

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

# C&R

REVISTA  
DE CONCORRÊNCIA  
E REGULAÇÃO  
COMPETITION  
AND REGULATION

ANO/YEAR XIII • NÚMERO/No 50  
JULHO/JULY • DEZEMBRO/DECEMBER 2022

PERIODICIDADE SEMESTRAL/SEMESTER



INSTITUTO  
DE DIREITO  
ECONÓMICO  
FINANCEIRO  
E FISCAL FDL



Autoridade da  
**Concorrência**



REVISTA  
DE CONCORRÊNCIA  
E REGULAÇÃO



ANO XIII • NÚMERO 50  
JULHO – DEZEMBRO 2022

# REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

*Direção/Editorial Chairs*

MARIA JOÃO MELÍCIAS • MIGUEL SOUSA FERRO

*Presidência do Conselho Científico/Scientific Council Chairs*

EDUARDO PAZ FERREIRA • NUNO CUNHA RODRIGUES

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

RICARDO BAYÃO HORTA

*Conselho Consultivo/Advisory Board*

JOÃO E. GATA



INSTITUTO  
DE DIREITO  
ECONÓMICO  
FINANCEIRO  
E FISCAL FDL



Autoridade da  
**Concorrência**

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

Ano XIII • Número 50

julho – dezembro 2022

DIRETORES

MARIA JOÃO MELÍCIAS  
MIGUEL SOUSA FERRO (Diretor-Adjunto)

PROPRIETÁRIOS

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

Av. de Berna, 19  
1050-037 Lisboa  
NIF: 506557057

IDEF

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.<sup>DA</sup>  
Estrada do Algueirão, 64  
2725-019 Mem-Martins

ABRIL 2023

N.º DE REGISTO NA ERC

126126

ESTATUTO EDITORIAL

[http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos\\_e\\_Publicacoes/Revista\\_CR/Paginas/Revista-CR.aspx](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 Rita Prates – *ESG e Concorrência*

21 Margarida Rosado da Fonseca – *O Mecanismo português de análise dos investimentos diretos estrangeiros: modificação em 2023? Enquadramento e Porquê*

69 Eva Oliveira – *Preventing killer acquisitions in the digital sector: the combination between Article 22 of the EU Merger Regulation and the Digital Markets Act*

79 Diogo Pina Chiquelho – *O whistleblowing interno nas instituições de crédito e as políticas de participação de irregularidades*

## 105 JURISPRUDÊNCIA GERAL

107 Jurisprudência de concorrência da União Europeia – julho a dezembro de 2022

## 119 Notas Curriculares

### 123 Índice consolidado por temas

151 Colaboração com a *Revista de Concorrência e Regulação*

### 153 Órgãos Sociais



## EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

*Maria João Melícias*

*Miguel Sousa Ferro*

Este número da Revista de Concorrência & Regulação debruça-se sobre temas variados e que têm marcado a atualidade do debate público.

Rita Prates escreve sobre as medidas de governação (*governance*) das empresas em torno de questões ambientais, sociais e societárias, no âmbito da aplicação do direito da concorrência. Se é certo que certos valores falam mais alto que a proteção da concorrência, tem de se aplicar o teste da proporcionalidade à prossecução de tais valores, sendo possível encontrar uma solução dentro do direito da concorrência, que leve ao mínimo possível de restrições da concorrência.

O investimento estrangeiro em setores estratégicos suscita preocupações políticas e de segurança, a que se tem vindo a responder, não

*This issue of the Revista de Concorrência & Regulação focuses on various topics which have been at the forefront of public debate recently.*

*Rita Prates writes about the governance measures put in place by companies concerning environmental, social and corporate issues, in the framework of the enforcement of competition law. While it is clear that certain values rise higher than the protection of competition, the proportionality test must be applied to the pursuit of such values, and it is possible to find a solution within competition law, which leads to the smallest possible scope of competitive restrictions.*

*Foreign investment in strategic sectors inevitably raises political and security concerns, to which responses have been developed, not only at the*

apenas ao nível nacional, mas também ao nível europeu, com uma ênfase crescente nessa dimensão de coordenação e cooperação europeia, sem prejuízo dos limites impostos pela soberania nacional e pela transferência de competências para a União Europeia. Margarida Rosado da Fonseca fornece um quadro para a análise e reflexão sobre esta temática, destacando o Decreto-Lei n.º 138/2014. A autora deixa recomendações específicas para uma revisão deste diploma e salienta aspetos a ponderar numa futura revisão.

Um dos temas quentes do momento é como lidar com a aquisição de empresas por grandes grupos que pretendem matar a concorrência e/ou a inovação (“killer acquisitions”). O artigo de Eva Oliveira descreve dois dos modos como as instituições europeias têm reagido à perceção de necessidade de intervir em tais situações, seguindo abordagens *ex ante* e *ex post*. Por um lado, a adoção e entrada em vigor do DMA. Por outro, a defesa de uma nova interpretação do artigo 22.º do Regulamento de Controlo de Concentrações, incentivando a remissão à Comissão Europeia de concentrações que não alcançam os limiares de notificação nacional. Este debate foi alargado, recentemente, com o esclarecimento prestado pelo TJUE no acórdão *Towercast* (C-449/21).

Diogo Pina Chiquelho aborda o tema dos mecanismos de

*national level, but also at the European level, with a growing emphasis on this dimension of European coordination and cooperation, notwithstanding the limits arising from national sovereignty and from the transfer of powers to the European Union. Margarida Rosado da Fonseca provides us with a framework for the analysis and reflection on these issues, singling out Decree-Law 138/2014. The author sets out specific recommendations for a revision of this law and identifies issues to be assessed in such a revision.*

*One of the hot topics, presently, is how to deal with the acquisition of undertakings by large groups which intend to kill competition and/or integrate into themselves innovations (“killer acquisitions”). The paper by Eva Oliveira describes two ways in which European institutions have reacted to the perception of the need to intervene in such situations, in ex-ante and ex-post approaches. On the one hand, the adoption and entry into force of the DMA. On the other, putting forward a new interpretation of Article 22 of the Merger Control Regulation, promoting the referral to the European Commission of mergers which do not reach the national filing thresholds. This debate was recently extended thanks to the clarification provided by the CJEU in the Towercast judgment (C-449/21).*

*Diogo Pina Chiquelho addresses the topic of whistleblowing mechanisms,*

*whistleblowing*, aplicados ao setor das instituições de crédito. Analisa em especial o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras e o Aviso 3/2020 do Banco de Portugal e o modo como anteciparam, em parte, aspetos do novo regime, no que respeita à participação de irregularidades graves.

*applied to the sector of credit institutions. He looks, in particular, at the General Regime for Credit Institutions and Financial Corporations and Notice 3/2020 of the Bank of Portugal, and the way they anticipated, in part, aspects of the new regime, in what concerns notifications concerning serious irregularities.*



C&R

DOCTRINA

*Doutrina geral*



## ESG E CONCORRÊNCIA\*

Rita Prates

As questões ambientais, sociais e de governação (*Environmental, Social and corporate Governance* – “ESG”) são uma oportunidade para as empresas demonstrarem aos seus clientes e investidores que têm um forte compromisso para melhorar a sua responsabilidade empresarial, através da implementação de políticas de sustentabilidade.

Para muitas empresas, este novo enquadramento, além da tal oportunidade de inovação e transformação, acaba por ser também uma derradeira forma de sobrevivência empresarial num mundo que se quer melhor.

A sustentabilidade passou a assunto da ordem do dia e critério relevante nas escolhas dos consumidores que, motivados por uma consciência cada vez mais responsável, optam por adquirir produtos a empresas que cumpram regras ESG, em detrimento de outras, mesmo que para isso tenham de pagar um preço mais elevado. O preço, como fator de escolha preferencial, vai perdendo a sua predominância, e a sustentabilidade torna-se cada vez mais num novo parâmetro onde as empresas têm de competir.

Sendo, por um lado, as empresas encorajadas a adotar uma conduta sustentável, nomeadamente pelo Pacto Ecológico Europeu, que tem como objetivo atingir a neutralidade climática até 2050, não faria sentido que meritórias iniciativas de sustentabilidade fossem, por outro lado, desencorajadas devido a uma abordagem antiquada e excessivamente rígida do direito da concorrência.

Nesta nova era da sustentabilidade, as empresas, para garantirem a sua vantagem competitiva, reconhecem a necessidade de abordar proactivamente estas questões ambientais, sociais e de governação. Algumas poderão progredir sozinhas, mas, para muitas, será necessária a colaboração dentro das

---

\* Excertos deste artigo foram publicado no jornal ECO no dia 15 de novembro de 2022.

respetivas indústrias para conseguir provocar estas mudanças. É precisamente nesta colaboração entre empresas que entram as regras da concorrência.

Historicamente, a análise jusconcorrencial dos acordos entre empresas concorrentes (“acordos horizontais”) realizada pela Comissão Europeia (“Comissão”) e pela Autoridade da Concorrência, em especial no que respeita ao balanço entre os efeitos pro-concorrenciais e os efeitos restritivos da concorrência de um acordo, tem sido no sentido de excluir quaisquer fatores não económicos – tais como benefícios ambientais e outros benefícios de sustentabilidade –, focando-se numa análise estrita de eficiências económicas, o que implica a correlativa prova da quantificação dos benefícios económicos para os consumidores (em especial, o preço) em determinado mercado relevante.

E é aqui que se começa a escrever a nova história: farão ainda sentido estas regras estritas ou, ao invés, deverá haver uma maior flexibilização das regras de concorrência na cooperação entre concorrentes que visam alcançar objetivos de sustentabilidades?

Depois de um longo debate, a resposta começa a ser dada e o caminho segue o trilho da flexibilização, com as autoridades de concorrência nacionais e a Comissão a contribuir indiretamente para os objetivos do Pacto Ecológico Europeu, através de medidas que visam garantir maior segurança jurídica às empresas na criação e colaboração em projetos de sustentabilidade.

Paradigmático desta mudança são as novas Orientações Horizontais da Comissão Europeia sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal (“Orientações”), submetidas a consulta pública em março de 2022, conjuntamente com os Regulamentos de Isenção por Categoria de acordos I&D e de especialização, que entrarão em vigor na sua versão revista em 1 de janeiro de 2023.<sup>1</sup>

As Orientações, reconhecendo a importância crescente que os acordos entre concorrentes podem ter na realização dos objetivos do Pacto Ecológico Europeu, visam proporcionar maior clareza sobre a forma de avaliar os acordos de sustentabilidade à luz das regras de concorrência, incluindo, para o efeito, toda uma nova secção dedicada à sustentabilidade.

De acordo com as Orientações, o termo “sustentabilidade” é interpretado de forma ampla, não se limitando a cooperação em matérias ambientais, mas abrangendo também tipos de cooperação que visam respeitar os direitos humanos ou assegurar o bem-estar dos animais.

---

<sup>1</sup> Cfr. [https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2022-hbers\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2022-hbers_en).

Por sua vez, o termo “acordo de sustentabilidade” refere-se a qualquer tipo de acordo de cooperação horizontal que vise genuinamente um ou mais objetivos de sustentabilidade, independentemente da forma de cooperação, incluindo-se nesta definição, acordos de investigação e desenvolvimento ou de cooperação na compra para beneficiar o ambiente, entre outros.

Também, fica claro das Orientações que o simples facto de um acordo prosseguir um objetivo de sustentabilidade, não significa que o direito da concorrência não lhe seja aplicável e que, não obstante a inserção de uma secção autónoma sobre sustentabilidade, a análise dos acordos entre concorrentes que prosseguem um ou mais objetivos de sustentabilidade sempre se fará em conformidade com o capítulo relevante das Orientações Horizontais que trata especificamente desse tipo de cooperação (troca de informações, produção, I&D, etc.). Ou seja, a Comissão não criou uma metodologia separada para examinar os acordos de sustentabilidade.

Nas referidas Orientações, a Comissão identifica, pela primeira vez, as iniciativas de cooperação para a sustentabilidade que não levantam preocupações de concorrência, destacando acordos que dizem respeito à conduta interna das empresas, campanhas de sensibilização a nível da indústria e acordos que visam criar bases de dados contendo informações sobre fornecedores ou distribuidores sustentáveis.

Contudo, e uma nota de cautela para as empresas, esta permissão não deverá ser interpretada de forma absoluta, devendo as empresas continuar a avaliar cuidadosamente o tipo de informação recolhida sobre fornecedores e distribuidores, bem como as modalidades precisas de acesso a base de dados.

Outro tipo de cooperação que merece a atenção das Orientações diz respeito ao estabelecimento de normas de sustentabilidade numa dada indústria. Serão exemplos deste tipo de acordos quaisquer iniciativas entre concorrentes que procurem, por exemplo, eliminar gradualmente produtos e processos não sustentáveis, harmonizar tamanhos de embalagens para reduzir resíduos, ou acordos de compra de produtos que tenham sido produzidos de forma sustentável.

Tais acordos poderão conduzir a custos de produção ou de aquisição mais elevados que se repercutem nos preços, ou ter efeitos de exclusão de outros concorrentes. Para mitigar potenciais efeitos negativos, as Orientações enumeram várias condições que, se cumpridas, dão a devida segurança jurídica às empresas, certificando que é pouco provável que o acordo seja proibido (um *soft safe harbour*). Neste tipo de condições incluem-se a transparência, a

abertura a todos os concorrentes interessados ou a não oposição à inclusão de normas mais exigentes.

Outros acordos de sustentabilidade que restrinjam a concorrência só poderão beneficiar de uma isenção se as restrições forem indispensáveis à concretização do acordo e se os consumidores obtiverem uma parte equitativa dos benefícios daí resultantes. A novidade nesta análise é que é alargado o tipo de benefícios que serão considerados relevantes.

Serão assim valorados benefícios diretos, que refletem considerações tradicionais de eficiências, através da quantificação dos benefícios diretos relacionados com as características intrínsecas de um produto, tais como melhoria da qualidade ou diminuição do preço; mas também serão valorados benefícios qualitativos indiretos, ou seja, os benefícios resultantes da perceção da utilização sustentável de um produto pelo consumidor.

As Orientações abrem também a possibilidade de as empresas argumentarem que existem benefícios não só para os beneficiários dos produtos em causa, mas também benefícios coletivos relacionados com externalidades positivas para a sociedade, tais como acordos que promovam o abrandamento das alterações climáticas ou a redução da poluição em grande escala.

Abre-se, assim, a possibilidade de se considerar benefícios na análise dos efeitos pro-concorrenciais de um acordo que restringe a concorrência também noutros mercados além daquele afetado pelo acordo, o que, mesmo com as limitações constantes das Orientações, é uma evolução na aplicação do direito da concorrência.

As diversas autoridades, incluindo a Autoridade da Concorrência<sup>2</sup>, dão claros sinais de que a promoção da sustentabilidade e a defesa da concorrência não são dimensões opostas, e abrem caminho para uma flexibilização na análise dos acordos que contribuem para a sustentabilidade e cumprimento das metas ESG.

Esta flexibilização está, contudo, longe de significar um sacrifício do direito da concorrência. As autoridades de concorrência não deixarão de averiguar se o acordo é de facto necessário e também não deixarão de fazer uma avaliação sólida dos alegados benefícios, nem tão-pouco perderão de

---

2 Cfr. Intervenções da Presidente da Autoridade da Concorrência <https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/documentos/intervencoes/Margarida%20Matos%20Rosa%20-%20Pros%20Cons%20of%20Sustainability%20Agreements.pdf> e New Challenges to Competition Enforcement in a Much More Online and Greener World – Margarida Matos Rosa | Autoridade da Concorrência (concorrenca.pt).

vista o risco de cartéis disfarçados de pactos de promoção da sustentabilidade (*greenwashing*).<sup>3</sup>

As políticas de ESG são cada vez mais percebidas como essenciais, mas na sua prossecução as empresas não estarão isentas das suas obrigações relativas cumprimento das regras da concorrência.

A promoção da sustentabilidade não significa a despromoção da concorrência.

---

<sup>3</sup> *Ibid.*



# O MECANISMO PORTUGUÊS DE ANÁLISE DOS INVESTIMENTOS DIRETOS ESTRANGEIROS: MODIFICAÇÃO EM 2023? ENQUADRAMENTO E PORQUÊS

*Margarida Rosado da Fonseca\**

**ABSTRACT** *Decree-Law nr. 138/2014, of September 15 creates a screening of foreign investment in Portugal concerning strategic assets in the energy, communications and transports sectors and has remained unchanged since then. Notwithstanding, the national, European Union and international environments have evolved substantially in the last few years.*

*The EU continues to legislate in neighbouring areas of law with the aim of reinforcing its strategy for industrialization and increased resilience and autonomy as an international actor, as well as promoting a level playing field between undertakings from and outside the EU. Concomitantly, in 2023 the European Commission is to present the EU legislators a report evaluating the functioning and effectiveness of the 2019 EU's framework on Screening of Foreign Investment and eventually proposing amendments.*

*This second part of the contribution on the topic analyses Decree-Law nr. 138/2014 in the light of today's environment and coexisting national and EU legal frameworks. This contribution aims at stirring a legal debate on the acuteness of its update, or ultimately a substantial amendment. Moreover, foreign investment continues to be most welcomed in the EU and Portugal and legal certainty is of paramount importance for the investors.*

**KEY-WORDS** Foreign investment, screening foreign investment, strategic assets, European Union, Decree-Law 138/2014, screening mechanism, foreign direct investment, competition

1. Considerações preliminares; 2. O Decreto-Lei n.º 138/2014 que consagra o regime de salvaguarda, 2.1. O enquadramento vigente à data da aprovação do Decreto-Lei; 2.2. As (in)definições constantes do regime, 2.2.1. Os «Ativos estratégicos» objeto do regime de salvaguarda, 2.2.2. A aquisição de “controlo”, 2.2.3. O conceito de pessoa de país terceiro; 2.3. Os pressupostos e requisitos de aplicação do regime de salvaguarda; 2.4. O procedimento de oposição; 2.5. O requerimento de confirmação e procedimento;

---

\* Advogada Especialista em Direito Europeu e da Concorrência.

3. Relevância da evolução havida nos contextos nacional e internacional; 3.1. Enquadramento português, 3.2. Evolução na UE, 3.2.1. Notas de enquadramento, 3.2.2. O novo Regulamento de análise de IDEs, 3.2.3. Evolução em vários Estados-Membros; 4. Notas finais.

## 1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O presente texto corresponde à segunda parte de um contributo sobre o atual mecanismo português de análise de investimentos estrangeiros (“IDEs”). Mais precisamente, trata-se do Decreto-Lei n.º 138/2014, de 15 de setembro (“Decreto-Lei n.º 138/2014” ou “decreto-lei”) que “*estabelece o regime de salvaguarda de ativos estratégicos essenciais para garantir a segurança da defesa e segurança nacional e do aprovisionamento do País em serviços fundamentais para o interesse nacional, nas áreas da energia, dos transportes e comunicações*”<sup>1</sup>.

A primeira parte do contributo foi publicada no início de 2022<sup>2</sup> na perspetiva da modificação do decreto-lei. Com efeito, considerámos a informação que a Comissão Europeia (“Comissão”) tornou pública a 23 de novembro de 2021 e que assentará em informações do Governo português. Mais precisamente, no contexto da aplicação do Regulamento (UE) 2019/452 do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de março de 2019 (“Regulamento de Análise dos IDEs”)<sup>3</sup> e do funcionamento da cooperação no seio da União Europeia (“UE”) para sua aplicação.

Assim, o 1.º relatório anual da Comissão<sup>4</sup> (“1.º Relatório”) indica que Portugal é um dos “*Estados-Membros que iniciaram um processo consultivo ou legislativo que deverá resultar em alterações a um [mecanismo] existente*”<sup>5</sup>. Acresce que o documento de trabalho dos serviços da Comissão que acompanha o Relatório (“Documento de Trabalho”), com data de 23 de novembro de

---

1 Publicado no Diário da República (D.R.) n.º 177, Série I, de 15.09.2014, págs. 4937 a 4940.

2 Foi publicado no n.º 48 da Revista de Regulação e Concorrência (C&R), respeitante aos meses de Outubro/Dezembro de 2021 e está disponível em: <https://www.concorrenca.pt/pt/revista/revista-de-concorrenca-e-regulacao-48> [acedido em 20.01.2023].

3 Regulamento (UE) 2019/452 do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de março de 2019.

4 Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho – Primeiro relatório anual sobre o escrutínio dos investimentos diretos estrangeiros na União Europeia (“1.º Relatório da Comissão”) {SWD(2021) 334 final}, com data de 23.11.2021 e referência COM(2021) 714 final, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0714&from=EN> [acedido em 20.11.2023].

5 Cfr. a tabela na página 9 do 1.º Relatório da Comissão.

2021<sup>6</sup> adianta que, em Portugal, no ano anterior teria sido criado um Grupo de Trabalho interministerial ao nível técnico. E refere ainda que em 2021 teria sido estabelecido um acordo de princípio sobre quais os ajustamentos a introduzir. Tal incluiria, designadamente, a articulação entre os prazos do mecanismo nacional e aquele da UE, o estabelecimento de um ponto de contacto (para a comunicação e a cooperação a nível dos Estados-Membros e da UE) e a introdução da possibilidade de imposição de medidas de mitigação. O Documento de Trabalho conclui que em Portugal permanecem “em aberto” matérias importantes, “*pelo que não seria possível antecipar o início do processo legislativo*”<sup>7</sup> à data da publicação do mesmo.

Da escassa informação pública com a qual nos deparámos no plano nacional consta a menção a discussões ao nível técnico (dentro do Governo, antecipamos) e a confirmação da ponderação de modificações a introduzir ao mecanismo português na sua redação atual e do próprio processo de revisão estar em curso à data.

