nossos dias, influenciam efetivamente as decisões de investimento em ambos os lados do Atlântico (na sequência dos processos de liberalização e de privatização que ocorreram, quer no Brasil quer em Portugal, embora com ritmos diferentes).

Neste contexto, o presente número duplo (n.º 7/8) da C&R inclui um dossier temático especial relativo a desenvolvimentos do Direito e da política de concorrência no Brasil, concedendo particular atenção aos problemas decorrentes de condutas unilaterais, através do abuso de posição dominante, e à aprovação de uma nova Lei da Concorrência, no final de 2011 (depois de um processo difícil e complexo, que envolveu anteriores vetos presidenciais). Este recente e fundamental desenvolvimento foi especialmente tratado num artigo de Fernando Herren Aguillar e Diogo R. Coutinho, que analisa a evolução da legislação *antitrust* no Brasil.

O nosso enfoque no Brasil estende-se ainda ao segundo dossier temá-

*structures is of the utmost importance. Already in Portugal, on account of shareholdings held by Brazilian groups in Portuguese groups and also due to Portuguese investments in Brazil, competition law enforcement and regulatory options in Brazil are major factors to be taken into consideration; these are questions that, nowadays, actually influence the course of investments in both sides of the Atlantic (in the wake of liberalization and privatization processes that have taken place in Brazil and in Portugal, albeit with different rhythms).*

*In this context, the current dual No 7/8 of C&R comprehends a special thematic file covering developments of competition law and policy in Brazil with a particular attention paid to issues of unilateral conduct through abuse of dominant position and to the adoption of a new Brazilian Competition Act at the end of 2011 (after a difficult and cumbersome procedure which involved previous presidential vetoes). This major and very recent development is specifically covered in an Article of Fernando Herren Aguillar and Diogo R. Coutinho, which analyses the evolution of antitrust legislation in Brazil.*

tico especial incluído neste número duplo do C&R, relativo ao controlo da concentração de empresas, através de um artigo de Ana Paula Martinez, que cobre os principais desafios do controlo de concentrações no Brasil (uma matéria de importância estratégica, no contexto do crescimento económico e da rápida modificação das estruturas económicas no Brasil e na América Latina). Este dossier temático inclui ainda uma análise aprofundada do sistema português do controlo de concentração de empresas, através de um artigo de Pedro Gonçalves. Assim, tal dossier temático permite-nos obter uma perspectiva analítico-comparativa, ainda que indireta, do controlo da concentração de empresas no Brasil e em Portugal, lançando as bases para futuros exercícios de comparação, de alguma forma justificados pela proximidade no tempo das reformas do Direito da Concorrência em ambos os lados do Atlântico (a reforma da lei brasileira da concorrência, concluída no final de 2011, e a correspondente reforma da lei portuguesa, que se espera venha a ocorrer no início de 2012, e que será, naturalmente, objeto de análise em futuros números da C&R).

Outra área relativa ao Direito e à política da concorrência que pode também ser considerada numa encruzilhada corresponde à definição

*Our focus in Brazil also extends to the second special thematic file included in this dual No of C&R on concentration control, through an article of Ana Paula Martinez which addresses the challenges of concentration control in Brazil (a matter of indisputable strategic relevance in a context of economic growth and rapid change of economic structures in Brazil and Latin America). This thematic file comprehends an in-depth analysis of the Portuguese system of concentration control, as well, through an article of Pedro Gonçalves. It, therefore, allows us, albeit indirectly, an analytical comparative perspective of concentration control in Brazil and in Portugal, paving the way to future exercises of comparison that are somehow justified by the almost coincident timing of reform of competition law in both sides of the Atlantic (the reform of the Brazilian Competition Act concluded at the end of 2011 and the corresponding reform of the Portuguese Competition Act to be expected at the beginning of 2012 and which will be naturally dealt with in future Nos of C&R).*

*Another area concerning competition law and policy which may be currently*

de condições ótimas do *enforcement* das regras da concorrência, compreendendo o que vem sendo denominado em moldes muito genéricos como *due process*, baseado em mecanismos de escrutínio e de ponderação dos atos em cada uma das fases processuais e numa transparência acrescida dos respetivos procedimentos (particularmente no que respeita aos sistemas do Direito da Concorrência de tipo administrativo, como se verifica no caso da UE e em Portugal). Na realidade, um escrutínio mais exigente, nesse plano, dos comportamentos anticoncorrenciais – com relevância acrescida em tempo de crise, no qual as distorções que estes provocam podem ser significativamente ampliadas – deve encontrar-se assente em sólidas bases de *due process*.