No âmbito das atribuições de acompanhamento, apreciação e pronúncia pela Assembleia da República (“AR”) do processo de construção da União Europeia, o Governo transmite-lhe um “Relatório Anual de Portugal na União Europeia” da autoria da Direção-Geral dos Assuntos Europeus (do Ministério dos Negócios Estrangeiros). Naquele respeitante a 2019, menciona-se que “*Durante o ano decorreu um processo de reflexão ao nível técnico, sobre as adaptações a introduzir no enquadramento nacional a fim de assegurar a sua conformidade com o mecanismo europeu [Regulamento de Análise dos IDEs] e identificar as alterações que serão necessárias*”<sup>8</sup>.

---

6 Documento de Trabalho dos serviços da Comissão (*Commission Staff Working Document*) que acompanha o seu 1.º Relatório (1.º Documento de Trabalho), {COM(2021) 714 final}, com a mesma data e referência.

7 Cfr. a pág. 42 do 1.º Documento de Trabalho.

8 Apresentado nos termos e para os efeitos do n.º 4 do artigo 5.º da Lei n.º 43/2006, de 25 de agosto – Acompanhamento, apreciação e pronúncia pela Assembleia da República no âmbito do processo de construção da União Europeia. Diploma publicado no D.R., n.º 164, Série I, de 25 de agosto e já modificado. Cfr. as págs. 343 e 344 do documento disponível em: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a566b786c5a793944543030764e454e425253394562324e31625756756447397a52573530615752685a47567a525868305a584a7559584d-764d324a694d445a6a5a6a49745a54566d595330304f5759314c546b354f5449744f4463334f5449314f545a6c-4f4464694c6e426b5a673d3d&fich=3bb06cf2-e5fa-49f5-9992-87792596e87b.pdf&inline=true> [acedido em 20.01.2023].

No Relatório Anual respeitante a 2020<sup>9</sup> inteiramo-nos de mais detalhe quanto às implicações da aplicação do Regulamento de análise dos IDEs em Portugal. Assim, no Relatório constata-se que a partir da entrada em vigor do Regulamento de análise dos IDEs (20 dias depois da publicação em 21 de março), “começaram a ser recebidas e analisadas no Ministério dos Negócios Estrangeiros as notificações enviadas pelos demais Estados-membros”. E também que em abril de 2020 “foi acordada uma cooperação antecipada, voluntária e informal [...] no seguimento de proposta nesse sentido do então Comissário Europeu do Comércio Phil Hogan, sob pretexto das vulnerabilidades geradas ou agravadas pelo confinamento e pela gestão da pandemia e com um enfoque prioritário nas empresas do sector médico-farmacêutico, enquanto alvos potenciais de aquisições predatórias. Esta cooperação limitou-se sobretudo à partilha de informação entre a Comissão Europeia e os Estados-membros sobre tendências agregadas do IDE”.

Ainda no mesmo Relatório menciona-se que “ao nível interno, procedeu-se à criação de um Grupo de Trabalho interministerial no âmbito do qual se prepararam e discutiram ao nível técnico as alterações a promover no mecanismo nacional, estando, assim, em curso o referido processo de revisão”.

Acresce que no Relatório mais recente se menciona que “Em dezembro [de 2021], foi também concluída a negociação e assinatura do Acordo relativo à Responsabilidade Conjunta, negociado entre a Comissão Europeia e os 27 Estados-Membros, através do qual se definiram regras e procedimentos tendo em vista um adequado controlo e tratamento dos dados pessoais recolhidos no âmbito deste regime de análise. Portugal não iniciou nenhum processo de análise, mas foram verificadas as informações relativas aos processos desencadeados por outros Estados-Membros para avaliar potenciais implicações ao nível nacional”.<sup>10</sup>

9 Cfr. as páginas 373 e 374 do Relatório Anual de “Portugal na União Europeia – 2020”, da Direção Geral dos Assuntos Europeus do Ministério dos Negócios Estrangeiros. Documento disponível em: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953565a4d5a5763765247396a6457316c626e52766330466a64476c32615752685a47565159584a735957316c626e52686369396d4f4467324d44566d4f43316d4f4749304c54526c596d59744f4751774e7930795932557a4e7a6b7a596d45304d6d51756347526d&fich=f88605f8-f8b-4-4ebf-8d07-2ce3793ba42d.pdf&inline=true> [acedido em 20.01.2023].

10 Cfr. a pág. 387 do Relatório Anual de “Portugal na União Europeia – 2021”, da Direção Geral dos Assuntos Europeus do Ministério dos Negócios Estrangeiros. Documento disponível em: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c63793959566b786c5a79394562324e31625756756447397a51574e3061585a705a47466b5a564268636d786862575675644746794c324d314d7a5535597a686c4c574d354e3245744e4446694d4331684e>

O presente texto complementa aquele publicado no início de 2022 sobre este tema. E atualiza-o no que respeita às expectativas de modificação do Decreto-Lei n.º 138/2014 durante o ano de 2022. Mais precisamente, estas expectativas foram goradas perante a ausência de informação pública sobre desenvolvimentos legislativos nesta sede, sendo que a atualização da situação portuguesa tal como feita pela Comissão também não é esclarecedora, como se passa a enunciar.

Ou seja, o 2.º relatório anual da Comissão<sup>11</sup> (“2.º Relatório”) apenas menciona Portugal como um dos Estados-membros com “Mecanismo nacional de análise dos IDE em vigor”. E o Documento de Trabalho que o acompanha, com data de 1 de setembro de 2022, constata que no ano anterior não apenas não houve quaisquer desenvolvimentos legislativos, como não existem quaisquer iniciativas que possam resultar em modificações ao diploma vigente<sup>12</sup>. Tanto quanto é do nosso conhecimento, não existe informação pública que permita contextualizar o aparente *recuo* pelo Governo quanto à modificação do regime, *ao arrepio* do que parece ser a tendência nos restantes Estados-Membros de acordo com o mesmo documento. Aguardamos com expectativa a divulgação do Relatório Anual respeitante a 2022 para se compreender as razões do aparente *recuo*<sup>13</sup>.

De todo o modo, é reconhecida a importância política que a análise dos IDEs assume na UE. Por um lado, o Regulamento não impõe a criação ou detenção de mecanismos de análise nacionais pelos Estados-Membros. Mas na prática, desde 2020 que a Comissão insta os Estados-Membros a criarem-nos ou a reforçarem-nos, de modo a serem “mecanismos de análise completos” (“*fully-fledged*”)<sup>14</sup>. Aliás, no 2.º Relatório a Comissão reconhece que “*está a incentivar ativamente esta evolução em todos os Estados-Membros, facilitando o*

---

5463304c5468685a6a686a4d5455794e44646b4e4335775a47593d&fich=c5359c8e-c97a-41b0-a574-8af-8c15247d4.pdf&inline=true [acedido em 20.01.2023].

11 Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho – Segundo relatório anual sobre o escrutínio dos investimentos diretos estrangeiros na União Europeia (“2.º Relatório da Comissão”). Disponível em: [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM\(2022\)433&lang=en](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2022)433&lang=en) [acedido em 20.01.2023].

12 Cfr. a pág. 35 do 2.º Relatório da Comissão.

13 Nos termos do n.º 4 do artigo 5.º da Lei n.º 43/2006, o relatório deve ser apresentado à AR no 1.º trimestre do ano seguinte aquele a que respeita. Pesquisa do relatório efetuada em 20.01.2023.

14 Cfr. a página 8 do 2.º Relatório da Comissão.

*progresso e o alinhamento dos processos legislativos nacionais*”, “tanto a nível político como técnico”<sup>15</sup>.

A este propósito, a Comissão elenca a adoção das Orientações de 2020 para os Estados-Membros sobre a forma de utilizar a análise de IDE no contexto de uma crise de saúde pública e de vulnerabilidade económica na UE” (no contexto da pandemia de COVID 19); a assistência prestada aos Estados-Membros em matéria de orientações técnicas e políticas, reuniões técnicas e intercâmbio de informações, incluindo o intercâmbio de boas práticas ao longo do ano de 2021; e a adoção das Orientações de 2022 destinadas aos Estados-Membros sobre IDE provenientes da Rússia e da Bielorrússia<sup>16</sup>.

Por último, recorde-se que a Lei n.º 9/2014<sup>17</sup> autorizou o Governo a legislar atendendo a que a defesa e segurança nacional e a segurança do aprovisionamento do País em serviços fundamentais para o interesse nacional são “interesses fundamentais de segurança pública” e, na medida em que o fizesse, em observância do direito nacional, do direito da UE e do Espaço Económico Europeu (“EEE”)<sup>18</sup>.

Numa perspetiva estritamente jurídica e sem atentar à perspetiva política – que não cabe no presente âmbito –, a evolução havida quanto ao enquadramento existente à data de criação do Decreto-Lei n.º 138/2014 e igualmente em matérias relacionadas, aconselham à ponderação da modificação do Decreto-Lei n.º 138/2014. Acresce que, considerando os desenvolvimentos legislativos na UE – desde logo a adoção do Regulamento de análise dos IDEs na UE e outros atos jurídicos que refletem o novo paradigma –, o Estado Português enquanto Estado-Membro da UE terá iniciado uma reflexão ao nível técnico à qual se terá seguido o processo de modificação do diploma nacional.

É neste sentido que na segunda parte do nosso contributo, mais do que apresentar respostas, procuramos completar a sistematização de um conjunto

---

15 Cfr. a página 8 do 2.º Relatório da Comissão.

16 Cfr. as Orientações para os Estados-Membros relativas a investimento direto estrangeiro e livre circulação de capitais provenientes de países terceiros, e proteção dos ativos estratégicos da Europa, antes da aplicação do Regulamento (UE) 2019/452 (Regulamento Análise dos IDE); e Orientações destinadas aos Estados-Membros sobre os investimentos diretos estrangeiros provenientes da Rússia e da Bielorrússia tendo em conta a agressão militar contra a Ucrânia e as medidas restritivas estabelecidas nos recentes regulamentos do Conselho relativos a sanções.

17 Publicada no D.R. n.º 38/2014, Série I, de 24.02.2014, pág. 1624.

18 Artigo 2.º da Lei n.º 9/2014, com a epígrafe “Sentido”.

de enquadramentos e dados relevantes para auxiliar à reflexão a empreender previamente à modificação do atual regime. Com efeito, importa desde logo reforçar a certeza e segurança jurídica das entidades envolvidas, sob pena de se prejudicar as decisões de investimento no nosso país e também dos terceiros e do próprio Estado nas suas competências exclusivas sobre manutenção da ordem pública e da segurança pública.

Acresce a circunstância de o Regulamento dos IDEs prever a necessidade de articulação entre os Estados-Membros e a Comissão de modo a assegurar a sua aplicação de forma eficaz. Tal implica, designadamente, a estabilização de um conjunto de questões processuais necessárias a tal a nível interno, como aliás a própria Direção Geral dos Assuntos Europeus do Ministério dos Negócios Estrangeiros reconhece nos relatórios anuais. Por último e numa perspetiva mais alargada, a análise dos IDEs na UE constitui apenas um dos instrumentos que visam concretizar a nova abordagem da UE quanto à sua política comercial e de segurança e ordem pública, pelo que a sua evolução terá de considerar também este contexto.

## **2. O DECRETO-LEI N.º 138/2014 QUE CONSAGRA O REGIME DE SALVAGUARDA**

Começamos por recordar o enquadramento vigente à data da aprovação do Decreto-Lei e a apreciação que a Comissão fez do mesmo no âmbito do PAEF e seguimos depois para a análise dos principais aspetos do Decreto-Lei n.º 138/2014. Ao elenco das (in)definições constantes do mesmo segue-se a menção para os pressupostos e requisitos subjacentes ao procedimento de oposição e os vários critérios para a sua aplicação. Mencionamos os aspetos processuais mais relevantes do procedimento de oposição e a ausência de previsão de “remédios” para eliminar o risco, bem como o requerimento para confirmação da ausência de decisão de oposição. Sempre que útil, fazemos uma breve referência a outras jurisdições e à legislação da UE e jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”) à data da aprovação do Decreto-Lei n.º 138/2014, sendo que no ponto 3. abaixo os abordamos com mais detalhe.

### **2.1. O enquadramento vigente à data da aprovação do Decreto-Lei**

Recuamos até às vésperas da aprovação do decreto-lei para tentarmos sistematizar o contexto da sua aprovação. Assim, em 18 de maio de 2014

finaliza-se o Programa de Assistência Económica e Financeira a Portugal<sup>19</sup>. E a 12 de junho o XIX Governo dirige uma carta aos credores internacionais em que declara prescindir do último reembolso do empréstimo.

É publicado o documento “Caminho para o Crescimento: Uma estratégia de reforma de médio prazo para Portugal” pelo Governo<sup>20</sup> e reafirmado o objetivo de promoção da competitividade da economia portuguesa e do aumento da atratividade do país como destino de investimento. Portugal passa a estar sujeito à Monitorização Pós-Programa<sup>21</sup>, até um mínimo de 75% do montante da assistência financeira pela UE ter sido reembolsado.

Em 31 de julho de 2014, o Conselho de Ministros aprova o projeto de regime de salvaguarda dos ativos estratégicos<sup>22</sup> e, a 15 de setembro, é publicado o Decreto-Lei n.º 138/2014. A título de curiosidade é de notar que, dois dias depois, vários deputados do Partido Socialista (então na oposição) apresentaram uma iniciativa legislativa com o objetivo de submeter o Decreto-Lei 138/2014 a apreciação Parlamentar. A mesma iniciativa fundamentava-se na necessidade de *“proceder a uma cabal discussão sobre as consequências decorrentes dos atrasos na entrada em vigor deste diploma nos processos de privatização entretanto concretizados, bem como sobre as lacunas que se evidenciam no texto legal e que cumpre apreciar e, eventualmente, corrigir”*<sup>23</sup>.

---

19 Cfr. a Decisão de Execução do Conselho de 23 de abril de 2014 que altera a Decisão de Execução 2011/344/UE relativa à concessão de assistência financeira da União a Portugal e a pág. 5 do *Occasional Paper* 202, de outubro de 2014, que avaliou o Programa na sua integralidade (a 12.ª Revisão da sua implementação não chegou a ser realizada), disponível em [https://ec.europa.eu/economy\\_finance/publications/occasional\\_paper/2014/pdf/ocp202\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/economy_finance/publications/occasional_paper/2014/pdf/ocp202_en.pdf) [acedido em 20.01.2023].

20 Este documento já não se encontra disponível no sítio internet oficial do Governo, mas é mencionado no Considerando 7) da Recomendação do Conselho de 8 de julho de 2014 relativa ao Programa Nacional de Reformas de Portugal para 2014 e que formula um parecer do Conselho sobre o Programa de Estabilidade de Portugal para 2014, publicado no JO C 247, págs. 112 e seguintes, de 29.07.2014.

21 A base legal para esta monitorização é o Regulamento (UE) n.º 472/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2013, relativo ao reforço da supervisão económica e orçamental dos Estados-Membros da área do euro afetados ou ameaçados por graves dificuldades no que diz respeito à sua estabilidade financeira.

22 Nota de imprensa do Conselho de Ministros disponível em <https://www.historico.portugal.gov.pt/pt/o-governo/arquivo-historico/governos-constitucionais/gc19/comunicados-cm/2014/20140731-cm-comunicado.aspx> [acedido em 20.01.2023].

23 Cfr. a Apreciação Parlamentar N.º 103/XII, Diário da A.R. (D.A.R.), II Série B, N.º 1/XII/4, de 20 de setembro de 2014, pág. 5.

Esta iniciativa caducou em 22 de outubro de 2015<sup>24</sup>. Alguns dos seus 14 subscritores vieram a integrar o XXI, XXII e XXIII governos como ministros, entre os quais o atual Ministro das Finanças e o anterior Ministro das Infraestruturas e da Habitação. Mas o diploma mantém-se inalterado até ao momento.

Os Considerandos iniciais do Decreto-Lei n.º 138/2014 sumariam a cronologia e contexto do diploma:

*“A Lei 50/2011, de 13 de setembro, que procedeu à segunda alteração à Lei Quadro das Privatizações, aprovada pela Lei 11/90, de 5 de abril, incumbiu o Governo de estabelecer o regime extraordinário para salvaguarda de ativos estratégicos em setores fundamentais para o interesse nacional, em observância do direito nacional e do direito da União Europeia.*

*Por outro lado, a Lei 9/2014, de 24 de fevereiro, atribuiu autorização legislativa ao Governo para, de acordo com o objeto, sentido e extensão nela definidos, estabelecer o aludido regime de salvaguarda de ativos estratégicos para a defesa e segurança nacional e para a segurança do aprovisionamento do País em serviços fundamentais para o interesse nacional.*

*Com efeito, qualquer dificuldade, mesmo momentânea, que tenha por efeito ameaçar a defesa e segurança nacional ou a segurança do aprovisionamento do País em serviços fundamentais para o interesse nacional é suscetível de causar graves perturbações, não só na defesa e segurança e na atividade económica nacional mas na vida da população em geral, pelo que a sua proteção constitui um interesse fundamental de segurança pública que o Estado deve a todo o tempo preservar.*

*Sem prejuízo dos poderes de que o Estado já disponha ao abrigo do direito aplicável ao setor em causa, o interesse público impõe que o Estado possa dispor de um instrumento adicional para reagir rápida e eficazmente a qualquer operação que afete a disponibilidade das principais infraestruturas ou ativos estratégicos afetos à defesa e segurança nacional ou à prestação de serviços essenciais nas áreas da energia, transportes e comunicações.*

*O presente decreto-lei estabelece assim, no cumprimento dos deveres fundamentais do Estado e no respeito pelo direito nacional e pelo direito da União Europeia, um regime de salvaguarda dos ativos estratégicos essenciais para a garantia da segurança pública.”*

24 Cfr. <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=38664> [acedido em 20.01.2023].

Ficam assim salvaguardada a aplicação de diplomas como sejam, por exemplo, a Lei dos Serviços Públicos Essenciais<sup>25</sup> e o enquadramento específico das infraestruturas críticas nacionais<sup>26</sup>, entre outros.

A Proposta de Lei que autorizou o Governo a legislar sobre o regime de salvaguarda português foi apresentada à AR com base no pressuposto da sua “*aplicação excecional e complementar dos regimes já existentes e que visam igualmente proteger o interesse público*”<sup>27</sup>.

Neste sentido, o artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 138/2014 prevê que o “*disposto nos artigos anteriores [que estabelecem o regime de salvaguarda] não prejudica o exercício dos poderes do concedente ao abrigo dos contratos de concessão existentes, das respetivas bases de concessão ou dos diplomas que as aprovam, ou das entidades reguladoras ou de outros entes públicos nos termos de disposições legais ou regulamentares que respeitem aos ativos estratégicos abrangidos pelo regime estabelecido no presente decreto-lei*”.

Independentemente da bondade do legislador em querer salvaguardar o âmbito de aplicação dos regimes legais preexistentes, esta disposição suscita-nos várias dúvidas do ponto de vista prático. A título de exemplo e tal como detalharemos abaixo em 2.2.2, o Decreto-Lei n.º 138/2014 recorre ao Regime Jurídico da Concorrência (“RJC”)<sup>28</sup> nomeadamente para definir o *controlo*. Assim, é útil compreender como articular a análise dos IDEs com o procedimento de controlo das concentrações que corre termos junto da Autoridade da Concorrência (“AdC”) e que é uma condição indispensável à concretização das aquisições de controlo sempre que um dos limiares de notificação prévia estiver preenchido. Quando uma operação de concentração

---

25 Lei n.º 23/96, de 26 de julho, que cria no ordenamento jurídico alguns mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais, na sua redação atual (da Lei n.º 51/2019, de 29 de julho).

26 Quando o Decreto-Lei n.º 138/2014 foi aprovado, o regime jurídico das infraestruturas críticas nacionais encontrava-se previsto no Decreto-Lei n.º 62/2011, de 9 de maio, o qual foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 20/2022, de 28 de janeiro. Este diploma aprova os procedimentos para identificação, designação, proteção e aumento da resiliência das infraestruturas críticas nacionais e europeias.

27 Proposta de Lei n.º 190/XII(3ª) sobre o regime de salvaguarda dos ativos estratégicos, publicada como Lei n.º 9/2014 após a sua aprovação. Cfr. os considerandos da Proposta de Lei n.º 190/XII(3.ª) e a Intervenção do Secretário de Estado das Infraestruturas, Transportes e Comunicações na AR, em sede de discussão da mesma Proposta na generalidade, publicada no D.A.R., I Série, n.º 36/XII/3, de 16 de janeiro de 2014, págs. 56 e seguintes.

28 A Lei n.º 19/2012, de 8 de maio aprovou o atual RJC. Posteriormente alterada três vezes, a mais recente pela Lei n.º 17/2022, de 17 de agosto.

tem dimensão comunitária nos termos e para os efeitos da legislação aplicável, o processo corre termos junto da Comissão<sup>29</sup>.

A preocupação do legislador com a instrução do processo de análise de modo completo e com a brevidade possível reflete-se na previsão expressa da obrigação de cooperação de quaisquer entidades administrativas na sequência da solicitação, “*a qualquer momento*”, pelo membro responsável pela área em que o ativo estratégico se integre, “*de prestação de informação ou a realização de quaisquer diligências que entenda necessárias para o exercício das competências previstas no presente decreto-Lei*”<sup>30</sup>. Essa solicitação de informação terá de ser efetuada de modo fundamentado e haverá que assegurar “*a proteção dos dados pessoais, classificados ou do âmbito da defesa e segurança nacional*”<sup>31</sup>.

Acresce que a abertura do procedimento de avaliação de uma projetada transação (“procedimento de oposição”) é “*de imediato notificada aos membros do Governo responsáveis pelas áreas dos negócios estrangeiros, da defesa nacional e da segurança interna*”<sup>32</sup>.

Com o objetivo de aumentar a segurança jurídica dos potenciais adquirentes de controlo quanto à não oposição pelo Conselho de Ministros, o decreto-lei prevê um procedimento voluntário de apresentação de “requerimento de confirmação” (“procedimento voluntário”), conforme se detalha abaixo em 2.3.

No seu Documento de Trabalho respeitante à Livre Circulação de Capitais no período de 2013-2014<sup>33</sup>, a Comissão refere o regime português de forma mais positiva quando comparado com os regimes italiano e francês – também modificados no mesmo período –, cujo âmbito de aplicação e intervenção dos Estados seriam mais amplos e também se aplicavam a investidores da UE e do EEE. Neste sentido, a Comissão realça, designadamente, a circunstância de o regime português se aplicar apenas a cidadãos de países terceiros e permitir ao Governo opor-se à aquisição apenas em caso de “*ameaça genuína e suficientemente séria à defesa nacional e à segurança ou à segurança de*

29 Cfr. o artigo 37.º do RJC e o artigo 1.º do Regulamento (UE) n.º 139/2004, de 2 de janeiro, relativo ao controlo das concentrações de empresas (“Regulamento das concentrações comunitárias”).

30 Artigo 6.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 138/2014.

31 Artigo 6.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 138/2014.

32 Artigo 4.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 138/2014.

33 Págs. 21 e 22 do Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão – A Livre Circulação de Capitais na União Europeia, com data de 5 de março de 2015, referência SWD(2015) 58 final. Note-se que o documento respeita ao ano de 2014 quando existe informação disponível.

*fornecimento de serviços críticos ao interesse nacional, como sejam as situações de ligação a organizações terroristas”.*

Quanto ao regime italiano, a Comissão refere que em 2014 ficara concluída a implementação do regime jurídico sobre os direitos especiais do Estado em empresas encarregadas de prosseguir atividades estratégicas ou que detenham ativos estratégicos, através da adoção de regulamentação que especifica as atividades em relação às quais o Estado pode exercer direitos especiais e que estabelecem o procedimento a seguir para exercício dos mesmos direitos<sup>34</sup>.

A mencionada legislação italiana exigia a notificação (prévia) de decisões das empresas e de transações que (i) resultem na alteração de controlo ou (ii) que afetem a disponibilidade dos ativos. Isto aplicava-se a empresas que prossegam determinadas atividades nos setores da defesa e em setores respeitantes à segurança nacional ou quando houvesse detenção de ativos estratégicos nos setores da energia, transportes e comunicações.

A Comissão constata que a legislação francesa que fora adotada em 2014<sup>35</sup>, aumentava o âmbito do mecanismo preexistente de autorização prévia de investimentos em atividades que pudessem constituir risco para os interesses da segurança pública, da ordem pública e da defesa, passando a abranger certas atividades estratégicas nas áreas da energia (incluindo gás, eletricidade e hidrocarbonetos), água, transportes, comunicações eletrónicas e saúde pública.

Mais precisamente, na perspetiva do governo francês tratar-se-ia de atividades consideradas essenciais para a integridade, a segurança e a continuidade da atividade prosseguida em cada um dos setores em causa. Os investimentos careciam da aprovação prévia do Ministro das Finanças, sendo que o mecanismo em causa se aplicava a investimentos que conduzem à aquisição de controlo ou de um terço dos direitos de voto.

34 Decretos Ministeriais n.º 35 de 19 de fevereiro de 2014, n.ºs 82, 85 (para os setores abrangidos, exceto a defesa) – Cfr. o D.P.R. de 25 de março de 2014, n.º 85 – *Regolamento per l’individuazione degli attivi di rilevanza strategica nei settori dell’energia, dei trasporti e delle comunicazioni, a norma dell’articolo 2, comma 1, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21*, publicado na *Gazzetta Ufficiale* de 6 de junho de 2014, n.º 129 – e n.º 86 (regula a aplicação dos direitos especiais) – publicado na *Gazzetta Ufficiale* de 6 de junho de 2014, n.º 129. *Regolamento per l’individuazione delle procedure per l’attivazione dei poteri speciali nei settori dell’energia, dei trasporti e delle comunicazioni, a norma dell’articolo 2, comma 9, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21* – e n.º 108 de 6 de junho de 2014 (para o setor da defesa). Esta regulamentação detalha o disposto no *Decreto Legge* n.º 21/2012 de 15 de março de 2012, publicado na *Gazzetta Ufficiale* n.º 63, da mesma data, posteriormente, convertido em *Legge* n.º 56/2012, de 11 de maio de 2012, publicada na *Gazzetta Ufficiale* n.º 111, de 14 de maio de 2012. Estes enquadramentos já foram modificados.

35 Decret-Loi n.º 2014/479 de 14 de maio de 2014, que modifica o “Code Monetaire et Financier”, o qual entretanto já foi modificado.

Importa realçar que, em qualquer uma das duas referidas jurisdições, ainda existia à data um mecanismo excecional no contexto dos respetivos regimes jurídicos da concorrência que previa a intervenção do Governo na decisão final de não oposição de operações de concentração relevantes na perspetiva do interesse público.

## **2.2. As (in)definições constantes do regime**

Para avançarmos na análise dos pressupostos e requisitos cujo preenchimento é indispensável à aplicação do procedimento de oposição, haverá que enunciar previamente as definições sobre as quais incumbe ao Governo legislar ao abrigo da Lei n.º 9/2014. Mais precisamente, o artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 138/2014 estabelece o que se entende por (a) ativos estratégicos, (b) controlo e (c) pessoas de países terceiros para os mesmos efeitos, conforme se detalha abaixo.

### *2.2.1. Os «Ativos estratégicos» objeto do regime de salvaguarda*

De acordo com o artigo 3.º da Lei n.º 9/2014, incumbe ao Governo definir como *ativos estratégicos* especificamente as principais infraestruturas e ativos – apenas estes – que estejam afetos à defesa e segurança nacional e à prestação de serviços essenciais nas áreas da energia, transportes e telecomunicações. A AR circunscreve, assim, o objeto do regime de salvaguarda ao exigir o preenchimento das duas condições que distinguem, dentro dos setores em causa, especificamente os serviços que sejam essenciais e, relativamente a estes, somente as principais infraestruturas e ativos que sejam utilizados para a prestação dos mesmos serviços.

O Decreto-Lei n.º 138/2014 repete o texto da Lei, não o concretizando nem incluindo qualquer elenco, mesmo que meramente exemplificativo. Por um lado, tal poderá acarretar insegurança jurídica, mas por outro, permite uma interpretação do âmbito do diploma em função da evolução da realidade e dos enquadramentos setoriais. Tanto mais que estão identificados os setores aos quais este regime jurídico é aplicável – energia, transportes e comunicações.

Também é útil tomar em consideração o sentido do regime jurídico italiano que serviu de inspiração ao legislador português em 2012 (não obstante a regulamentação ter sido posterior). Com efeito, dois anos depois e tal como mencionado acima em 2.1., o Governo italiano aprovou regulamentação que elenca o universo de ativos a que se aplica o regime de

salvaguarda<sup>36</sup>. Assim, relativamente ao setor energético<sup>37</sup>, o universo dos ativos incluía, designadamente, a rede nacional de transporte de gás natural e as respetivas estações de compressão e centros de despacho e as infraestruturas de armazenagem de gás; as infraestruturas de aprovisionamento de energia elétrica e de gás que não pertençam ao Estado, incluindo as estações de regaseificação de gás natural liquefeito *onshore* e *offshore*; e, as atividades de gestão relacionadas com a utilização das redes e infraestruturas antes mencionadas.

Relativamente ao setor dos transportes<sup>38</sup>, a regulamentação italiana incluiu no elenco dos ativos estratégicos, redes e instalações de interesse nacional destinadas a garantir as ligações transeuropeias e respetivas ligações, mais precisamente, portos de interesse nacional, aeroportos de interesse nacional e a rede ferroviária nacional com relevância para as redes transeuropeias. Por último, quanto ao setor das comunicações<sup>39</sup> incluía, designadamente, redes próprias e as redes de acesso públicas para as conexões com as redes metropolitanas, os *routers* de serviço e as redes de longa distância em determinadas circunstâncias.

De todo o modo e atenta a natureza excecional do regime de salvaguarda, haverá que proceder a uma interpretação restritiva do seu âmbito de aplicação. A este propósito note-se ainda que, em 2012, no acórdão respeitante ao processo C-244/11<sup>40</sup>, o TJUE confirmou o entendimento crítico da Comissão quanto à insuficiente definição do conjunto dos ativos que são objeto do regime jurídico grego. Não obstante e, como se detalhará abaixo, a nosso ver o Decreto-Lei n.º 138/2014 contém critérios objetivos e um elenco taxativo dos requisitos de aplicação do regime de salvaguarda e de ponderação pelo Governo do exercício do poder de oposição – o que o TJUE considerou que não sucedia no referido processo.

---

36 A Comissão não clarificou o que entende por “regras detalhadas”. Cfr. o *Regolamento per l'individuazione degli attivi di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni*, mencionado acima na nota 34.

37 Artigo 1.º do *Regolamento* mencionado na nota 34.

38 Artigo 2.º do *Regolamento* mencionado na nota 34.

39 Artigo 3.º do *Regolamento* mencionado na nota 34.

40 Acórdão do TJUE proferido no processo C-244/11, *Comissão c. Grécia* e publicado na ECLI:EU:C:2012:694.

### 2.2.2. A aquisição de “controle”

O artigo 2.º do decreto-lei define *controle* como “a possibilidade de exercer uma influência determinante sobre o ativo estratégico, nos termos do n.º 3 do artigo 36.º do RJC. Esta disposição, cuja epígrafe é “Concentração de empresas”, estabelece que a concentração ocorre “quando se verifique uma mudança duradoura de controle sobre a totalidade ou parte de uma ou mais empresas, em resultado: a) Da fusão de duas ou mais empresas ou partes de empresas anteriormente independentes; b) Da aquisição, direta ou indireta, do controle da totalidade ou de partes do capital social ou de elementos do ativo de uma ou de várias outras empresas, por uma ou mais empresas ou por uma ou mais pessoas que já detenham o controle de, pelo menos, uma empresa”<sup>41</sup>. Como tal, a natureza duradoura da alteração do controle sobre a(s) empresa(s) constitui um pressuposto de aplicação do regime, não existindo uma previsão legal para o período mínimo enquanto limiar de aplicação geral, antes dependendo das circunstâncias concretas<sup>42</sup>.

Neste contexto “o controle decorre de qualquer ato, independentemente da forma que este assuma, que implique a possibilidade de exercer, com caráter duradouro, isoladamente ou em conjunto, e tendo em conta as circunstâncias de facto ou de direito, uma influência determinante sobre a atividade de uma empresa”<sup>43</sup>. Trata-se, assim, de uma definição com âmbito deveras abrangente, na medida em que basta a mera suscetibilidade de exercício do controle, não sendo necessária a existência de exercício efetivo.

A mesma disposição do RJC elenca, a título exemplificativo, três situações que podem conduzir à aquisição de controle, a saber: a) A aquisição da totalidade ou de parte do capital social; b) A aquisição de direitos de propriedade, de uso ou de fruição sobre a totalidade ou parte dos ativos de uma empresa; c) A aquisição de direitos ou celebração de contratos que confirmam uma influência determinante na composição ou nas deliberações ou decisões dos órgãos de uma empresa.

A concentração pode operar-se por duas formas<sup>44</sup>: através da fusão ou da aquisição de controle sobre uma empresa ou parte da mesma (ativos). Esta

41 Cfr. o artigo 36.º, n.º 1 do RJC.

42 Nos parágrafos 28 e seguintes da sua Comunicação Consolidada em matéria de competência ao abrigo do Regulamento (UE) N.º 139/2004 do Conselho relativo ao controle das concentrações de empresas, a Comissão aborda as diversas circunstâncias que devem ser tomadas em consideração para a análise casuística e menciona, a título exemplificativo, prática decisória relativa a diferentes períodos de tempo.

43 Artigo 36.º, n.º 3 do RJC.

44 Artigo 36.º, n.ºs 1 e 2 do RJC.

última tanto pode ser feita por empresas, como por pessoas (singulares ou coletivas), desde que estas últimas já detenham pelo menos uma empresa. E, no caso da aquisição de controlo, inclui-se ainda a constituição de uma empresa comum, desde que a mesma desempenhe de forma duradoura as funções de uma entidade económica autónoma. Acresce que uma concentração abrange situações de controlo exclusivo e também aquelas de controlo conjunto<sup>45</sup>.

O conceito de “controlo” é muitíssimo amplo e exige uma análise casuística. Como tal, afigura-se-nos positivo que o Decreto-Lei n.º 138/2014 remeta para um regime legal cujo âmbito tem vindo a ser concretizado e consolidado pela prática decisória da AdC desde a sua criação em 2003<sup>46</sup> e influenciado pela legislação europeia<sup>47</sup>, pela extensa prática decisória e orientações<sup>48</sup> da Comissão e ainda pela jurisprudência do TJUE nesta matéria.

Acresce que, por exemplo no setor energético, as Diretivas 2009/72/CE<sup>49</sup> (“Diretiva Eletricidade”) e 2009/73/CE<sup>50</sup> (“Diretiva Gás”) – vigentes à data da aprovação do Decreto-Lei n.º 138/2014 – também já se inspiravam no conceito de *controlo* aplicado no procedimento de controlo das operações de concentração<sup>51</sup>, bem como a legislação nacional que transpôs o “Terceiro Pacote Energético” no âmbito do PAEF<sup>52</sup>.

---

45 Cfr. a Comunicação consolidada da Comissão sobre o conteúdo do controlo exclusivo (parágrafos 54 e seguintes) e do controlo conjunto (parágrafos 62 e seguintes).

46 Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro.

47 Cfr. o artigo 3.º do Regulamento (UE) n.º 139/2004.

48 Cfr. a Comunicação consolidada da Comissão.

49 Diretiva 2009/72/CE, de 13 de julho de 2009, do Parlamento Europeu e do Conselho, que estabelece regras comuns para o mercado interno da eletricidade. Foi revogada pela Diretiva (UE) 2019/944 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de junho de 2019, relativa a regras comuns para o mercado interno da eletricidade, a qual mantém a definição de “controlo”.

50 Diretiva 2009/73/CE, de 13 de julho de 2009, do Parlamento Europeu e do Conselho, que estabelece regras comuns para o mercado interno do gás natural. Esta diretiva foi posteriormente alterada, mas mantém-se a definição de “controlo” à data da aprovação do Decreto-Lei n.º 138/2014.

51 Cfr. o artigo 2.º (“Definições”), ponto 56 da Diretiva 2019/944 e artigo 2.º (“Definições”), ponto 36 da Diretiva 2009/73/CE, acima mencionadas respetivamente nas notas 49 e 50.

52 Cfr. o artigo 3.º, al. m) do Decreto-Lei n.º 29/2006, na redação do Decreto-Lei n.º 215-A/2012, de 8 de outubro e o artigo 2.º, al. s) do Decreto-Lei n.º 172/2006, na redação do Decreto-Lei n.º 215-B/2012, de 8 de outubro, que remetiam a definição de *controlo* constante do Regulamento das concentrações comunitárias. Ambos os diplomas foram revogados pelo Decreto-Lei n.º 15/2022, de 14 de janeiro, que estabelece a organização e o funcionamento do Sistema Elétrico Nacional, transpondo a Diretiva (UE) 2019/944 e a Diretiva (UE) 2018/2001. No ponto V) do artigo 3.º define-se “controlo”.

Também no setor aeroportuário, o Regulamento (CE) relativo a regras comuns de exploração dos serviços aéreos na Comunidade assentava a noção de “controlo efetivo” *“numa relação constituída por direitos, contratos ou quaisquer outros meios, que individual ou conjuntamente, e tendo em conta as circunstâncias de facto ou de direito envolvidas, conferem a possibilidade de exercer, direta ou indiretamente, uma influência determinante sobre uma empresa”*<sup>53</sup>.

Poderá suceder que o procedimento de avaliação que é conduzido pelo Governo nos termos e para os efeitos do Decreto-Lei n.º 138/2014, corra termos em simultâneo com o procedimento de controlo das operações de concentração que é da competência exclusiva da AdC, caso esteja preenchida qualquer das condições alternativas do RJC que resulta na sujeição à obrigação de notificação prévia<sup>54</sup>. Não se exclui que tal possa permitir obter uma maior eficiência na análise dos pressupostos e na coerência de posições quanto à definição de “controlo”. De todo o modo, haverá que tomar em consideração a natureza de entidade administrativa independente da AdC e as implicações jurídicas daí decorrentes quanto à ausência de “tutela” por parte do Governo<sup>55</sup>.

De todo o modo, o decreto-lei prevê um procedimento voluntário de confirmação da não oposição a uma aquisição de controlo. Na prática, o mesmo poderá esclarecer se o projeto de transação está ou não abrangido pelo seu âmbito de aplicação – cfr. abaixo o ponto 2.3. sobre o mesmo procedimento.

Em segundo lugar, importa realçar que o Decreto-Lei n.º 138/2014 não refere expressamente se abrange apenas aquisições de controlo exclusivo ou também abrange as situações de projetada aquisição de controlo conjunto. Na medida em que se admite a aquisição por “pessoas” – cfr. abaixo em 2.3., entendemos que também abrange o controlo conjunto.

---

53 Cfr. o artigo 2.º, ponto 9. da redação atual do Regulamento (CE) n.º 1008/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de setembro de 2008.

54 Com efeito, o artigo 37.º, n.º 1 do RJC prevê três condições alternativas: a primeira assente no limiar da quota de mercado resultante da operação de concentração (50% ou superior); a segunda assente numa articulação dos limiares de quota de mercado e volume de negócios (30% de quota no mercado relevante do produto ou serviço no território nacional ou numa parte deste ou superior e inferior a 50% de quota de mercado – caso o volume de negócios realizado individualmente por, pelo menos, duas empresas participantes seja superior a 5 milhões de euros); e a terceira e última, assente num volume de negócios total superior a 100 milhões de euros, caso o volume de negócios realizado individualmente por, pelo menos, duas empresas participantes seja superior a 5 milhões de euros.

55 Cfr. o artigo 1.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de Agosto na sua redação atual (da Lei n.º 17/2022) e o artigo 45.º da Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, “Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo”, na redação atual.

Esta distinção é da maior relevância. Mais precisamente, “*Ao invés do controlo exclusivo, que confere a um acionista específico o poder de determinar as decisões estratégicas numa empresa, o controlo conjunto caracteriza-se pela possibilidade de uma situação de impasse decorrente do poder de duas ou mais empresas-mãe rejeitarem as decisões estratégicas propostas. Daí a necessidade de esses acionistas chegarem a acordo sobre a política empresarial da empresa comum e de colaborarem entre si*”<sup>56</sup>.

Com efeito, tratando-se de uma aquisição de controlo que implica necessariamente que os acionistas cheguem a acordo, antecipa-se que, mesmo que um acionista de um país terceiro tenha o objetivo de pôr em causa o interesse público que é salvaguardado pelo Decreto-Lei n.º 138/2014, bastará que outro(s) acionista(s) tenha(m) o poder de bloquear as hipotéticas decisões suscetíveis de produzir esse resultado para que o mesmo não seja atingido. Atendendo a que o Decreto-Lei n.º 138/2014 recorre à definição de controlo prevista no RJC e profusamente detalhada na prática decisória das autoridades de concorrência, deverá recorrer-se a estes elementos para a aplicação em concreto. Situação distinta é aquela da aquisição de controlo exclusivo, em que o acionista determina por si só as decisões estratégicas da empresa.

### 2.2.3. O conceito de pessoa de país terceiro

O artigo 2.º do decreto-lei define “*Pessoa de país terceiro à União Europeia e ao Espaço Económico Europeu*” como “*qualquer pessoa singular ou coletiva cujo domicílio, sede estatutária ou sede principal e efetiva da sua administração não se encontre situada num Estado-Membro da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu*”. Na prática, excluem-se as *peessoas* pertencentes a Estados-membros da UE desde que as mesmas não sejam controladas por pessoas ou empresas sedeadas em países terceiros. Caso contrário, frustra-se o objetivo da disposição em causa.

Já noutras jurisdições, como era o caso da italiana e da francesa à data de aprovação do Decreto-Lei n.º 138/2014, abrangiam investidores oriundos da União Europeia e de países terceiros, sendo que, na francesa, os investidores de países terceiros estavam sujeitos a regras mais estritas. Note-se que em nenhuma destas jurisdições houve lugar a um Plano de Assistência Económica e Financeira (PAEF) como sucedeu com Portugal e que exigiu das autoridades públicas a assunção de um conjunto de medidas estruturais cujo cumprimento constituía uma das contrapartidas à mesma assistência.

<sup>56</sup> Cfr. o parágrafo 62 da Comunicação Consolidada da Comissão.