No que respeita a esta área decisiva – e considerando os desenvolvimentos ocorridos ao nível da UE no último trimestre de 2011, designadamente a adoção, em 17 de outubro de 2011, de uma recomendação da Comissão sobre *Boas Práticas na condução de procedimentos relativos aos artigos 101.º e 102.º do TFUE (Antitrust Best Practices)*, e a decisão do Presidente da Comissão, de 13 de outubro de 2011, sobre a função e os termos de referência do *hearing officer*, em certos procedimentos de concorrência – este número duplo da C&R inclui, na sua

*considered at a crossroad relates with the optimal conditions of enforcement of competition rules, involving what has been rather loosely termed as due process, based on proper checks and balances at every step of procedures and on enhanced transparency of such procedures (particularly as regards systems of enforcement of competition law of an administrative type, as it is the case of the EU system and of the Portuguese system). In fact, a more demanding antitrust scrutiny of anticompetitive behaviour – of accrued relevance at a time of crisis when the distortions arising from that behaviour may be greatly magnified – should be anchored in solid forms of due process.*

*As regards this decisive area, and considering fundamental developments occurred at EU level in the last quarter of 2011, namely the adoption on 17 October of 2011 of an European Commission Notice on Best Practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 of the TFEU (‘Antitrust Best Practices’) and a Decision of the President of the Commission of 13 October 2011 on the function and terms of reference of the hearing officer in certain competition*

secção de doutrina geral, um artigo de grande atualidade do Director-Geral da Concorrência da Comissão Europeia, Alexander Italianer, elaborado especialmente para a C&R, e que cobre esses desenvolvimentos (cujas repercussões não se limitam à esfera de aplicação do Direito da Concorrência na UE e de modo inevitável influenciarão aspetos relevantes dos sistemas de aplicação do Direito da Concorrência, em vários Estados-membros da UE).

Outros artigos da secção de doutrina geral abordam quer matérias de Direito da Concorrência, quer de regulação económica de natureza transversal. Um dos temas abordados – que tem sido recorrentemente analisado nos números anteriores da C&R, considerando o nível de controversia que suscita e o facto de se encontrar em transição, num período em que todas as estruturas regulatórias estão, de alguma forma, a ser repensadas – é o que corresponde às entidades administrativas independentes, através das quais são prosseguidas funções regulatórias (cuja sindicabilidade, e até a legitimidade, são largamente debatidas no presente, sendo frequentemente expostas, neste domínio, visões contrastantes).

Outros temas abordados na secção de doutrina geral incluem as restrições verticais e questões relativas ao funcionamento do sector português

*proceedings, this dual No of C&R includes in its General Doctrine Section a most timely article by the Director-General of Competition of the Commission, Alexander Italianer, which was specifically written for C&R and covers those developments (whose repercussions are not limited to the EU sphere of enforcement of competition rules and are bound to influence relevant aspects of the enforcement systems in several Member States of the EU).*

*Other articles of the general doctrine section cover both competition law topics and regulatory topics of a transversal nature. One of the themes covered – that has been recurrently analysed in preceding Nos of C&R given the level of controversy it stirs and the fact that it is in flux at a time all regulatory structures are somehow being rethought – is the one corresponding to independent administrative entities through which regulatory functions are pursued (whose accountability and even legitimacy is widely discussed nowadays with contrasting views being put forward in this domain).*

*Other themes dealt with in such general doctrine section comprehend both vertical restraints and issues pertaining*

das telecomunicações (uma área crítica de interação entre regras de concorrência e de regulação sectorial). Por último, nesta secção de doutrina geral é ainda abordado um aspeto extremamente interessante do sistema de defesa da concorrência do Reino Unido relativo a investigações de mercado versando sobre certos sectores económicos, em particular levadas a cabo pela *Competition Commission* (CC), matéria que é coberta num interessante artigo de Peter Freeman (anterior Presidente dessa Comissão), analisando uma recente investigação do CC na área de retalho alimentar.

Um terceiro dossier temático especial incluído neste número duplo da C&R respeita ao Direito Penal, em conexão com questões de regulação económica (particularmente as que respeitam ao sigilo bancário e ao branqueamento de capitais). O dossier integra um importante contributo de Luís Greco sobre bens jurídicos coletivos e o princípio de *ultima ratio*, que interessa para a compreensão das fronteiras entre o Direito Penal e outros domínios do Direito Sancionatório. Quanto ao enfoque nas questões de sigilo bancário, em confronto com os interesses que podem justificar a sua derrogação no processo penal, o artigo de Paulo de Sousa Mendes analisa o novo regime legal na ordem jurídica portuguesa

*to the functioning of the Portuguese telecommunication sector (a critical area of interplay between competition and sectoral regulation rules). Finally, also in this Section, a most interesting trait of the UK competition system involving market investigations, in particular economic sectors undertaken by the UK Competition Commission ('CC'), is covered through an interesting article by Peter Freeman (former Chairman of such Commission) which analyses a recent market investigation of CC into grocery retailing.*