### 2.3. Os pressupostos e requisitos de aplicação do regime de salvaguarda

Sob a epígrafe “Salvaguarda de ativos estratégicos”, o artigo 3.º elenca taxativamente os requisitos para a ponderação, pelo membro do Governo responsável pela área em que o ativo estratégico em causa esteja integrado, da apresentação ao Conselho de Ministros de uma proposta de oposição à operação. Apenas este último órgão é competente para a tomada da referida decisão. Assim, é necessário que:

- Da operação ou operações resulte, direta ou indiretamente, a *aquisição de controlo* sobre ativos estratégicos, direto ou indireto – cfr. acima as notas quanto ao conceito de *controlo*;
- A aquisição de controlo (ainda que indireto) seja feita – ainda que de modo indireto – *sobre ativos estratégicos* com o âmbito já referido, independentemente da respetiva forma jurídica;
- A aquisição seja feita *por uma pessoa ou pessoas de países terceiros* à UE e ao EEE;
- Se determine que a aquisição de controlo dos ativos estratégicos *pode pôr em causa, de forma real e suficientemente grave*, a defesa e segurança nacional ou a segurança do aprovisionamento do País em serviços fundamentais para o interesse nacional, nos termos do decreto-lei.

Remetemos para o que foi explicitado acima em 2.2.2. quanto à definição da natureza de *controlo* (conjunto ou exclusivo) e implicações jurídicas daí decorrentes e em 2.2.3. quanto ao escopo da definição de *pessoa ou pessoas de países terceiros*.

Avançando na análise do artigo 3.º, deparamo-nos com um elenco taxativo dos critérios para a apreciação da probabilidade da ameaça (*caráter real*) e da sua gravidade (*suficientemente grave à defesa e à segurança nacional ou à segurança do aprovisionamento do País em serviços fundamentais para o interesse nacional*). Recorde-se que, à data da elaboração do Decreto-Lei n.º 138/2014, nos processos respeitantes às intervenções do Estado que seriam passíveis de restringir as liberdades fundamentais as críticas da Comissão prendem-se, designadamente com a indeterminação (e indeterminabilidade) dos critérios em que assenta a ponderação pela(s) entidade(s) competentes do Estado-Membro em causa.

Ora, a intenção do legislador português foi a de encontrar um conjunto objetivo e previsível de critérios a aplicar no procedimento em concreto

– previsto no n.º 2 do artigo 3.º –, de modo a conferir previsibilidade aos potenciais destinatários, como segue:

- a) *A segurança física e a integridade dos ativos estratégicos;*
- b) *A permanente disponibilidade e operacionalidade dos ativos estratégicos, assim como a sua capacidade para o pontual cumprimento das obrigações, em particular de serviço público, que incumbam às pessoas que os controlam, nos termos da lei;*
- c) *A continuidade, regularidade e qualidade dos serviços de interesse geral prestados pelas pessoas que controlem os ativos estratégicos;*
- d) *A preservação da confidencialidade, imposta por lei ou contrato público, dos dados e informações obtidos no exercício da sua atividade pelas pessoas que controlem os ativos estratégicos e do património tecnológico necessário à gestão dos ativos estratégicos*<sup>57</sup>.

Não deixa de ser interessante recordar que o TJUE, por exemplo no acórdão GALP, admite que “[...] não se pode negar que o objetivo, invocado pela República Portuguesa, de garantir a segurança do abastecimento energético desse Estado-Membro, em caso de crise, de guerra ou de terrorismo, pode constituir uma razão de segurança pública [...] e justificar, eventualmente, um entrave à livre circulação de capitais”<sup>58</sup>. O referido acórdão respeitava ao exercício de direitos especiais do Estado na empresa em causa e, no mesmo, o TJUE acabou por concluir pela incompatibilidade da legislação nacional com o Direito da UE<sup>59</sup>.

Igualmente relevante para a compreensão do contexto do Decreto-Lei n.º 138/2014 é a circunstância de a inexistência de completa harmonização da legislação respeitante ao setor energético ter levado a que a Diretiva Eletricidade e a Diretiva Gás estabelecessem obrigações especiais no caso da

<sup>57</sup> Artigo 3.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 138/2014.

<sup>58</sup> Cfr. o parágrafo 82 do acórdão do TJUE de 10 de novembro de 2011, processo *Comissão Europeia c. República Portuguesa* C-212/09. O TJUE concluiu que “Ao manter na GALP Energia, SGPS SA, direitos especiais como os previstos no caso em apreço na Lei n.º 11/90, Lei Quadro das Privatizações, de 5 de Abril de 1990, no Decreto-Lei n.º 261-A/99, que aprova a 1.ª fase do processo de privatização do capital social da GALP – Petróleos e Gás de Portugal, SGPS SA, de 7 de Julho de 1999, e nos estatutos desta sociedade, a favor do Estado português e de outras entidades públicas, atribuídos em conexão com ações privilegiadas («golden shares») detidas por esse Estado no capital social da referida sociedade, a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 56.º CE”.

<sup>59</sup> Cfr. Rosado da Fonseca, 2021, em que o mesmo acórdão é analisado brevemente.

aquisição de controlo de uma rede de transporte ou de um operador de uma rede de transporte por uma pessoa ou pessoas de país ou países terceiros.

Neste sentido, as mesmas impunham ao regulador (setorial) o dever de informação da Comissão caso tivesse recebido um pedido de certificação (prévia à aprovação e designação como operador de transporte) por um proprietário de rede de transporte ou por um operador de rede de transporte controlado por uma pessoa ou pessoas de país ou países terceiros; ou, na ausência do pedido de certificação, a obrigação de o regulador notificar imediatamente a Comissão de quaisquer circunstâncias que pudessem resultar na referida aquisição de controlo.

Acresce que as Diretivas estabeleciam que durante a apreciação do pedido de certificação, o regulador informava a Comissão e tomava na máxima consideração o seu parecer. *“Em todo o caso, os Estados-Membros devem ter o direito de recusar a certificação sempre que a concessão da mesma ponha em risco a segurança do fornecimento energético da Comunidade ou a segurança do fornecimento energético de outro Estado-Membro”*<sup>60</sup>.

Para além do elenco taxativo dos critérios, o n.º 3 do artigo 3.º define quais as operações que são *“susceptíveis de pôr em causa a defesa e segurança nacional ou a segurança do aprovisionamento do País em serviços fundamentais para o interesse nacional”*. Mais precisamente, são aquelas operações das quais resulte, direta ou indiretamente, a aquisição de controlo, direto ou indireto, por uma pessoa ou pessoas de países terceiros à União Europeia, quando preencherem os requisitos que se passam a elencar:

- a) Existam indícios sérios, baseados em elementos objetivos, da existência de ligações entre a pessoa adquirente e países terceiros que não reconhecem ou respeitam os princípios fundamentais do Estado de direito democrático, que representam um risco para a comunidade internacional em resultado da natureza das suas alianças ou que mantêm relações com organizações criminosas ou terroristas ou com pessoas ligadas a tais organizações, tendo em conta as posições oficiais da União Europeia nestas matérias, se existentes;*

---

<sup>60</sup> Tratava-se do disposto no artigo 11.º, n.ºs 1, 3 e 7 das mesmas Diretivas, o que na prática permitia uma oposição, um veto ao exercício da atividade.

b) *A pessoa adquirente:*

i) *Tenha, no passado, utilizado a posição de controlo detida sobre outros ativos para criar dificuldades graves à regular prestação dos serviços públicos essenciais no país no qual estes se situavam ou dos países limítrofes;*

ii) *Não garanta a afetação principal dos ativos, assim como a sua reversão no termo das correspondentes concessões, quando existam, designadamente tendo em conta a inexistência de disposições contratuais adequadas para o efeito;*

c) *As operações em causa resultem na alteração do destino dos ativos estratégicos, quando ameacem a permanente disponibilidade e operacionalidade dos ativos para o pontual cumprimento das obrigações aplicáveis, em particular de serviço público, nos termos da lei.*

A *densificação* dos pressupostos e requisitos acima explanados encontra-se estreitamente relacionada, por um lado, com o objetivo de conferir maior segurança jurídica dos investidores; e, por outro, com o respeito pelo princípio da proporcionalidade – nas suas vertentes de adequação e proporcionalidade *stricto sensu* – cujo cumprimento era considerado à data condição indispensável pela Comissão e pelo TJUE para efeitos da admissibilidade das medidas nacionais restritivas à luz do TFUE. A mesma *densificação* visava também assegurar uma tutela jurisdicional mais efetiva das decisões de oposição que o Governo português viesse a adotar.

Realça-se a este propósito que, ao contrário do que sucedeu noutras jurisdições (como a italiana), o Decreto-Lei n.º 138/2014 não é acompanhado da previsão legal e exercício de direitos especiais pelo Estado Português que lhe permitissem intervir no processo decisório das sociedades que detêm os ativos, sendo também por essa razão, menos restritivo.

Por último, o n.º 4 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 138/2014 prevê expressamente que o procedimento de oposição às operações respeita as normas e obrigações que vinculam internacionalmente o Estado Português, constantes de convenções internacionais, ou de atos, acordos e decisões da Organização Mundial de Comércio. O conteúdo desta disposição mereceria uma análise mais detalhada a qual não cabe, no entanto, no objeto do presente contributo.

#### **2.4. O procedimento de oposição**

O artigo 4.º do Decreto-Lei estabelece os prazos, requisitos e intervenientes do chamado *procedimento de oposição*. Assim, visa-se avaliar o risco da celebração dos negócios jurídicos relativos a uma transação da qual resulte

a aquisição de controlo sobre ativos estratégicos para a defesa e segurança nacional ou para a segurança do aprovisionamento do País em serviços fundamentais para o interesse nacional.

Como referido *supra*, cabe ao membro do Governo responsável pela área em que o ativo estratégico em causa se integre ponderar dar início a um procedimento de avaliação, mediante decisão fundamentada. O prazo limite é de 30 dias (úteis, atendendo a que se trata de um procedimento administrativo e nada é dito em contrário<sup>61</sup>) e conta-se a partir de um dos seguintes eventos:

- (a) da celebração dos negócios jurídicos relativos a uma operação da qual resulte, direta ou indiretamente, a aquisição de controlo, direto ou indireto, por uma pessoa ou pessoas de países terceiros à União Europeia e ao Espaço Económico Europeu, sobre ativos estratégicos, independentemente da respetiva forma jurídica, ou,
- (b) da data em que tais negócios passem a ser do conhecimento geral, caso esta seja posterior.

Caso seja iniciado o procedimento de avaliação, o(s) adquirente(s) deve(m) apresentar ao membro do Governo responsável pela área em que o ativo estratégico em causa se integre as informações e documentos relevantes sobre a operação. E prevê-se que o referido membro do Governo possa fixar, por portaria, as informações e os documentos relevantes e os termos em que os mesmos são apresentados<sup>62</sup>. Até ao momento, não foi publicada a portaria em causa.

Tal como referido *supra*, a abertura do procedimento deve ser notificada de imediato aos membros do Governo responsáveis pelas áreas dos negócios estrangeiros, da defesa nacional e da segurança interna<sup>63</sup>, à semelhança do que ocorre noutras jurisdições, o que visa designadamente, otimizar a articulação entre ministérios.

Como também já referido, o membro do Governo responsável pela área em que se integre o ativo estratégico pode solicitar, a qualquer momento e de modo fundamentado, a quaisquer entidades administrativas a prestação de

---

61 Artigo 87.º do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, na sua redação atual (“Código do Procedimento Administrativo”).

62 Artigo 4.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 138/2014.

63 Artigo 4.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 138/2014.

informação ou a realização de quaisquer diligências que entenda necessárias para o exercício das suas competências<sup>64</sup>.

Note-se, a este propósito, que poderá suceder que, em paralelo com este procedimento, estejam a correr procedimentos de obtenção de licenças e autorizações prévias junto de outras entidades públicas (incluindo as entidades administrativas independentes), seja relativamente aos contratos de concessão – se existirem –, seja quanto ao cumprimento da legislação setorial e que também poderão constituir condições prévias à concretização da transação.

Assim, “*As entidades administrativas tomam as medidas necessárias para cooperar eficazmente com o membro do Governo [...], designadamente, a troca de informação necessária e a realização de verificações, inspeções e inquéritos, quando tal lhes seja fundamentadamente solicitado, assegurando a proteção dos dados pessoais, classificados ou do âmbito da defesa e segurança nacional a que tenham acesso, nos termos da lei*”<sup>65</sup>.

Ora, a articulação entre entidades administrativas no que respeita à realização de diligências, obtenção de informações e reporte, em particular tendo em consideração as entidades administrativas independentes<sup>66</sup> necessita de uma maior clarificação e, atente a sua relevância, mereceria uma análise mais detalhada<sup>67</sup>, a qual extravasa o âmbito do presente contributo.

Uma vez feita a entrega completa das informações e documentos relevantes pela pessoa ou pessoas adquirentes após a abertura do procedimento de avaliação, o Conselho de Ministros dispõe de 60 dias para, sob proposta do membro do Governo competente, decidir opor-se ou não à operação. A ausência de decisão no prazo referido vale como decisão de não oposição<sup>68</sup>, à semelhança do que sucede noutras jurisdições.

A decisão de oposição do Conselho de Ministros tem como consequência que “*os atos e negócios jurídicos relativos à operação em causa são nulos e ineficazes,*

64 Artigo 6.º, n.ºs 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 138/2014.

65 Artigo 6.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 138/2014.

66 Cfr. em particular o artigo 12.º, n.º 2 e o artigo 45.º da Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto, “Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo”.

67 Cfr., designadamente, os artigos 4.º (“Princípio da prossecução do interesse público e da proteção dos direitos e interesses dos cidadãos”), 5.º (“Princípio da boa administração”) e 66.º (“Auxílio administrativo”).

68 Artigo 4.º, n.º 5 do Decreto-Lei n.º 138/2014.

*incluindo os respeitantes à exploração económica ou ao exercício de direitos sobre os ativos ou sobre as entidades que os controlam*<sup>69</sup>.

A lei exige a fundamentação da decisão de oposição em conformidade com os critérios já enunciados e no respeito pelas regras e princípios legais aplicáveis, em particular o princípio da proporcionalidade<sup>70</sup>. E a decisão é passível de recurso judicial, nos termos do Código de Processo nos Tribunais Administrativos<sup>71</sup>.

Ao contrário do que já sucedia noutras jurisdições à data de aprovação do Decreto-Lei n.º 138/2014 – como eram a italiana e a francesa<sup>72</sup> –, este diploma não prevê a adoção de decisões de não oposição mediante a aceitação pelo(s) adquirente(s) de controlo de condições e obrigações (“remédios”). Esta possibilidade também existe nos procedimentos de controlo das operações de concentração.

Se essa possibilidade existisse, em determinadas situações poderia conduzir a um resultado menos gravoso para as entidades envolvidas na aquisição projetada, na medida em que pudesse constituir uma alternativa oposição ao investimento a realizar em Portugal.

Mais precisamente, nas situações de controlo conjunto em que o Governo decidisse opor-se à aquisição por considerar que é a única forma de assegurar a proteção do interesse público em causa – por contraposição à não oposição –, poderia haver uma interação com os adquirentes no sentido de serem identificadas e impostas as condições e obrigações consideradas adequadas a eliminar o risco que subjaz à tomada de decisão de oposição, sem inviabilizar a transação projetada. Reconhece-se, contudo, a dificuldade em ponderar e elaborar um conjunto de condições e obrigações num espaço de tempo tão estrito. Ainda assim, tal poderia ser resolvido caso a lei previsse a possibilidade de suspensão do prazo para essa apreciação, inspirando-se o legislador no procedimento de controlo das concentrações<sup>73</sup>.

De todo o modo é de realçar que, em 2021, o Documento de Trabalho dos serviços da Comissão (“Documento de Trabalho”) refere expressamente que as autoridades portuguesas admitiram a possibilidade de introdução da

---

69 Cfr. o artigo 4.º, n.º 7 do Decreto-Lei n.º 138/2014.

70 Artigo 4.º, n.º 5 do Decreto-Lei n.º 138/2014.

71 Artigo 4.º, n.º 8 do Decreto-Lei n.º 138/2014.

72 Cfr. acima as notas 34 e 35.

73 Cfr. o artigo 51.º do RJC.

competência para imporem medidas de mitigação nos procedimentos de escrutínio dos IDEs<sup>74</sup>.

## **2.5. O requerimento de confirmação e procedimento**

O Decreto-Lei prevê que a confirmação de não oposição à aquisição perspectivada se considera concedida pelo Governo se, no prazo de 30 dias a contar da receção do requerimento, não for notificado aos adquirentes o início do procedimento de avaliação do risco da aquisição do(s) ativo(s) em causa para a segurança pública<sup>75</sup>.

No contexto específico do procedimento de controlo das concentrações, o artigo 37.º, n.º 5 do RJC também prevê um procedimento de avaliação prévia que poderá ter servido de inspiração ao legislador, não obstante as várias diferenças existentes entre ambos<sup>76</sup>.

Simplesmente, a ausência de informação pública sobre o procedimento voluntário não constitui um incentivo à sua utilização por potenciais investidores de estados terceiros.

No plano interno não se conhecem quaisquer decisões de oposição nos sete anos de vigência do diploma e foram muito poucas as transações cujas entidades envolvidas tornaram pública uma hipotética aplicação do diploma às mesmas como condição precedente para a sua concretização.

## **3. RELEVÂNCIA DA EVOLUÇÃO HAVIDA NOS CONTEXTOS NACIONAL E INTERNACIONAL**

### **3.1. Evolução no contexto nacional**

O Decreto-Lei n.º 138/2014 foi concebido pelo legislador como um diploma de aplicação excecional e carater residual. A apreensão das diferentes perspetivas de proteção de interesses do Estado Português como “essenciais”, “cruciais” e/ou “críticos” aconselharia a uma análise de vários diplomas em matérias relacionadas. Não sendo possível realizar esse exercício mais aprofundado neste contributo, importa ainda assim recordar a relevância que têm

---

74 Cfr. o Relatório da Comissão mencionado acima em 6.

75 Artigo 5.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 138/2014.

76 Para maior detalhe sobre o “procedimento de avaliação prévia”, cfr. as “Linhas de Orientação relativas à avaliação prévia em controlo de concentrações”, de 27 de dezembro de 2012, da Autoridade da Concorrência.

os enquadramentos jurídicos respeitantes (A) aos “serviços públicos essenciais” e (B) aos procedimentos para assegurar a resiliência das infraestruturas críticas nacionais e europeias. Assim:

A Lei n.º 23/1996, de 26 de julho (“Lei dos Serviços Públicos”)<sup>77</sup> elenca quais os “serviços públicos essenciais”, a saber: “a) Serviço de fornecimento de água; b) Serviço de fornecimento de energia eléctrica; c) Serviço de fornecimento de gás natural e gases de petróleo liquefeitos canalizados; d) Serviço de comunicações electrónicas; e) Serviços postais; f) Serviço de recolha e tratamento de águas residuais; g) Serviços de gestão de resíduos sólidos urbanos. h) Serviço de transporte de passageiros”.

Já aquele respeitante aos procedimentos para identificação, designação, proteção e aumento da resiliência das infraestruturas críticas nacionais e europeias foi recentemente atualizado com a aprovação do Decreto-Lei n.º 20/2022, de 28 de janeiro (“Decreto-Lei n.º 20/2022”)<sup>78</sup>.

Afiguram-se-nos deveras interessantes os considerandos do Decreto-Lei n.º 20/2022 na medida em que reconhecem “o caráter holístico da proteção de infraestruturas críticas” e a utilidade em alinhar “o teor do presente decreto-lei com o disposto noutros normativos de caráter transversal”<sup>79</sup>; também importante é a constatação de que a aprovação do mesmo visa “agilizar a aplicação do regime jurídico, alinhando o seu conteúdo com as práticas que vêm sendo adotadas por outros Estados-Membros da União Europeia. Deste modo, procura-se clarificar o âmbito de aplicação do referido enquadramento legal, enfatizando a sua natureza transectorial e conferindo às entidades representativas de cada setor um papel mais ativo no processo de identificação das respetivas infraestruturas críticas nacionais.”

Também as definições constantes do artigo 2.º merecem atenção, em particular as seguintes:

- uma «Infraestrutura crítica» corresponde a “componente, sistema ou parte deste que é essencial para a manutenção de funções vitais para a sociedade, a saúde, a segurança e o bem-estar económico ou social, e cuja perturbação do

<sup>77</sup> Cfr a nota 25 acima.

<sup>78</sup> Cfr a nota 26 acima.

<sup>79</sup> O elenco exemplificativo inclui “a Lei de Segurança Interna, a Estratégia Nacional de Combate ao Terrorismo, a Estratégia Nacional de Segurança no Ciberespaço, o Regime Jurídico da Segurança do Ciberespaço, o Conceito Estratégico de Defesa Nacional e o Sistema Nacional de Planeamento Civil de Emergência, assim como em diversa legislação setorial específica.”

*funcionamento ou destruição teria um impacto significativo, dada a impossibilidade de continuar a assegurar essas funções”;*

- a qualificação como «Infraestrutura crítica europeia» ou “Infraestrutura crítica nacional” depende da dimensão dos efeitos da perturbação do seu funcionamento ou da sua destruição. Assim, cabe na primeira definição quando qualquer dos dois fenómenos tivesse “*um impacto significativo em, pelo menos, mais um Estado-Membro da União Europeia*” ou, pelo contrário tivesse “*um impacto significativo à escala nacional*”.

O Decreto-lei aplica-se às Infraestruturas críticas<sup>80</sup>:

- i. nacionais dos setores constantes do seu anexo e do qual faz parte integrante – o elenco dos Setores abrangidos inclui Energia, Transportes, Comunicações, Infraestruturas digitais e prestadores de serviços digitais, Abastecimento público de água e tratamento de resíduos, Alimentação, Saúde, Indústria, Serviços financeiros, Órgãos de Soberania e Governação, Segurança e Defesa<sup>81</sup>.
- ii. europeias dos setores da energia e dos transportes, nos termos do anexo referido na alínea anterior.

O Conselho Nacional de Planeamento Civil de Emergência (CNPCE) é a entidade competente para identificar e designar “Infraestruturas crítica nacionais”, bem como para aprovar propostas de critérios de identificação pelas entidades setoriais, podendo ouvir outras entidades que considere relevantes<sup>82</sup>.

Incumbe ao Secretário-Geral do Sistema de Segurança Interna criar e manter atualizada uma Plataforma de Registo de Informação de Infraestruturas Críticas (“Plataforma”), acreditada pela Autoridade Nacional de Segurança. Esta Plataforma “*compreende*:

- i. *A catalogação das infraestruturas críticas nacionais ou europeias localizadas em território nacional, incluindo a sua georreferenciação;*

<sup>80</sup> Artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 20/2022.

<sup>81</sup> O anexo concretiza as als. a) e b) do artigo 3.º e o n.º 1 do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 20/2022. Apenas uma parte dos setores elencados tem subsectores identificados, mas o diploma estabelece uma correspondência com as respetivas entidades setoriais, várias das quais pertencentes à Administração Central.

<sup>82</sup> Artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 20/2022.

ii. *Os contactos dos agentes de ligação de segurança e dos elementos de contacto da infraestrutura, relativos a cada infraestrutura crítica, nacional ou europeia*<sup>83</sup>.

As informações sensíveis relacionadas com a designação, a proteção e o aumento da resiliência das infraestruturas críticas são objeto de classificação de segurança, nos termos da legislação sobre informação classificada. asseguram o cumprimento dos normativos aplicáveis à proteção e ao manuseamento da informação classificada e que as informações classificadas referidas no n.º 1 não são utilizadas para fins distintos da proteção das infraestruturas críticas<sup>84</sup>.

## 3.2. Evolução no contexto da UE

### 3.2.1. Notas de enquadramento

Nos últimos anos assistiu-se a uma evolução das prioridades da União Europeia em função de um conjunto de circunstâncias económicas e geopolíticas no mundo, entre as quais o reforço de medidas protecionistas por parte de outros blocos económicos, as consequências da pandemia de COVID 19 e crise económica associada, a invasão da Ucrânia pela Rússia e reconhecimento da ameaça para a Europa (nomeadamente no que respeita à dependência energética e segurança), bem como a urgência em lidar com as alterações climáticas.

As três Presidências do Conselho para o período entre janeiro de 2022 e julho de 2023 – França, República Checa e Suécia (atualmente a assegurar a Presidência) estabeleceram um conjunto de prioridades<sup>85</sup> entre as quais se inclui “*Reforçar o mercado único e desenvolver uma política industrial assertiva, global e coordenada para fomentar o crescimento e a inovação*”, bem como “*assumir maior responsabilidade pela sua defesa*” e segurança e também “*reduzir défices de capacidades críticas e dependências estratégicas, em especial no que diz respeito às tecnologias emergentes e disruptivas e às cadeias de valor críticas*”. Em consequência, têm vindo a ser adotados um conjunto de atos legislativos que visam antecipar e ultrapassar os desafios identificados.

83 Artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 20/2022.

84 Artigo 5.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 20/2022.

85 Documento disponível em <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14441-2021-INIT/pt/pdf>.

A análise dos IDEs na UE constitui um dos três mecanismos complementares que visam assegurar a concorrência efetiva no mercado interno (da UE) relativamente a subvenções estrangeiras por parte de *peças* de países terceiros. Assim, para além da análise dos IDEs na UE e do controlo das operações de concentração entre empresas – com cerca de três décadas<sup>86</sup> –, a Comissão já dispõe de competência para “*investigar as contribuições financeiras concedidas por países terceiros a empresas que exercem uma atividade económica na UE e de corrigir, se necessário, os seus efeitos de distorção*”, ao abrigo do novo Regulamento sobre as subvenções estrangeiras (“RSE”)<sup>87</sup>.

Este novo regulamento respeita a subvenções a todas as “*empresas, incluindo as empresas públicas direta ou indiretamente controladas pelo Estado, que exercem uma atividade económica no mercado interno*”. Entre outras, considera-se que exerce uma atividade económica no mercado interno “*uma empresa que adquira o controlo de uma empresa estabelecida na União ou que com ela se funda ou uma empresa que participe num procedimento de contratação pública na União*”<sup>88</sup>. O RSE abrange “*todos os sectores económicos, incluindo os de interesse estratégico para a União, e as infraestruturas críticas*”<sup>89</sup>.

Para efeitos do RSE, as “*contribuições financeiras concedidas por um país terceiro incluem as contribuições financeiras concedidas: (a) Pelo governo central e pelas autoridades públicas a todos os outros níveis; (b) Por uma entidade pública estrangeira cujos atos possam ser atribuídos ao país terceiro, tendo em conta elementos como as características da entidade e o enquadramento legal e económico prevalecente no Estado em que a entidade opera, incluindo o papel do governo na economia; ou (c) Por uma entidade privada cujos atos possam ser atribuídos ao país terceiro, tendo em conta todas as circunstâncias relevantes*”.

Prevêm-se três instrumentos, a saber: (i) A obrigação de as empresas notificarem à Comissão as concentrações que envolvam uma contribuição financeira do governo de um país terceiro a partir de um montante

86 Iniciado com o Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas, revogado pelo Regulamento das concentrações comunitárias.

87 Regulamento (UE) 2022/2560 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de dezembro de 2022 relativo a subvenções estrangeiras que distorcem o mercado interno (“RSE”). Entrou em vigor em 12 de janeiro de 2023 e começará a ser aplicado a partir de 12 de julho, data em que a Comissão poderá dar início a investigações *ex officio*. A obrigação de notificação será aplicável em 12 de outubro de 2023. Cfr. a nota de imprensa sobre a entrada em vigor em 12 de janeiro de 2023 disponível em: [https://ec.europa.eu/commission/press-corner/detail/pt/ip\\_23\\_129](https://ec.europa.eu/commission/press-corner/detail/pt/ip_23_129) [acedido em 23.01.2023].

88 Artigo 1.º do RSE.

89 Considerando 3 do RSE.

estabelecido<sup>90</sup>; (ii) A obrigação de as empresas notificarem à Comissão a participação em procedimentos de contratação pública<sup>91</sup>; e (iii) Para todas as outras situações de mercado, a Comissão pode dar início a investigações por sua própria iniciativa (*ex officio*) se suspeitar que podem estar envolvidas subvenções estrangeiras que distorcem a concorrência. Tal inclui a possibilidade de solicitar notificações *ad hoc* para procedimentos de contratação pública e concentrações de menor dimensão<sup>92</sup>.

A Comissão tem competência para proibir uma concentração ou a adjudicação de um contrato antes da sua realização se concluir pela distorção da concorrência nos termos previstos no RSE e a menos que a empresa investigada proponha compromissos que corrijam de forma plena e eficaz a distorção identificada<sup>93</sup>. Nos casos em que a concentração já tenha sido realizada, em especial quando não tiver sido exigida notificação prévia por os limites de notificação não terem sido atingidos, se a Comissão considerar que a distorção é tão substancial que não pode ser corrigida por medidas comportamentais ou estruturais ou pelo reembolso da subvenção. Nesses casos, a Comissão pode ordenar às empresas que dissolvam a concentração<sup>94</sup>. O incumprimento das disposições do Regulamento confere à Comissão o poder de aplicar coimas e sanções pecuniárias periódicas<sup>95</sup>.

A atribuição de competências à Comissão por contraposição aquelas mantidas pelos Estados-Membros leva-nos a distinguir entre: por um lado, no Regulamento das concentrações comunitárias e o RSE – muito inspirado no primeiro; e, por outro lado, no Regulamento de análise dos IDEs. Passamos agora a enunciar vários dos principais aspetos deste último Regulamento abaixo em 3.2.2., atendendo à necessária articulação do Decreto-Lei n.º 138/2014 com o mesmo, a par das obrigações do Estado português enquanto Estado-Membro da UE para assegurar uma eficaz implementação do mesmo naquilo que dele depende (como é o caso da partilha de informação sobre a análise de IDEs e a indicação do ponto de contacto, por exemplo).

---

90 Artigo 21.º do RSE.

91 Artigo 28.º do RSE.

92 Artigo 9.º do RSE.

93 Artigos 25.º e 31.º, n.º 2 do RSE.

94 Artigo 7.º, n.º 4, al. g), artigo 25.º, n.º 6 e artigo 31.º, n.º 2 do RSE.

95 Artigos 13.º, 17.º, 26.º, 33.º.

### 3.2.2 O Regulamento UE de análise dos IDEs

No nosso contributo de 2022 sistematizámos um conjunto de notas sobre a recente abordagem da União Europeia quanto à análise dos IDEs (cfr. o ponto 1.1.) e que não vamos repetir. De todo o modo, atendendo a que reflete a viragem na abordagem tradicional da UE quanto ao IDE, releva enunciar as principais novidades introduzidas pelo Regulamento de análise dos IDEs, a saber:

- estabelece determinados requisitos fundamentais para os Estados-Membros que mantêm ou adotam um mecanismo de análise de IDEs a nível nacional por razões de segurança ou de ordem pública. Tal é sem prejuízo de não impor aos Estados-Membros a adoção ou reforço dos mecanismos nacionais existentes nem substituir os mecanismos de análise nacionais existentes. Em particular, os Estados-Membros mantêm a decisão final de autorizar os investimentos no seu território e as respetivas condições<sup>96</sup>;
- em cumprimento do Regulamento, os Estados-Membros notificaram a Comissão dos mecanismos nacionais existentes em 2019. A lista da Comissão é pública e será atualizada à medida que a Comissão receba informação sobre as modificações, que também devem ser reportadas pelos Estados-Membros<sup>97</sup>. Acresce que lhes cabe também informar anualmente a Comissão dos IDEs realizados no seu território, bem como dos pedidos efetuados por outros Estados-Membros – informação agregada<sup>98</sup>;
- instaura um mecanismo de cooperação para que os Estados-Membros entre eles e a Comissão troquem informações e, se necessário, manifestem eventuais preocupações relacionadas com investimentos específicos, permitindo a avaliação coletiva das potenciais ameaças transfronteiriças à segurança e à ordem pública decorrentes de IDEs, independentemente de um Estado-Membro dispor de um mecanismo de análise ou não;
- estabelece prazos para a cooperação entre a Comissão e os Estados-Membros e entre os Estados-Membros, respeitando os requisitos de não discriminação entre países terceiros e cumprindo deveres de confidencialidade rigorosos;

---

96 Artigo 1.º, n.º 2 do Regulamento de análise dos IDEs.

97 Artigo 4.º, n.ºs 7 e 8 do Regulamento de análise de IDEs.

98 Artigo 5.º do Regulamento de análise de IDEs.

- habilita a Comissão a pronunciar-se sempre que um investimento ameaçar a segurança ou a ordem pública de mais do que um Estado-Membro; ou, quando um investimento for “susceptível de afetar projeto ou programas de interesse” da UE<sup>99</sup>, como é o caso do Horizonte 2020 ou do Galileo – o elenco taxativo encontra-se em anexo ao Regulamento;
- incentiva a cooperação internacional em matéria de análise dos investimentos, incluindo a partilha de experiências, boas práticas e informações sobre questões de interesse comum.

Acresce que os serviços da Comissão publicaram um texto das Perguntas Frequentes (“FAQs”) sobre o Regulamento de análise dos IDEs<sup>100</sup> e, posteriormente, uma minuta de Pedido de Informação ao Investidor para efeitos da notificação do investimento no contexto do mecanismo de cooperação entre Estados-Membros<sup>101</sup> que auxiliam à interpretação do Regulamento. Também estão publicamente disponíveis dois relatórios anuais sobre a aplicação do Regulamento, enviados pela Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho<sup>102</sup> e mencionados acima no ponto 1. Realça-se que, em 2019, apenas 11 Estados-Membros tinham mecanismos de análise dos IDEs e, neste momento, dos 26 Estados-membros, poucos são aqueles que não o têm, além de vários já terem reforçado os mecanismos nacionais no sentido da sua “completez”.

---

99 Nos termos do artigo 8.º, n.º 3, trata-se dos projetos e programas que envolvem “*um montante substancial ou uma parte significativa de financiamento da União, ou que estejam abrangidos pela legislação da União em matéria de infraestruturas críticas, tecnologias críticas ou fatores de produção críticos que sejam essenciais para a segurança ou a ordem pública*”.

100 O texto das Perguntas Frequentes (“*Frequently Asked Questions*” ou “FAQs”) contém a seguinte salvaguarda: “*fornece informação na perspetiva dos serviços da Comissão. Apenas o Tribunal de Justiça [da UE] tem competência para fazer uma interpretação da legislação da UE*”. Está disponível em: [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc\\_157945.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc_157945.pdf) [acedido em 23.01.2023].

101 Formulário preparado pelos Serviços da Comissão, por iniciativa da DG TRADE, na sequência dos comentários apresentados no Grupo de Peritos de Análise dos IDEs e da experiência de seis meses de aplicação do RSE, com o objetivo de agilizar as interações entre os Estados-Membros e a Comissão no contexto do mecanismo de cooperação. O documento apenas está disponível em língua inglesa e encontra-se aqui: <https://circabc.europa.eu/ui/group/be8b568f-73f3-409c-b4a4-30acfcec5283/library/aac8130b-3b40-4bd-1-99b5-147447189f23/details> [acedido em 23.01.2023].

102 Estes documentos incluem dados quantitativos e tendências quanto ao IDE na UE, informação sobre desenvolvimentos legislativos nos Estados-Membros, a atividade de análise de IDEs pelos Estados-Membros e uma avaliação do funcionamento do mecanismo de cooperação quanto à análise dos IDEs respeitante a 2021. O próximo relatório deverá ser enviado ao Parlamento Europeu e ao Conselho até final de março de 2023. Estes relatórios são acompanhados de documentos de trabalho dos serviços da Comissão que contêm mais dados económicos e aprofundam as alterações legislativas introduzidas pelos Estados-Membros.

Em 2017 e no seguimento da apresentação ao Parlamento Europeu e ao Conselho da proposta de Regulamento de análise dos IDEs<sup>103</sup>, a Comissão criou um Grupo de Peritos dos Estados Membros (“Grupo”). Os objetivos deste Grupo incluíam debater as questões relacionadas com a mesma análise, partilhar melhores práticas e ensinamentos e trocar pontos de vista sobre tendências e questões de interesse comum relativas aos IDEs<sup>104</sup>. Uma vez aprovado, o Regulamento de análise dos IDEs estabeleceu a continuação do Grupo e confirmou a atualidade dos objetivos fixados inicialmente, sem prejuízo de acrescentar que a *“Comissão deve também considerar recorrer ao aconselhamento desse grupo no que respeita a questões sistémicas relacionadas com a execução do presente regulamento”*<sup>105</sup>. Incumbe aos Estados-Membros nomearem um representante, cuja identidade não é pública. Os trabalhos no seio desse grupo são confidenciais, incluindo para os peritos e observadores que participarem nas suas reuniões nos termos do procedimento interno<sup>106</sup>.

O Regulamento também prevê que, até 12 de outubro de 2023, a Comissão avalie o seu funcionamento e a eficácia num relatório a apresentar ao Parlamento Europeu e ao Conselho. Caso o relatório recomende alterações ao Regulamento, *“pode ser acompanhado de uma proposta legislativa adequada”*, o que parece provável a nosso ver e assentando nas avaliações já feitas pela Comissão. Tal implica que os Estados-Membros sejam previamente envolvidos nesse exercício e, se necessário, que facultem à Comissão as informações adicionais destinadas à elaboração do referido relatório<sup>107</sup>.

---

103 Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece um quadro para a análise dos investimentos diretos estrangeiros na União Europeia [SWD(2017) 297 final], com data de 13.9.2017 e referência COM(2017) 487 final, 2017/0224 (COD).

104 Comunicação da Comissão de 29.11.2017, que cria um Grupo de Peritos sobre a análise dos investimentos diretos estrangeiros. A sua criação foi publicada no Registo dos grupos de peritos em 5 de dezembro de 2017 e é a DG TRADE que lidera. A escassa informação que está disponível pode ser acedida aqui: <https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/screen/expert-groups/consult?lang=en&groupId=3569&fromMembers=true&memberType=4&memberId=67863>.

105 Artigo 12.º do Regulamento de análise dos IDEs. De acordo com a exígua informação pública sobre o grupo, a proposta de alteração da Lista dos projetos ou programas do interesse da União constante do anexo ao Regulamento de análise dos IDEs foi submetida a consulta ao Grupo de peritos em 2021. Informação disponível em: <https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/screen/meetings/consult?lang=en&meetingId=28174&fromExpertGroups=true>

106 O Grupo aprovou as regras procedimentais que regem o seu funcionamento, as quais estão acessíveis em: <https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/core/api/front/expertGroupAdditionalInfo/37012/download>.

107 Nos termos do artigo 15.º (“Avaliação”) do Regulamento de análise dos IDEs.

Perspetivando-se a probabilidade de futuras alterações ao Decreto-Lei n.º 138/2014 e/ou adoção de outros atos necessários ao cumprimento das obrigações do Estado Português enquanto Estado-Membro da UE –, são várias as disposições do Regulamento que se revestem de interesse acrescido no momento atual, pelo que as passamos a enunciar abaixo.

Quanto às definições constantes do Regulamento:

- A definição de *Investimento direto estrangeiro* respeita a “*um investimento de qualquer natureza por um investidor estrangeiro a fim de criar ou manter relações duradouras e diretas entre o investidor estrangeiro e o empresário ou a empresa à qual o capital é disponibilizado com vista ao exercício de uma atividade económica num Estado-Membro, incluindo os investimentos que permitam uma participação efetiva na gestão ou no controlo de uma empresa que exerça uma atividade económica*”<sup>108</sup>. Tal implica que a participação num procedimento de contratação pública e/ou num processo de privatização possam estar incluídos caso resultem numa aquisição ou manutenção de relações com a natureza das mencionadas acima<sup>109</sup>;
- É mais abrangente a definição de *Análise* e consiste num “*procedimento que permite avaliar, investigar, autorizar, condicionar, proibir ou anular investimentos diretos estrangeiros*”<sup>110</sup> – parece admitir as decisões de aprovação com “remédios”, realidade desconhecida em Portugal;
- Adota-se uma abordagem global do que é o *Mecanismo de análise*. Trata-se de “*um instrumento de aplicação geral, como uma lei ou regulamentação, e os requisitos administrativos, regras ou orientações de execução conexos, que estabelece os termos, condições e procedimentos para avaliar, investigar, autorizar, condicionar, proibir ou anular investimentos diretos estrangeiros por razões de segurança ou de ordem pública*”;
- É clara a intenção de incluir na definição de *Empresa de um país terceiro* não apenas uma empresa constituída como também “*organizada de outra*

108 Artigo 2.º, n.º 1 do Regulamento de análise dos IDEs. Para maior clarificação quanto à distinção entre “investimentos de carteira”, não abrangidos pelo Regulamento (como mencionado no Considerando 9) e os IDEs, cfr. a resposta à FAQ n.º 10.

109 Para maior detalhe, cfr. a resposta à FAQ n.º 17. Os serviços da Comissão recordam que a aplicação do Regulamento de análise de IDEs deverá ser feita segundo uma análise casuística. Caso seja aplicável num procedimento de contratação pública, o aviso do concurso e/ou documentação respeitante ao mesmo deverá mencionar que a adjudicação do contrato cai no âmbito de aplicação do Regulamento.

110 Artigo 2.º, n.º 3 do Regulamento de análise dos IDEs.

*forma nos termos da legislação de um país terceiro*<sup>111</sup>, de forma a evitar a evasão à lei<sup>112</sup>;

Realça-se que o Regulamento não define o que constitui uma “*infraestrutura crítica*”, uma “*tecnologia crítica*” ou o “*aprovisionamento de um fator de produção crítico*”. Encontramos uma análise que parte dos fatores de risco para a segurança e ordem pública, o que permite abranger qualquer setor.

Assim, as *infraestruturas críticas* incluem a energia, os transportes, a água, a saúde, as comunicações, os meios de comunicação, o tratamento/armazenamento de dados, a infraestrutura aeroespacial, de defesa, eleitoral/financeira. As *tecnologias críticas* incluem a inteligência artificial, a robótica, os semicondutores, a cibersegurança, a indústria aeroespacial, a defesa, o armazenamento de energia, as tecnologias quântica e nuclear, bem como as nano e biotecnologias. O *aprovisionamento de fatores de produção críticos* inclui a energia, as matérias-primas e a alimentação. A liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação também são explicitamente abrangidos pelo regulamento. O acesso a informações sensíveis, incluindo os dados pessoais, ou a capacidade para controlar essas informações, e a liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação também podem ser tidos em conta, independentemente do setor de atividade do investidor ou da empresa-alvo<sup>113</sup>.