*A third Special Thematic File included in this dual No of C&R concerns criminal law, connected with issues of economic regulation (particularly the ones that concern banking secrecy and money laundering). This thematic file includes an important contribution of Luís Greco, concerning collective legal goods and the ultima ratio principle, which are relevant to apprehend the boundaries between criminal law and other punitive legal domains. Focusing on the issues of banking secrecy with the underlying conflicting interests at stake, the article of Paulo de Sousa Mendes refers to the new legal framework in Portugal (of vital importance for*

(de vital importância para a regulação económica, em vários domínios). Este dossier inclui ainda outras análises de grande alcance e interesse sobre o mesmo tópico de Autores portugueses e brasileiros, neste último caso também compreendidas no contexto da ativa cooperação científica com o Brasil, que este número duplo da C&R corporiza e que se pretende aprofundar em etapas subsequentes do projeto da C&R (sendo uma dessas etapas, em 2012, o lançamento editorial deste número da C&R no Brasil).

Numa altura em que a C&R inicia o seu terceiro ano de publicação, novos desenvolvimentos em perspectiva vão certamente requerer a nossa atenção (e, como sempre, mediante abordagens que procurem pôr em confronto, num espírito aberto de discussão crítica e científica, diferentes visões e perspectivas). Neste quadro, podemos salientar quatro desenvolvimentos que seguramente serão de algum modo abordados em futuros números da C&R:

(i) O Direito português da Concorrência na sequência da reforma de 2012 do regime de defesa da concorrência; (ii) O Direito e a política da concorrência da UE na sequência da adoção, em dezembro de 2011, após extensa consulta pública, de um novo enquadramento das regras sobre auxílios de Estado em matéria

*an effective enforcement of economic regulation in various domains). This thematic file comprehends other relevant and noteworthy analyses, by Portuguese and Brazilian authors, also in the context, in this latter case, of the active scientific cooperation with Brazil that this whole dual No of C&R epitomises and that we want to foster in subsequent steps of the C&R project (one of those steps, in 2012, being the editorial launch of this No of C&R in Brazil)*

*At a time C&R enters its third year of publication, new prospective developments will certainly require our attention (and, as always, trying to bring together, within an open spirit of critical and scientific discussion, differing views and perspectives). Among these, we may underline four areas which will certainly be dealt with in future Nos of C&R:*

*(i) Portuguese competition law in the wake of the 2012 reform of the Portuguese Competition Act; (ii) EU competition law and policy in the wake of the adoption in December 2011, after extensive public consultation, of a revised framework of EU state aid rules for the assessment of public compensation for services of general*

de avaliação de compensações públicas por serviços de interesse económico geral (SIEG), e considerando iniciativas esperadas da Comissão em matéria de *private enforcement* do Direito da Concorrência (embora de natureza e contornos mais limitados do que se poderia esperar no contexto das discussões previamente mantidas neste domínio); (iii) A crescente interação entre o Direito e a política da concorrência e a política económica na UE e os domínios correspondentes na América Latina (uma interação que poderá vir a funcionar nos dois sentidos, pelo menos em certas áreas), prosseguindo e aprofundando o debate científico iniciado neste número duplo da C&R; (iv) Os desafios com que se encontram confrontados certos domínios da regulação económica, em particular, *inter alia*, a regulação do sector financeiro ou do sector da comunicação social.

Para prosseguir estes objetivos contamos com a comunidade em expansão do conjunto dos nossos Leitores e com a rede de especialistas oferecendo contributos científicos para a C&R, em Portugal, na UE, nos EUA, no Brasil e na América Latina (que planeamos expandir ainda mais, tendo presentes os desafios em perspetiva em África, nomeadamente nos países de expressão portuguesa, e na Ásia).

Finalmente, numa nota conclusiva – que comporta até certo ponto

*economic interest (SGEI), and considering expected initiatives of the Commission in the field of private enforcement of competition law (albeit of a more limited nature that could be expected in the context of the previous discussions in this area); (iii) The growing interplay between EU competition law and policy and economic policy and Latin America corresponding domains (an interplay which may work both ways at least in certain fields), carrying on and further developing the scientific debate initiated in this dual No of C&R; (iv) the challenges lying ahead of certain domains of economic regulation, particularly, inter alia, the regulation of the financial sector or media regulation.*

*For that purpose, we count on the growing community of our Readers and of the network of scientific contributors in Portugal, the EU, the USA, Brazil and Latin America (that we plan to expand even further bearing in mind regulatory challenges lying ahead in Africa, namely in States of Portuguese official language, and in Asia).*

*Finally, a last concluding note should be made – which carries also to some extent a symbolic element in a*

um elemento simbólico num número duplo largamente dedicado ao Brasil –, impõe-se destacar que, doravante, a C&R passará a seguir as regras do novo acordo ortográfico da língua portuguesa, o qual nos integra numa vasta comunidade de crescente importância económica e estratégica.

*dual No largely dedicated to Brazil – to emphasize that henceforth C&R will follow the rules of the new Orthographic Agreement on the Portuguese language that binds us together in a great community of growing economic and strategic importance.*