Mantendo a neutralidade e não impondo a criação de mecanismos nacionais, o Regulamento estabelece o conteúdo, características essenciais e objetivos que devem presidir aos mecanismos de análise nacionais preexistentes ou que os Estados-Membros decidam criar<sup>114</sup>. Na sua redação vemos refletidas várias das preocupações que a Comissão considerou indispensáveis à compatibilidade com o Direito da UE à data da aprovação do Decreto-Lei n.º 138/2014. São exemplos a transparência e ausência de discriminação da

111 Artigo 2.º, n.º 7 do Regulamento de análise dos IDEs.

112 Note-se que esta salvaguarda da antievasão não se encontra especificada no Regulamento. Não obstante, o Considerando 10 menciona que “*Os Estados-Membros que dispõem de mecanismos de análise deverão estabelecer as medidas necessárias, em conformidade com o direito da União, para impedir que sejam contornados os seus mecanismos de análise e as suas decisões de análise. Essas medidas deverão visar os investimentos realizados a partir da União por meio de operações artificiais que não reflitam a realidade económica e que contornem os mecanismos de análise e as decisões de análise, caso o investidor seja, em última instância, detido ou controlado por uma pessoa singular ou por uma empresa de um país terceiro. Tal não prejudica a liberdade de estabelecimento e a livre circulação de capitais consagradas no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.*”

113 Cfr. a resposta à questão n.º 16 das FAQs.

114 Artigo 3.º do Regulamento de análise dos IDEs.

análise dos IDEs, a previsibilidade das circunstâncias que a desencadeiam, as suas razões e as modalidades processuais aplicáveis. Mas a redação do Regulamento vai mais longe e estabelece por exemplo que os Estados-Membros que disponham de um mecanismo de análise “*devem manter, alterar ou adotar as medidas necessárias para identificar e impedir que sejam contornados os mecanismos de análise e as decisões de análise*”<sup>115</sup>.

O Regulamento estabelece um âmbito significativamente mais amplo para a determinação da “*suscetibilidade de um IDE de afetar a segurança ou a ordem pública*” do que o artigo 3.º n.º 3 do Decreto-Lei n.º 138/2014, para além de prever apenas um elenco exemplificativo de fatores. Assim, o Regulamento prevê que “*os Estados-Membros e a Comissão podem considerar os seus efeitos potenciais sobre, nomeadamente:*

- a) *As infraestruturas críticas, sejam elas físicas ou virtuais, incluindo a energia, os transportes, a água, a saúde, as comunicações, os media, o tratamento ou armazenamento de dados, a infraestrutura aeroespacial, de defesa, eleitoral ou financeira e as instalações sensíveis, bem como os prédios rústicos e urbanos essenciais para a utilização de tais infraestruturas;*
- b) *As tecnologias críticas e os produtos de dupla utilização*<sup>116</sup>, *incluindo a inteligência artificial, a robótica, os semicondutores, a cibersegurança, a indústria aeroespacial, a defesa, o armazenamento de energia, as tecnologias quântica e nuclear, bem como as nano e biotecnologias;*
- c) *O aprovisionamento de fatores de produção críticos, incluindo a energia ou as matérias-primas, bem como a segurança alimentar;*
- d) *O acesso a informações sensíveis, incluindo dados pessoais, ou a capacidade de controlar essas informações; ou*
- e) *A liberdade e o pluralismo dos media”.*

Acresce que a referida “*suscetibilidade de um IDE de afetar a segurança ou a ordem pública*” também pode ser aferida pelos Estados-Membros e pela Comissão “*tendo em conta, em especial:*

115 Artigo 3.º, n.º 6 do Regulamento de análise dos IDEs.

116 O artigo 2.º, n.º 1 do Regulamento (CE) n.º 428/2009 do Conselho de 5 de maio de 2009, que cria um regime comunitário de controlo das exportações, transferências, corretagem e trânsito de produtos de dupla utilização na sua redação atual estabelece a definição de “produtos de dupla utilização”.

- a) *Se o investidor estrangeiro é controlado direta ou indiretamente pelo governo, incluindo os organismos estatais ou as forças armadas, de um país terceiro, nomeadamente através da estrutura de propriedade ou de um financiamento importante;*
- b) *Se o investidor estrangeiro já esteve envolvido em atividades que afetassem a segurança ou a ordem pública num Estado-Membro; ou*
- c) *Se existe um risco grave de o investidor estrangeiro se envolver em atividades ilegais ou criminosas.”*

Acresce que o Regulamento prevê expressamente quais as informações que devem ser partilhadas entre Estados-Membros e a Comissão ao abrigo do mecanismo de cooperação respeitante à análise de um IDE que seja suscetível de afetar a ordem ou segurança pública de mais de um Estado-Membro (“mecanismo de cooperação”)<sup>117</sup>. E as mesmas podem ser solicitadas ao investidor pelo Estado-Membro no qual o IDE é realizado<sup>118</sup>, o que é muito relevante para os investidores anteciparem a informação que devem recolher caso haja risco de os seus investimentos estarem abrangidos pelo Regulamento e/ou por mecanismos nacionais. Por exemplo em Portugal não existe um formulário publicamente disponível para os investidores considerarem quando analisam a hipotética aplicação do Decreto-Lei n.º 138/2014.

O mecanismo de cooperação não é o mesmo consoante um IDE esteja ou não a ser analisado num Estado-Membro e os detalhes estão previstos no Regulamento<sup>119</sup>. De todo o modo, o Estado-Membro em cujo território é realizado o IDE é que tem competência para decidir sobre o IDE, devendo tomar “*devidamente em consideração as observações dos outros Estados-Membros*” e “*o parecer da Comissão*”, quando existentes<sup>120</sup>.

Nas situações em que estejam em causa os IDEs “suscetíveis de afetar projetos ou programas do interesse da UE”<sup>121</sup>, “*o Estado-Membro no qual está previsto ou tenha sido realizado o investimento direto estrangeiro tem na máxima conta o parecer da Comissão e fornece uma explicação à Comissão se não seguir o*

117 Artigo 9.º do Regulamento de análise dos IDEs.

118 Artigo 9.º, n.º 4 do Regulamento de análise dos IDEs.

119 Cfr. os artigos 6.º e 7.º do Regulamento de análise dos IDEs.

120 Cfr. os artigos 6.º, n.º 9 e 7.º, n.º 7 do Regulamento de análise dos IDEs.

121 Cfr. a nota 99. A Comissão mantém esta lista atualizada por meio de regulamentos delegados, sendo que o texto inicial do anexo já foi alterado.

*parecer dessa instituição*<sup>122</sup>. Aplica-se com adaptações o disposto no Regulamento quanto aos dois mecanismos de cooperação.

A preocupação do legislador da UE com a segurança jurídica na perspetiva dos investidores levou a estabelecer um período limitado a 15 meses após a realização do investimento direto estrangeiro para os Estados-Membros terem a possibilidade de apresentar observações e a Comissão deverá ter a possibilidade de emitir um parecer em relação a investimentos realizados que não estejam a ser analisados.

A cooperação deve realizar-se através de pontos de contacto estabelecidos entre a Comissão e os Estados-Membros e estes últimos devem ser envolvidos em todas as questões relacionadas com a execução do Regulamento<sup>123</sup>.

A confidencialidade das informações transmitidas implica, desde logo, que a Comissão deve estabelecer um sistema seguro e encriptado para apoiar a cooperação direta e o intercâmbio de informações entre os pontos de contacto. E constitui obrigação também dos Estados-Membros assegurar a proteção das informações confidenciais obtidas em aplicação do Regulamento “*nos termos do direito da União e do respetivo direito nacional*”<sup>124</sup>. O Regulamento também dispõe sobre o tratamento de dados pessoais e os limites à utilização dos mesmos no contexto da análise dos IDEs.

Importa notar que tanto nos considerandos como no artigo 6.º, n.º 1 se menciona a possibilidade de coexistência do procedimento de controlo das concentrações e o procedimento de análise dos IDEs e há uma preocupação e aplicação “coerente” de ambos<sup>125</sup>.

### 3.2.3. *Evolução em vários Estados-Membros*

No presente âmbito não cabe o aprofundamento de desenvolvimentos legislativos noutras jurisdições, em particular após a publicação do Regulamento de Análise dos IDEs em 2019 – para um resumo interessante vejam-se, por exemplo, os dois relatórios anuais sobre a análise dos IDE na UE e a evolução dos mecanismos de análise nacionais<sup>126</sup>. The No âmbito da avaliação que a Comissão deverá apresentar ao Parlamento Europeu e ao Conselho até 12 de outubro de 2023, encarregou o Secretariado da OCDE (Divisão de

122 Artigo 8.º do Regulamento de análise dos IDEs.

123 Artigo 11.º, n.º 1 do Regulamento de análise dos IDEs.

124 Artigo 10.º do Regulamento de análise dos IDEs

125 Considerando (36) do Regulamento de análise dos IDEs.

126 Cfr. acima as notas 4 e 11.

Investimento da Direção de Assuntos Financeiros e das Empresas de analisar a eficácia e eficiência do enquadramento constante do Regulamento de análise dos IDEs e que é muito útil para tentar antecipar os próximos passos<sup>127</sup>. Tal é sem prejuízo de reconhecermos a importância e o relevo que os mesmos podem ter na análise do atual enquadramento português e perspetivas de alteração.

Da análise divulgada pela Comissão relativamente aos IDEs realizados na UE em 2021, os Estados Unidos da América (“EUA”) foram o maior investidor quanto à aquisição de participações de capital e a criação de novos projetos, seguidos do Reino Unido e da China<sup>128</sup>. Entre os principais Estados-Membros de destino encontram-se a Alemanha, a Espanha, a França, os Países Baixos e Irlanda, sendo que todos possuem mecanismos nacionais de análise dos IDEs<sup>129</sup>.

#### 4. NOTAS FINAIS

O Decreto-Lei n.º 138/2014 mantém-se inalterado até ao momento apesar da significativa evolução havida desde a sua criação.

A análise dos IDEs em Portugal mantém-se da exclusiva competência do Governo português. Mas nem o seu regime jurídico pode ser considerado isoladamente e ignorando a evolução havida noutras matérias relacionadas, como é o caso das infraestruturas críticas nacionais e europeias, nem se pode ignorar as implicações que a realização de um IDE em Portugal pode ter na segurança e ordem pública noutros Estados-Membros, ou em

---

127 Documento disponível em: <https://www.oecd.org/investment/investment-policy/oecd-eu-fdi-screening-assessment.pdf>. Os serviços da OCDE sumariaram no relatório as principais conclusões do seu trabalho de análise, o qual consistiu em pesquisa e entrevistas de inúmeros *stakeholders* envolvidos na análise de IDEs, incluindo autoridades dos Estados-Membros, a Comissão e outros *stakeholders*. O estudo foi realizado entre outubro de 2021 e junho de 2022 e inclui informação até 30 de junho de 2022.

128 Cfr. as págs. 10 e seguintes do 2.º Relatório anual da Comissão, mencionado na nota 11. Já nas págs. 10 e seguintes a Comissão identifica como principais jurisdições de origem de investimento público, a Suíça, a China, o Japão, a Coreia do Sul, a Rússia, o Reino Unido e os EUA.

Na medida em que os Investidores não se encontram obrigados a transmitir os dados financeiros, a Comissão conhece apenas uma parte do valor das transações, pelo que a metodologia seguida assenta no número de transações, com as limitações que lhe são inerentes.

129 No 2.º Relatório anual da Comissão, mencionado na nota 11 e respeitante ao ano de 2011, a Irlanda era o único destes Estados-Membros que não dispunha de um mecanismo nacional de análise de IDEs. Entretanto e de acordo com informação pública, em 2022 o mesmo foi adotado e inicia a sua vigência em 2023 (<https://enterprise.gov.ie/en/legislation/legislation-files/screening-of-third-country-transactions-bill-2022.pdf>).

projetos ou programas do interesse da UE. Aliás, na atualização do regime das infraestruturas críticas o legislador terá considerado os desenvolvimentos legislativos noutros Estados-Membros para além do enquadramento da UE.

Quanto à análise dos IDEs, a cooperação com as outras jurisdições e a Comissão em casos concretos, a participação no Grupo de peritos que existe desde 2017 e as várias novidades de ordem substantiva e processual que foram introduzidas pelo Regulamento de análise dos IDEs na UE já em 2019 levaram as autoridades portuguesas a realizarem um “*processo de reflexão ao nível técnico, sobre as adaptações a introduzir no enquadramento nacional a fim de assegurar a sua conformidade*” com o mesmo e “*identificar as alterações que serão necessárias*”<sup>130</sup>. Inexiste informação pública que permita compreender a ausência de desenvolvimentos desde então, tanto mais difícil de compreender quanto a tendência nos últimos anos tem sido a criação e reforço de regimes nacionais de análise de IDEs e a criação e reforço pela UE de instrumentos que visem a sua resiliência, industrialização e autonomia como bloco económico.

Recorde-se que, ao abrigo do princípio da cooperação leal<sup>131</sup>, a UE e os Estados-Membros “*respeitam-se e assistem-se mutuamente no cumprimento das missões decorrentes dos Tratados*” e “*os Estados-Membros tomam todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações resultantes dos atos das instituições da União*”. Acresce que, no que respeita à cooperação em concreto, ao abrigo do artigo 19.º Código do Procedimento Administrativo, a Administração pública está adstrita ao “princípio da cooperação leal com a UE”. Assumimos que o Governo português tem interesse em participar de modo eficaz no mecanismo de cooperação, mesmo quando não estiver a analisar o IDE em causa, pelo que será útil prever os aspetos procedimentais internos.

Ao abrigo do Regulamento de análise de IDEs na UE, a Comissão deverá apresentar ao Parlamento Europeu e ao Conselho o relatório sobre a eficácia da aplicação do mesmo. Com base em informação pública, não podemos excluir que a Comissão proponha uma modificação do Regulamento para aumentar a sua abrangência, reforçar os mecanismos de cooperação e procurar harmonizar os critérios e modo de funcionamento dos mecanismos nacionais. Também por esta razão se afigura premente uma reflexão aturada pelas

---

130 Cfr. a nota 9.

131 Artigo 4.º do Tratado da União Europeia.

autoridades portuguesas ao longo do corrente ano, beneficiando da partilha informal e confidencial de informação e experiências de outras jurisdições através da participação no Grupo de peritos criado em 2017 e otimizando a interação pelo ponto de contacto com a Comissão.

De todo o modo, identificamos abaixo alguns aspetos do Decreto-Lei n.º 138/2014 sobre os quais a reflexão a fazer poderá beneficiar da análise comparativa assente em informação pública e orientações informais da Comissão (como sejam as constantes das FAQs). A título de exemplo, a segurança jurídica que assumimos ser do agrado dos investidores e restantes *stakeholders* pode ser reforçada com:

- A formalização de uma lista de elementos sobre o Investidor e o projeto de IDE que são necessários e adequados a uma hipotética análise pelo Governo;
- A previsão da possibilidade de serem adotadas decisões de autorização do IDE mediante o cumprimento estrito de “remédios” que visem eliminar o risco para a segurança ou ordem pública, tanto mais que o princípio da proporcionalidade se aplica à decisão de oposição a um projeto de IDE;
- Uma clarificação do que é considerado “Ativo estratégico” caso a definição do âmbito de aplicação do diploma em causa continue a ser feita com base nesta definição e, se possível, prevendo remissões para os diplomas relacionados;
- Uma maior definição do evento que inicia a contagem do prazo para o membro do Governo competente dar início ao procedimento de avaliação do IDE nos termos do artigo 4.º, n.º 1;
- Se eventualmente existem vantagens em articular o procedimento respeitante ao requerimento de confirmação a decidir pelo Governo com o procedimento de controlo de concentrações pela AdC nas situações em que ambos forem aplicáveis, de modo a agilizar os procedimentos e assegurar a consistência.

Tradicionalmente, a existência de um mecanismo nacional de análise de IDEs em determinadas circunstâncias teve um significado político de menor recetividade aos mesmos. Mas, na realidade, a existência do mesmo mecanismo não significa uma tomada de posição contrária aos IDEs globalmente considerados, como têm reiterado a Comissão e inúmeros Estados-Membros, incluindo mais recentemente a Irlanda (reconhecida como jurisdição muito favorável aos IDEs). Ademais, constata-se que, de acordo com a informação

pública disponível, vários dos principais Estados-Membros de destino do IDE dispõem de mecanismos nacionais de análise muito mais abrangentes do que o Português, como é o caso do Espanhol.

Situação distinta é a opção política sobre o âmbito de aplicação do mecanismo de análise de IDEs no que respeita por exemplo:

- à tipologia dos IDEs – assim, os IDEs em projetos novos (“*greenfield investments*”) estão abrangidos pelo Regulamento ao contrário do que sucede em vários Estados-Membros, como é o caso de Portugal;
- aos setores abrangidos – avançando-se com esta ponderação, por exemplo será útil:
  - recuperar a discussão da proposta de Lei de autorização para o Governo legislar sobre a análise dos ativos estratégicos na AR em 2014 e no âmbito da qual se suscitou a hipótese de o setor das águas ser incluído<sup>132</sup>.
  - avaliar em que medida o disposto no Decreto-Lei n.º 20/2022 sobre o reforço das infraestruturas críticas deve influenciar o elenco dos setores abrangidos, tanto mais que a sua aprovação terá sido precedida de uma análise comparativa da situação noutras jurisdições.

Sumariámos acima um conjunto de circunstâncias que, a nosso ver, confirmam a premência de uma reflexão aturada quanto à atualização do atual mecanismo de análise dos IDEs em Portugal ou, no limite, a adoção de um novo mecanismo. Para a mesma relevam os vários atos legislativos nacionais e, no plano europeu, as experiências de determinadas outras jurisdições, os relatórios e *soft law* da Comissão sobre o Regulamento de análise dos IDEs e as perspetivas da modificação do mesmo.

---

132 Cfr o texto constante do ponto “3.1.1. A contextualização da Proposta de Lei e o processo legislativo” in Rosado da Fonseca, 2021.

## **BIBLIOGRAFIA**

### **A. UNIÃO EUROPEIA**

Tratado da União Europeia, JOUE C 202, de 7.06.2016, pp. 15 e ss

#### **a. Atos legislativos das instituições da União Europeia**

##### **PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO**

Regulamento (CE) n.º 1008/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de setembro de 2008, JOUE L 293, de 31.10.2008

Regulamento (UE) n.º 472/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, relativo ao reforço da supervisão económica e orçamental dos Estados-Membros da área do euro afetados ou ameaçados por graves dificuldades no que diz respeito à sua estabilidade financeira, JOUE L 140, de 27.5.2013

Regulamento (UE) 2019/452 do de 19 de março de 2019 que estabelece um regime de análise dos investimentos diretos estrangeiros na União, JOUE L 79I, de 21.3.2019, pp. 1-14

Regulamento (UE) 2022/2560 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de dezembro de 2022 relativo a subvenções estrangeiras que distorcem o mercado interno, JOUE L 330, de 23.12.2022, p.1 e ss

Diretiva 2009/72/CE, de 13 de julho de 2009, do Parlamento Europeu e do Conselho, que estabelece regras comuns para o mercado interno da eletricidade, JOUE, L 211, de 14.08.2009, pp. 55 e ss (já revogada)

Diretiva 2009/73/CE, de 13 de julho de 2009, do Parlamento Europeu e do Conselho, que estabelece regras comuns para o mercado interno do gás natural, JOUE L 211, de 14.08.2009, pp. 94 e ss

Diretiva (UE) 2019/944 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de junho de 2019, relativa a regras comuns para o mercado interno da eletricidade, JOUE L 158, de 14.6.2019, p. 125–199

##### **CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA**

Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas, revogado pelo Regulamento das concentrações comunitárias – já revogado Regulamento (UE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro, relativo ao controlo das concentrações de empresas publicado no JOUE L 24, de 29.01.2004, pp. 1 e ss

Regulamento (CE) n.º 428/2009 do Conselho, de 5 de maio de 2009, que cria um regime comunitário de controlo das exportações, transferências, corretagem e trânsito de produtos de dupla utilização na sua redação atual estabelece a definição de “produtos de dupla utilização”

Decisão de Execução do Conselho, de 23 de abril de 2014 que altera a Decisão de Execução 2011/344/UE relativa à concessão de assistência financeira da União a Portugal, publicada no JOUE L 125, 26.4.2014, pp. 75-83

### **b. Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia**

Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de novembro de 2012, *Comissão c. Grécia*, C-244/11, EU:C:2012:694

Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de novembro de 2011, *Comissão Europeia c. República Portuguesa*, C-212/09, EU:C:2011:717

### **c. Outros atos e documentos**

#### **COMISSÃO EUROPEIA**

Orientações para os Estados-Membros relativas a investimento direto estrangeiro e livre circulação de capitais provenientes de países terceiros, e proteção dos ativos estratégicos da Europa, antes da aplicação do Regulamento (UE) 2019/452 (Regulamento Análise dos IDE), JOUE C 99I, de 26.3.2020, pp. 1 e ss

Orientações destinadas aos Estados-Membros sobre os investimentos diretos estrangeiros provenientes da Rússia e da Bielorrússia tendo em conta a agressão militar contra a Ucrânia e as medidas restritivas estabelecidas nos recentes regulamentos do Conselho relativos a sanções, JOUE C 151 I de 6.4.2022, pp. 1 e ss

Comunicação Consolidada em matéria de competência ao abrigo do Regulamento (UE) n.º 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas, JOUE C 95, de 16.4.2008, pp. 1 e ss

Comunicação da Comissão de 29.11.2017, que cria um Grupo de Peritos sobre a análise dos investimentos diretos estrangeiros, C(2017) 7866 final

## **B. PORTUGAL**

Constituição da República Portuguesa, na redação da Lei n.º 1/2005, de 12 de agosto

### **a. Atos legislativos**

Lei n.º 23/96, de 26 de julho, que cria no ordenamento jurídico alguns mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais

Lei n.º 43/2006, de 25 de agosto – Acompanhamento, apreciação e pronúncia pela Assembleia da República no âmbito do processo de construção da União Europeia

Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que aprova o novo regime jurídico da concorrência

Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, “Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo”

Lei n.º 9/2014, de 24 de fevereiro, que autoriza o Governo a legislar sobre o regime de salvaguarda de ativos estratégicos

Lei n.º 51/2019, de 29 de julho – “Lei dos serviços públicos”

Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de fevereiro

Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de agosto

Decreto-Lei n.º 62/2011, de 9 de maio, que estabelece os procedimentos de identificação e de proteção das infraestruturas essenciais para a saúde, a segurança e o bem-estar económico e social da sociedade nos setores da energia e transportes

Decreto-Lei n.º 215-B/2012, de 8 de outubro

Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto, que aprova os Estatutos da Autoridade da Concorrência

Decreto-Lei n.º 138/2014, de 15 de setembro, que estabelece o regime de salvaguarda de ativos estratégicos essenciais para garantir a defesa e segurança nacional e a segurança do aprovisionamento do País em serviços fundamentais para o interesse nacional, nas áreas da energia, dos transportes e comunicações, enquanto interesses fundamentais de segurança pública

Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, que aprova o Código do Procedimento Administrativo

Decreto-Lei n.º 15/2022, de 14 de janeiro, que estabelece a organização e o funcionamento do Sistema Elétrico Nacional

Decreto-Lei n.º 20/2022, de 28 de janeiro, que aprova os procedimentos para identificação, designação, proteção e aumento da resiliência das infraestruturas críticas nacionais e europeias

## **b. Outros atos**

### **AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA**

“Linhas de Orientação relativas à avaliação prévia em controlo de concentrações”, de 27 de dezembro de 2012, disponíveis em: <https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/imported-magazines/Linhas%2520de%2520Orientacao%2520Relativas%2520a%2520Avaliacao%2520Previas.pdf> [acedido em 20.01.2023]

## **C. OUTROS ESTADOS-MEMBROS**

### **FRANÇA**

*Decret-Loi* n.º 2014/479 de 14 de maio de 2014, que modificou o “*Code Monétaire et Financier*”

### **ITÁLIA**

*Decreto Legge* n.º 21, de 15 de março de 2012, publicado na *Gazzetta Ufficiale* n.º 63, da mesma data, posteriormente convertido na *Legge* n.º 56, de 11 de maio de 2012

Decretos Ministeriais n.º 35 de 19 de fevereiro de 2014, n.ºs. 82, 85 (para os setores abrangidos, exceto a defesa), D.P.R. de 25 de março de 2014, n.º 85 – *Regolamento per l’individuazione degli attivi di rilevanza strategica nei settori dell’energia, dei trasporti e delle comunicazioni, a norma dell’articolo 2, comma 1, del decreto-legge 15 marzo 2012*, n. 21, publicado na *Gazzetta Ufficiale* de 6 de junho de 2014, n.º 129 – e n.º 86 (regula a aplicação dos direitos especiais) – publicado na *Gazzetta Ufficiale* de 6 de Junho de 2014, n.º 129

*Regolamento per l’individuazione delle procedure per l’attivazione dei poteri speciali nei settori dell’energia, dei trasporti e delle comunicazioni, a norma dell’articolo 2, comma 9, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21* – e n.º 108 de 6 de Junho de 2014 (para o setor da defesa)

## **C. DOUTRINA**

### **ROSADO DA FONSECA, Margarida**

2021 “O mecanismo português de análise dos investimentos diretos estrangeiros: Dos antecedentes da sua criação às perspetivas de modificação em 2022 – Parte I”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 48, pp. 13-60



# PREVENTING KILLER ACQUISITIONS IN THE DIGITAL SECTOR: THE COMBINATION BETWEEN ARTICLE 22 OF THE EU MERGER REGULATION AND THE DIGITAL MARKETS ACT \*

*Eva Oliveira*\*\*

## 1. INTRODUCTION

In the last few decades, the European Union has been watching an increasing number of acquisitions in the digital sector. From 1987 to July 2022, there were 1149 mergers involving large digital platforms. However, only 21 fulfilled the requirements to be reviewed by the Commission.<sup>1</sup>

One could predict that these many unsupervised acquisitions involving a powerful acquirer could facilitate and, maybe, motivate the acquisition of innovative incumbent targets who represent potential competition only to eliminate them later on, which is the purpose of “killer acquisitions.”

To address the enforcement gap, the EU designed two innovative solutions: a new approach to Article 22 of the EU Merger Regulation (EUMR) and the creation of the Digital Markets Act (DMA), which comes into force on May 2, 2023.

The new-style application of Article 22 encourages national authorities to refer mergers to the Commission for review even if the merger itself does not fulfil the national requirements for merger control.

To strengthen the supervision powers of the Commission, new rules were implemented through the DMA, regarding the so-called “gatekeepers”, establishing an *ex-ante* obligation to inform the Commission of all their

---

\* Key-Words: killer acquisitions, competition law, digital sector, merger review, conglomerate mergers, DMA, Article 22 EUMR, competition enforcement, national competition authorities.

\*\* Legal Consultant in European and Competition Law at Miranda & Associates.

1 Carugati, 2022: 7.

intended acquisitions, as part of a process to identify the ones that would require a merger evaluation.

In this context, this article assesses the concept of “killer acquisitions” and explains how Article 22 EUMR and the DMA can be combined to prevent these *ex-post* anticompetitive mergers in the internal market, through the collaborative relationship between national competition authorities and the Commission.

## 2. THE CONCEPT OF “KILLER ACQUISITIONS” IN THE DIGITAL SECTOR

As Cunningham and others explain, “killer acquisitions” happen when incumbent firms “*acquire innovative targets solely to discontinue the target’s innovation projects and pre-empt future competition*”.<sup>2</sup>

Traditionally, the research on killer acquisitions focused on the pharmaceutical sector where drug studies were being discontinued after a merger event. However, because the technology sector is characterised by economies of scale, with very strong network effects and low marginal costs – making it more accessible for a start-up to enter the market –, the concerns of unfair practices in merger acquisitions grew rapidly, as some digital firms quickly developed into powerful players in the market.

Evidence shows that most large digital platforms have acquired targets that have different core businesses, which means that they tend to acquire complementary targets to their own *know-how*, rather than acquire a firm that is developing in the same market.<sup>3</sup>

In fact, Alphabet, Meta, Apple, Amazon, and Apple have acquired, collectively, over eight hundred companies, many of them being innovative start-ups operating in complementary markets.<sup>4</sup>

This type of merger is called a “conglomerate merger”, which, at first glance, doesn’t seem to impose restrictions on competition because the involved firms do not make directly competing products (as in horizontal mergers) or inputs used to produce the other firm’s products (as in vertical mergers).

Nevertheless, conglomerate mergers can affect competition in specific cases, in particular “*where the merged entity enjoys strong market power in at*

---

2 Cunningham, Ederer & Ma, 2021: 649-650.

3 Carugati, 2022: 8.

4 Witt, 2022: 208-209.

*least one of the markets concerned, and the merger may create possibilities for exclusionary bundling or tying practices that could disadvantage or foreclose competitors and ultimately lead to them exiting the market, or otherwise significantly impede competition in the markets concerned*.<sup>5</sup>

In a digital setting, although a conglomerate merger may not translate into an immediate loss of direct competition, “today’s complement can become tomorrow’s substitute”. “For example, at the time of its acquisition by Facebook, Instagram was a ‘mere photo app, with limited social network functionalities’ but has since grown into a different product with ‘fully-fledged social network functionalities’”.<sup>6</sup>

This demonstrates that potential competitors may first seek to develop a complementary product before starting to compete directly with other companies in a specific market.

As reported by Cunningham, the interruption of an innovative project from an incumbent target through acquisition can lead to the lack of competition and new products in a market, affecting consumers and impacting the development of industries.<sup>7</sup>

For these reasons, to prevent the phenomenon of killer acquisitions in the digital sector, it is crucial to supervise mergers where the acquirer is a large digital platform.

### 3. ARTICLE 22 EUMR

Article 22 EUMR (the, so-called, “Dutch clause”), states that, for a referral to be made by one or more Member States to the Commission, the merger must: (i) affect trade between Member States, and (ii) threaten to significantly affect competition within the territory of the Member State or States making the request.

Under the Commission’s previous approach to Article 22 EUMR – and although not legally mandatory –, if a Member State of the EU intended to refer to the Commission for a merger review, the merger in question had first

<sup>5</sup> See: “Non-horizontal Merger Guidelines”, OJ C 265, 18.10.2008, para. 93. Additionally, see examples of EU conglomerate merger cases: Decision (EC) M.2220 – GE/Honeywell, Decision (EC) M.2416 – Tetra Laval/Sidel and Decision (EC) M.8124 – Microsoft/LinkedIn.

<sup>6</sup> Latham, Tecu & Bagaria, 2020: 3. For reference, see Decision (OFT) ME/5525/12 – Facebook/Instagram.

<sup>7</sup> Cunningham, Ederer & Ma, 2021: 691-697.

to meet the national thresholds of merger control, whether they were defined by annual turnover, market share or transaction value.

In the digital industry, “*services regularly launch with the aim of building up a significant user base and/or commercially valuable data inventories, before seeking to monetise the business*”.<sup>8</sup>

Therefore, having a low turnover doesn’t define a firm’s relevance in the digital market, which can strongly depend on its data collection strategy and its ability to continuously innovate and create smarter products or services.

Although plenty of firms that provide digital services have a relevant position in the market, the majority of the EU countries lack a market share threshold for merger control. In fact, only Portugal, Spain, Latvia, and Slovenia have thresholds based on the parties’ national market shares, operating as alternatives to a turnover threshold.<sup>9</sup>

As a result, over the years, a large number of digital mergers with a low turnover target have escaped merger scrutiny from the Commission.

Instead of adopting a new threshold, namely the transaction value, which could lead to new practical problems because not all concentrations with a high value or a high value-to-turnover ratio are competitively significant – which does not mean that the value of the transaction is not a relevant factor to be taken into account –, the Commission considered that it is more efficient to start accepting referrals from national competition authorities of mergers that are worth reviewing at the EU level – whether or not those authorities had the power to review the case themselves.<sup>10</sup>

This change of approach tremendously amplified the competition enforcement radar in the internal market but has caused concerns of legal uncertainty to European firms.

Hence, in March 2021, the Commission decided to clarify the appropriateness of certain categories of cases for referral under Article 22<sup>11</sup>. In this guidance, the Commission stated that it is appropriate to refer transactions

---

8 “*Communication from the Commission Guidance on the application of the referral mechanism set out in Article 22 of the Merger Regulation to certain categories of cases*”, 2021/C 113/01 (JO C 113 de 31.3.2021, p. 1-6), (hereinafter “Guidance”), para. 9.

9 See: «<https://www.cullen-international.com/news/2022/04/Overview-of-national-mergernotification-thresholds-in-the-EU.html>».

10 Vestager, Margrethe, *The future of EU merger control*, speech at International Bar Association 24<sup>th</sup> Annual Competition Conference: «[https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/future-eu-merger-control\\_en](https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/future-eu-merger-control_en)».

11 See footnote 10.

where the turnover of at least one of the undertakings concerned does not reflect its actual or future competitive potential, namely<sup>12</sup>:

- (1) Cases where the undertaking is a start-up or recent entrant with significant competitive potential that has yet to develop or implement a business model generating significant revenues (or is still in the initial phase of implementing such business model);
- (2) Cases where the undertaking is an important innovator or is conducting potentially important research;
- (3) Cases where the undertaking is an actual or potential important competitive force.

It's clear that in these guidelines the Commission considered the research that has been written about killer acquisitions. However, this guidance lacked an appropriate explanation of the theories of harm behind it.

Nevertheless, this new approach was applied, for the first time, in April 2021, when the Commission accepted to review the proposed acquisition of GRAIL, a healthcare company developing an early multi-cancer detection test, by Illumina. Although GRAIL's competitive significance was not reflected in its turnover, it was evidenced by the \$7.1 billion deal value.

Illumina appealed to the General Court of the EU and argued that the Commission's interpretation was contrary to the EUMR's "one-stop shop" principle and the principles of legal certainty, subsidiarity and proportionality. In July 2022, the General Court rejected these arguments based on its analysis of the literal, contextual, historical and teleological interpretations of Article 22 EUMR. Following the Court's decision, in September 2022, the Commission adopted a decision prohibiting Illumina's acquisition of Grail.

Currently, the Commission is expected to adopt a decision regarding the gun-jumping investigation, imposing an unprecedented fine in the coming months, possibly of \$453 million.

---

<sup>12</sup> Guidance, para. 19.

#### **4. THE DMA**

To complement the role of Article 22 in capturing “digital” mergers, a new European Regulation was issued regarding large digital platforms through the Digital Markets Act (DMA).

The DMA is a milestone legislation that will shape the present and future behaviours of large online platforms. Its purpose is to ensure fair competition in the digital sector and facilitate cross-border business within the internal market. It is believed that the DMA is intended to create a level playing field between European and American tech giants.

The DMA only applies to “gatekeepers” who provide a “core platform service”, establishing an obligation to inform the Commission of any intended merger.

##### **4.1. What is a “gatekeeper”?**

According to Article 3 of the DMA, an undertaking shall be designated as a “gatekeeper” if:

- (a) It has a significant impact on the internal market;
- (b) It provides a core platform service which is an important gateway for business users to reach end-users; and
- (c) It enjoys an entrenched and durable position, in its operations, or it is foreseeable that it will enjoy such a position in the near future.

The DMA bases these requirements on three presumptions.

First, it is presumed that an undertaking has a significant impact on the internal market if it achieved an annual Union turnover equal to or above €7,5 billion in each of the last three financial years, or where its average market capitalisation or its equivalent fair market value amounted to at least €75 billion in the last financial year, and it provides the same core platform service in at least three Member States.

Second, it is presumed that an undertaking provides a core platform service which is an important gateway for business users to reach end-users if, in the last financial year, it had at least 45 million monthly active end-users established or located in the Union and at least 10 000 yearly active business users established in the Union.

Third and last, it is presumed that an undertaking enjoys an entrenched and durable position, in its operations, or it is foreseeable that it will enjoy such a position in the near future if in each of the last three financial years

it had at least 45 million monthly active end-users established or located in the Union and at least 10 000 yearly active business users established in the Union.

According to data from Bloomberg, firms such as Airbnb, Alphabet (Google), Amazon, Apple, Booking Holdings, Meta (Facebook), Microsoft, Oracle, PayPal, Salesforce, SAP, Uber and Zoom could become potential gatekeepers – if they have a present or future entrenched and durable position – since criteria (a) and (b) of the Article 3 of the DMA are verified.<sup>13</sup>

#### **4.2. What is a “core platform service”?**

A “core platform service” is a concept which includes online intermediation services (e.g., Amazon Marketplace and App Store), online search engines (e.g., Google), online social networking services (e.g., Facebook), video-sharing platform services (e.g., Youtube), number-independent interpersonal communications services (e.g. WhatsApp), operating systems (e.g., Android and IOS), web browsers (e.g., Google Chrome), virtual assistants (e.g., Amazon Alexa), cloud computing services (e.g., Amazon Web Services) and online advertising services (e.g., Google Ads).

#### **4.3. The obligation to inform**

Although killer acquisitions are, by nature, *ex-post* anticompetitive mergers, meaning their anticompetitive essence is only observed through the behaviours of the involved firms, after the transaction itself, the DMA created an enforcement mechanism which consists in preventing their existence by establishing an *ex-ante* obligation to inform.

According to Article 14 of the DMA, gatekeepers must inform the Commission of all their intended mergers, even if they wouldn't be notifiable according to European or national merger control policies.

The information shall at least describe:

- (1) The undertakings concerned by the concentration:
  - a. Their Union and worldwide annual turnovers;
  - b. Their fields of activity, including activities directly related to the concentration;
  - c. The transaction value of the agreement or estimation thereof;

---

<sup>13</sup> Carugati, 2022: 4.

- d. A summary of the concentration, including its nature and rationale;  
and
  - e. A list of the Member States concerned by the concentration;
- (2) The relevant core platform services:
- a. Their Union's annual turnovers; and
  - b. Their numbers of yearly active business users and their numbers of monthly active end-users, respectively.

If gatekeepers, intentionally or negligently, do not inform the Commission of their intended mergers or supply incorrect, incomplete, or misleading information, the Commission has a period limitation of 5 years to adopt a decision and impose fines not exceeding 1% of the total worldwide turnover in the preceding financial year.

## **5. THE COOPERATION BETWEEN NATIONAL COMPETITION AUTHORITIES AND THE COMMISSION**

The relationship between national competition authorities and the Commission lies on principles of cooperation, transparency, and publicity.

On one hand, the Commission shall inform the competent authorities of the Member States of any information received from the gatekeepers and has the duty to publish, on an annual basis, the list of acquisitions which were received from the gatekeepers.

On the other hand, competent authorities of the Member States can use the information received to determine if the transaction is notifiable at a national level and oblige the parties to notify or request the Commission to examine a concentration under Article 22 EUMR for the purposes of merger control.

The DMA's obligation to inform about mergers does not represent a typical merger notification and all that entails, such as an economic market assessment, a competitive analysis, and a binding decision over the transaction's future.

The purpose of this information is to be used in the review of the status of individual gatekeepers, for the monitorization of broader contestability trends in the digital sector and as a factor to be considered in market investigations.

Thus, the Commission does not have the right to review a merger that does not meet the European thresholds just because it received the merger's relevant information from a gatekeeper and is concerned about its competitive effects.

Only through the combination of Article 22 EUMR and the DMA, can the Commission indirectly – meaning, through a referral from an EU Member State – assess “digital” mergers that do not meet the European requirements and which, otherwise, would have escaped merger scrutiny.

Therefore, the cooperation between national competition authorities and the Commission is essential to the assessment of potential killer acquisitions in the internal market.

## 6. CONCLUSION

Although we consider that the new approach of Article 22 is a step in the right direction to prevent killer acquisitions, as it amplifies the enforcement radar, we believe that there needs to be a specification of theories of harm to avoid legal uncertainty, for firms operating in Europe, and inefficient allocation of resources from the national competition authorities and the Commission.

Regarding the DMA's informative obligation, this *ex-ante* mechanism will not only benefit the national merger assessments, as they can use that information to review national mergers, but also the Commission's merger control system, as it will be updated for every merger concerning large online platforms that satisfy the DMA's thresholds, by the gatekeepers themselves.

Nevertheless, an *ex-ante* regulation will not preclude the need for an *ex-post* intervention. Thus, national authorities must be attentive after a merger event in the digital sector.

Overall, if the Commission and the national competition authorities diligently cooperate under the new approach of Article 22, articulated with the DMA, we believe that the number of potential killer acquisitions will be reduced drastically, and the digital markets will become more competitive and, therefore, provide more options to consumers.

## BIBLIOGRAPHY

CARUGATI, Christophe

2022 “Which mergers should the European Commission review under the Digital Markets Act?”, in *Policy Contribution*, Issue n° 24, disponível em <https://www.bruegel.org/policy-brief/which-mergers-should-european-commission-review-under-digital-markets-act>

CUNNINGHAM, Colleen, EDERER, Florian & MA, Song

2021 “Killer acquisitions”, in *Journal of Political Economy*, vol. 129(3)

LATHAM, Oliver, TECU, Isabel & BAGARIA, Nitika

2020 “Beyond Killer Acquisitions: are there more common potential competition issues in tech deals and how can these be assessed?”, in *CPI Antitrust Chronicle*, maio, vol. 2, n.º 2

WITT, Anne C.

2022 “Who’s afraid of conglomerate mergers?”, in *The Antitrust Bulletin*, vol. 67(2), pp. 208-236

VESTAGER, Margrethe

2020 “The future of EU merger control”, in *International Bar Association 24<sup>th</sup> Annual Competition Conference*, disponível em [https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/future-eu-merger-control\\_en](https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/future-eu-merger-control_en)

CULLEN INTERNATIONAL

2022 <https://www.cullen-international.com/news/2022/04/Overview-of-national-merger-notification-thresholds-in-the-EU.html>

# O *WHISTLEBLOWING* INTERNO NAS INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO E AS POLÍTICAS DE PARTICIPAÇÃO DE IRREGULARIDADES

*Diogo Pina Chiquelho\**, \*\*

**ABSTRACT** *While the topic of whistleblowing is on the agenda, motivated by the first anniversary of the Whistleblower Protection Law, the regulator of credit institutions already imposed the adoption of mechanisms for reporting irregularities and the respective policies. Banco de Portugal in Notice 3/2020 did not wait for the national legislator to have a regime harmonised with EU law for the credit institutions sector. This special regime, which grants duties to certain employees with specific functions and rights to others, as well as the concept of “severe irregularities”, demonstrate the surgical treatment that this issue deserves, which means that credit institutions must be increasingly capable of having robust policies that comply with the law in general, but with what the legislator and the regulator always have in mind for the sector. By looking at institutions’ specific policies, we can analyse concrete approaches, which allow us to identify the best practices.*

**SUMÁRIO** 1. Introdução. 2. A comunicação interna de irregularidades no RGICSF. 2.1. O âmbito subjetivo do RGICSF. 2.2. O berço das exigências de participação interna de irregularidades no RGICSF. 2.3. O direito e o dever de “apitar”. 2.4. O conceito de irregularidade grave. 3. A política de participação de irregularidades. 3.1. O Aviso 3/2020 do Banco de Portugal e a PPI. 3.2. O relatório anual sobre participação de irregularidades e a Instrução 18/2020. 3.3. A morada do poder para aprovação da PPI. 4. Face à lei de proteção de denunciante: dois ímanes que se atraem. 5. Conclusão

**KEY-WORDS** *Whistleblowing*, Credit Institutions, Banco de Portugal, Regulation and Supervision, Notice 3/2020

---

\* Departamento de Supervisão Prudencial do Banco de Portugal, Investigador-colaborador do Centro de Estudos de Ciências Jurídicas, Económicas e Ambientais da Universidade Lusíada (ORCID ID 0000-0003-1206-5269 e CiênciaVita ID 5816-8B8F-7467) e Mestrando em Ciências Jurídico-Económicas pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Os entendimentos vertidos no presente escrito são do autor e só este é por eles responsável, podendo não coincidir com os entendimentos do Banco de Portugal.

\*\* À Benedita Cunha, exímia coordenadora, formadora, profissional e pessoa: uma Líder. Na pessoa dela, estendo às demais elementos da Unidade de Governo Interno, que tão bem me acolheram e cuja dedicação profissional suscitou em mim o interesse por estas matérias da supervisão.

## 1. INTRODUÇÃO

Os mecanismos de *whistleblowing* apresentam-se como um formato de deteção de irregularidades e deficiências de considerável importância para a concretização da justiça, não só de uma perspetiva reativa perante a irregularidade, como até de uma perspetiva preventiva<sup>1</sup>. A admissão de participações a alguém que tem especiais conhecimentos de questões internas da uma organização, fruto da sua relação com essa mesma organização, permitirá aos reguladores, supervisores ou ao aparelho judiciário detetar infrações de natureza variada no seio jurídico e, até, interdisciplinares, para não só sancionar a autoria dessas infrações, mas também corrigir essa situação errónea. O sistema de *whistleblowing* preferencial será aquele que, mais do que tendo em vista a sanção, pretende a correção daquilo que se encontrar menos conforme no plano jurídico, atuando diretamente sobre uma potencial infração, acautelando-se a sua não efetivação. Servirá, dessa feita, como uma potente ferramenta de *compliance*<sup>2</sup>.

No âmbito do sistema financeiro-creditício este mecanismo ganhará destacada importância. Atendendo aos recentes insucessos no setor financeiro e, em especial, no bancário, o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras<sup>3</sup> instituiu a obrigatoriedade das instituições abrangidas por este diploma deterem um sistema de comunicação interna de irregularidades. Tais crises foram – não só, mas também e principalmente – motivadas por lacunas no sistema de governo e controlo interno. O presente trabalho propõe-se a analisar esse mesmo regime, contribuindo para o seu bom funcionamento e aplicação pelas instituições de crédito, permitindo uma cada vez maior robustez da execução do sistema jurídico-financeiro, olhando-se até para algumas políticas de certas instituições, porque obrigatoriamente publicadas. Contribui-se para algo que já tem vindo a ser identificado como um passo crucial para o desenvolvimento em sede de comunicação

---

1 Em 1985 era possível ter-se já uma noção de *whistleblowing* como tratando-se da “divulgação, por membros de uma organização (presente ou passada) e a pessoas ou organizações que possam de facto agir, de práticas ilegais, imorais ou ilegítimas sob controlo dos seus empregadores”. Miceli, Near & Dworkin, 2008: 25. Mais recentemente, a Transparency International, define como “a revelação de informação por membros (atuais ou antigos) de uma organização de práticas ilegais, ilegítimas ou imorais que estejam sob o controlo de funcionários dessa organização, a pessoas ou organizações que possam intervir no assunto”, 2013: 8.

2 “Os canais de denúncia assumem um papel central e determinante no domínio da prevenção e controlo de condutas de natureza ilícita no âmbito da actividade desenvolvida pelas entidades”. Lelo Filipe, 2022: 201.

3 Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, atualmente já com inúmeras alterações. Dora-vante somente “RGICSF”.

interna de irregularidades: a adoção de políticas, pelas sociedades, fortes e coesas, de acordo com as melhores orientações e recomendações<sup>4</sup>. Em suma, quanto àquilo que motiva a redação do presente escrito, subscrevo palavras alheias, porque perfeitamente identificadoras do objetivo que norteou a autoria: “Entende-se que a adoção da política de denúncia se pode revelar altamente vantajosa para a própria empresa, nomeadamente pelo favorecimento da imagem interna e externa e pela prevenção de eventuais denúncias externas, e ser um mecanismo privilegiado para fomentar uma cultura responsável e cumpridora”<sup>5</sup>.

## 2. A COMUNICAÇÃO INTERNA DE IRREGULARIDADES NO RGICSF

### 2.1. O âmbito subjetivo do RGICSF

O RGICSF institui a obrigatoriedade de as instituições abrangidas no seu âmbito subjetivo deterem políticas e mecanismos para receção, processamento e arquivo de participações de irregularidades graves. A questão que à partida se colocará é a de se perceber quais as instituições que estarão adstritas ao cumprimento deste dever legal. A resposta é o próprio diploma que oferece: estão abrangidas as empresas que recebem do público depósitos ou outros fundos reembolsáveis e concedem crédito por conta própria, assim como os organismos de investimento coletivo ou empresas de seguros que exerçam as atividades de negociação por conta própria, de tomada firme de instrumentos financeiros ou a colocação de instrumentos financeiros com garantia, caso se verifique uma das seguintes condições – portanto, alternativas: ou o valor total dos seus ativos consolidados é igual ou superior a 30 mil milhões de euros, ou o valor total dos seus ativos é inferior a 30 mil milhões de euros, mas a empresa faz parte de um grupo cujo valor total dos ativos consolidados de todas as empresas do grupo é igual ou superior a 30 mil milhões de euros, desde que, individualmente, essas empresas do grupo tenham um valor total de ativos inferior a 30 mil milhões de euros e exerçam qualquer das atividades referidas no presente número ou, ainda, o valor total dos ativos é inferior a 30 mil milhões de euros, mas a empresa faz parte de um grupo cujo valor total dos ativos consolidados de todas as empresas do grupo que exerçam qualquer

---

4 Quanto à pertinência do trabalho da supervisão transversal, designadamente em sede de governo e controlo interno, e as vantagens motivadas por essas ações *vide* Albuquerque, 2018: 219-221.

5 Carrigy, 2005: 47.

das atividades referidas é igual ou superior a 30 mil milhões de euros, caso a autoridade de supervisão assim o decida para acautelar potenciais riscos de contorno das regras e potenciais riscos para a estabilidade financeira da União Europeia<sup>6</sup>. As instituições de crédito classificam-se como os bancos, as caixas económicas, a Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo e as caixas de crédito agrícola mútuo<sup>7</sup>, as instituições financeiras de crédito, as instituições de crédito hipotecário, outras empresas<sup>8</sup>, e as empresas de investimento com autorização especial<sup>9</sup>.

Todas estas instituições, ao classificarem-se como de crédito, devem, segundo o artigo 115.º-X, n.º 1 do RGICSF, implementar os meios específicos, independentes e autónomos adequados de receção, tratamento e arquivo das participações de irregularidades graves relacionadas com a sua administração, organização contabilística e fiscalização interna e de indícios sérios de infrações a deveres previstos no RGICSF ou no Regulamento (UE) n.º 575/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho<sup>10</sup>.

## **2.2. O berço das exigências de comunicação interna de irregularidades no RGICSF**

O Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de fevereiro, que conferiu poderes ao Banco de Portugal para intervir em instituições sujeitas à sua supervisão aquando de desequilíbrio financeiro, procedeu à criação de um Fundo de Resolução e estipulou um procedimento pré-judicial de liquidação para as instituições sujeitas à supervisão do Banco de Portugal e, ainda, alterou outros aspetos relacionados com o processo de liquidação, tendo aditado o artigo 116.º-G, o berço do atual artigo 115.º-X do RGICSF. Durante vários anos, o artigo encontrava-se junto do seu par externo, isto é antecedia o artigo 116.º-AB referente à participação de irregularidades ao Banco de Portugal,

---

6 De acordo com o artigo 1.º-A do RGICSF.

7 A Caixa Económica Crédito Agrícola Mútuo e as caixas de crédito agrícola mútuo são instituições cuja natureza jurídica é ímpar no setor financeiro-creditício, sendo uma cooperativa de responsabilidade limitada (CRL) e detendo um regime jurídico próprio previsto pelo Decreto-Lei n.º 24/91, de 11 de janeiro, daí que a lei a autonomize.

8 Serão “outras empresas” aquelas que correspondam às definições do artigo 2.º-A do RGICSF e que, como tal, sejam qualificadas pela lei.

9 Trata-se de um regime especial de autorização mais simples, previsto no artigo 21.º-A do RGICSF, porquanto estas empresas já estão autorizadas como de investimento e só requerem, ao Banco de Portugal, autorização para atuar no mercado de crédito, ficando suspensa a atividade de investimento.

10 *Capital Requirements Regulation*, doravante somente “CRR”.

estando agrafado ao articulado 116.º-AA, contudo a Lei n.º 23-A/2022, de 9 de dezembro reenumerou-o<sup>11</sup>. O teor do artigo era substancialmente o mesmo, mas não deixa de ser curioso que o mecanismo surge no escopo jurídico-creditício como um mecanismo de deteção de situações de desequilíbrio financeiro que serviria para sustentar um procedimento pré-judicial de liquidação. Através do *whistleblowing*, a instituição e o supervisor, por via do reporte, seriam capazes de detetar uma situação de desequilíbrio financeiro ou de ficarem alertados para essa potencialidade. Hoje, cumprindo indubitavelmente ainda esse papel, este mecanismo cumpre verdadeiras funções de *whistleblowing*.

### 2.3. O direito e o dever de “apitar”

É curiosa a perspetiva do RGICSF, na medida em que gera na esfera jurídica de uns, uma faculdade legal e, na de outros, uma verdadeira obrigação legal. Tem-se por curiosa, na medida em que a imposição de uma obrigação de participar irregularidades por alguém que está no seio de quem as comete, e cujos corredores correrá quotidianamente, com tudo o que isso implica a nível de retaliações, poderá distorcer a própria *ratio* dos mecanismos de *whistleblowing*<sup>12</sup>. Por assim ser, há que se perceber quais as pessoas que podem “soprar o apito” e quais as pessoas que deverão mesmo “soprá-lo”.

O direito à comunicação de irregularidades internamente, isto é, às próprias instituições, surge implicitamente do artigo 115.º-X do RGICSF. Não faria sentido que a lei fosse exigente com as instituições para que as mesmas adotassem participações e mecanismos para processamento de irregularidades participadas, para depois não ter ninguém que os alimente ou, no limite, que um número reduzido de pessoas o venha a fazer. É verdade que não resulta, do RGICSF, a aposição expressa e evidente do direito a fazer-se participações de irregularidades internamente, tal como resulta das participações ao Banco de Portugal, no artigo 116.º-AB, n.º 1 do RGICSF. O argumento baseado na interpretação sistemática e literal poderá levar a que se entenda que o direito à comunicação interna não está consagrado, pois se essa fosse a intenção do legislador, o próprio tê-lo-ia expressado, tal como o expressa imediatamente no artigo seguinte para as participações externas ao regulador e supervisor. É um

11 O artigo 116.º-AA está atualmente revogado. Em rigor, o legislador revogou o artigo 116.º-AA e aditou o 115.º-X, inclusive o capítulo II-D no qual este artigo é único e exclusivo residente, mas como se limitou a fazer algumas correções verbais insignificantes, que não têm qualquer efeito, não passará de uma renumeração.

12 Não deverá deixar de se notar que, apesar de atuarmos no foro jurídico, não devemos alhear-nos de atender às querelas do foro ético e do trato social a que poderão sujeitar-se os *whistleblowers*.

argumento válido, contudo, na ótica do vertido neste escrito, essa perspectiva é castradora e não vai ao encontro da teleologia dos mecanismos de *whistle-blowing*, que existem precisamente para ampliar a fonte de detecção de problemas que poderão ser graves. Defende-se, assim, que as instituições devem criar estes mecanismos de comunicação de irregularidades não apenas para cumprimento do dever legal a que estão sujeitos alguns colaboradores da instituição (artigo 115.º-X, n.º 3 do RGICSF), mas ainda para possibilitar outras pessoas que, querendo-o, possam fazê-lo. Seria coerente e, no mínimo, identificado como uma boa prática se as instituições possibilitassem os colaboradores, membros de órgãos sociais, funções em *outsourcing* da instituição, profissionais ou outros que detenham ou tenham tido uma especial relação com a instituição<sup>13</sup>, ou, até mesmo, os próprios clientes da instituição a denunciar irregularidades. A própria instituição deverá ter interesse nisto, pois o soar do apito permitir-lá identificar algum problema e a saná-lo o mais rapidamente possível, de modos que o reconhecimento desta amplitude subjetiva será benéfico para uma instituição que queira ser sã em sede de transparência e estar em conformidade com os melhores ditames de governo interno. Todas estas pessoas têm ou terão tido uma relação jurídica com a instituição, gerando-se um vínculo direto, seja por força de contrato de trabalho (como os colaboradores), seja por força de deliberação social (como os membros dos órgãos sociais), seja devido a prestação de serviço (como, por exemplo, consultores ou advogados), seja por força de contrato de mútuo oneroso (como será, por exemplo, com certos clientes). Esta relação permitirá a qualquer destas pessoas obter informação da atividade da instituição e a comunicar com a mesma em termos não tão acessíveis a pessoas que não têm aquela relação. Claro está que umas bem mais do que outras: um membro do conselho de administração acederá a mais informação e de maior sensibilidade do que um cliente. Tendo uma relação com a instituição e a informação, o que levaria a excluir a pessoa de poder participar a irregularidade? Em momento algum esta possibilidade será desconforme às intenções que acompanham estes mecanismos<sup>14</sup>. Em seguimento desta perspectiva, várias

---

13 A título de exemplo, veja-se o advogado que é contratado pela instituição para uma certa atividade e que, por isso, tem acesso a informações das quais poderão resultar indícios da prática de irregularidades ou infrações. Faz todo o sentido que, este advogado, possa participar à instituição à qual presta o serviço, essa mesma deficiência que notou, mesmo já não estando vigente a prestação de serviços. Essa é a perspectiva que exponencia o *whistleblowing* à sua abordagem mais construtiva e de *compliance*.

14 Cf., p.e., com a noção citada supra da Transparency Internacional, na nota de rodapé 1: é integralmente conforme àquela noção a denúncia feita por um cliente, podendo entender-se este como um verdadeiro *whistleblower*.

instituições de crédito do nosso ordenamento jurídico já adotam esta abrangência de legitimidade para denunciar<sup>15</sup>. Parece-nos que, no que toca à faculdade de participar, a amplitude tem de ser aquela que mais permita aceder a participações, pelo que a inserção da clientela neste campo não será passível de liquidez, mas só assim o será se nos castrarmos a (algumas<sup>16</sup>) noções de *whistleblowing* e não tanto à *ratio* que lhe deve estar subjacente. Subscrevemos aqui noções mais abrangentes no plano subjetivo, que não castram esse âmbito a uma relação laboral, profissional ou institucional, daí que nos seja, sem celeuma, qualificável como possível denunciante um cliente, quiçá o público em geral<sup>17</sup>. Nesse sentido, defendendo o mesmo, mas de modo um menos desconstruído, diz Alfar Rodrigues que “(...) não podemos deixar de criticar a opção do legislador português, em apenas proteger as pessoas que denunciem ou divulguem infrações com fundamento em informações obtidas no âmbito da sua atividade profissional”<sup>18</sup>.

Com a outra face da moeda, mais desafiante, ficam as pessoas que, por virtude das funções que exercem na instituição, nomeadamente em áreas de auditoria interna, de gestão de riscos ou de controlo do cumprimento das obrigações legais e regulamentares (*compliance*), impende o dever de denunciar<sup>19</sup>. Brilha Esteves e Silva Bernardes falam de um *regime bicéfalo*, porquanto confere direitos, mas também deveres<sup>20</sup>. As pessoas que operem nas áreas de auditoria interna, de gestão de risco e em *compliance* têm obrigatoriamente de participar as irregularidades graves de que tomem conhecimento, o que

---

15 *V.g.* a Política de Comunicação de Irregularidades do Banco Comercial Português, S.A (BCP) ou a Política de Comunicação de Irregularidades e Preocupações (*Whistleblowing*) do EuroBIC, S.A.. Não são as únicas, contudo ainda não é uma abordagem unânime.

16 Conceitos há que restringem a legitimidade da denúncia a quem tiver uma relação laboral, tal como, e entre tantas outras, a do Conselho da Europa, que diz que ““whistleblower” means any person who reports or discloses information on a threat or harm to the public interest in the context of their work-based relationship, whether it be in the public or private sector”. Recomendação CM/Rec(2014)7, adotado pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, a 30 de abril de 2014, p.6.

17 Além da noção já por nós citada e subscrita da Transparency International, na nota de rodapé 1, outras há que não são castradoras no plano subjetivo, tal como, e indo totalmente no sentido do que expusemos quanto à possibilidade de definição ser diversa, “Whistleblowing can be defined in a number of ways. In its simplest form, whistleblowing involves the act of reporting wrongdoing within an organization to internal or external parties”. Eaton & Akers, 2009: 67.

18 Alfar Rodrigues, 2022: 46.

19 Artigo 115.º-X, n.º 3 do RGICSF.

20 Brilha Esteves & Silva Bernardes, 2022: 8-11. Se bem que esta designação provém pela distinção entre o artigo 115.º-X – o conferidor de deveres – e entre o artigo 116.º-AB – o conferidor de direitos – e, como já demos conta supra, o próprio artigo 115.º-X do RGICSF deve conferir direito de participação à instituição.

retira margem de manobra a quem tem estas funções. Esta obrigação não se irá gerar pelo simples facto de alguém deter estas funções. Gera-se quando a essa qualidade se soma a informação que sustenta o indício de irregularidade. Conforme referimos quando falamos do direito a denunciar, também nos parece conferir-se um dever para as pessoas subcontradadas. Imagine-se que, em matéria de *compliance*, a instituição tem em vigor um contrato para consultoria com uma sociedade de advogados. A este advogado também recairá o dever de participar a irregularidade, quando a detete<sup>21</sup>.

Dificuldade surge na definição das pessoas sobre as quais recai este dever. Veja-se que no plano da defesa da instituição, no mundo da supervisão, tende-se a apresentar principalmente 3 grandes linhas de defesa internas: a primeira linha será composta pelas áreas geradoras de negócio, i.e., pelo próprio comércio, sendo composto pelos colaboradores que fazem gestão de clientes, de carteiras de crédito, incluindo até aquelas que são “abordadas ao balcão”, fazendo aí uma “filtragem” dos riscos assumidos; a segunda linha será composta pela função de *compliance* e gestão de risco, a qual vigia a exposição ao risco pela instituição e garante a conformidade da atividade com diversas diretrizes legais, regulamentares e até com *soft law*; em terceiro patamar de linha de defesa temos a função de auditoria interna que assegura, de forma independente, que o controlo interno é efetivo e que as políticas e procedimentos são eficazes e aplicados de forma consistente. Perante estas três linhas de defesa – às quais se poderiam somar outras<sup>22</sup> – será fácil de se perceber que o *core* da obrigação de participar se encontra nas segunda e terceira linhas de defesa. É-nos difícil que, na primeira linha de defesa, se suscite tamanha obrigação. É verdade que os colaboradores que integram estas unidades têm verdadeiros papéis a desempenhar no plano gestão de riscos ou de controlo da conformidade legal e regulamentar, mas paradigmaticamente estas pessoas terão uma visão mais voltada para o comércio, tendo sempre como filtro todas aquelas orientações, ou seja, estas matérias têm um carácter complementar na sua área de atuação. O mesmo não se poderá já afirmar para os integrantes da

---

21 Nos termos do artigo 115.º-X, n.º 3 do RGICSF. No mesmo sentido, Brilha Esteves e Silva Bernardes que afirmam que “justifica-se que estes agentes, conhecendo potenciais infrações e irregularidades, devam também reportá-las, como é o caso, por exemplo, dos consultores, ex trabalhadores e prestadores de serviços, nomeadamente, os advogados”. *Ibidem*: 16.

22 *Vide* Arndorfer & Minto, 2015 que expressam precisamente a insuficiência das três linhas de defesa. De facto, já ninguém se cinge à tripartição das linhas de defesa, integrando, pelo menos, a quarta na qual se inclui a auditoria externa e o regulador/supervisor. Quanto a mim, penso que o regulador e supervisor, como, entre nós, é o Banco de Portugal para as instituições de crédito, deverá representar a quinta linha de defesa, pois quem exerce a auditoria externa propriamente dita são entidades diferentes do BdP.

segunda e terceira linhas de defesa, pois aqui temos a substância da gestão de riscos, do *compliance* e da auditoria interna, respetivamente.

#### 2.4. O conceito de irregularidade grave

Não raras vezes deparamo-nos com a opção, pelo legislador, do emprego de conceitos indeterminados na legislação. Aquilo que ao abrigo do RGICSF deve ser participado são *irregularidades graves*, tratando-se de deficiências relativas à administração, organização contabilística e fiscalização interna da instituição de crédito ou de indícios de infração a deveres previstos no próprio RGICSF ou na CRR, e que sejam suscetíveis de a colocar em situação de desequilíbrio financeiro. Resulta do artigo 115.º-X, n.º 3 do RGICSF uma noção que, em moldes práticos, tenta circunscrever o conceito em causa, mas deixando as suas paredes com bastantes janelas escancaradas. O emprego de conceitos indeterminados gera dificuldades do ponto de vista da ambivalente interpretação a que se sujeita: facilmente aquilo que alguém diz que é, outrem dirá que não é, e certamente ambos com argumentos válidos nos seus sentidos. Opostamente, permite uma vantagem que se encontra em cruzamento com a referida desvantagem e que me parece ultrapassá-la: um conceito indeterminado não carece de constante atualização, podendo albergar novas formas e métodos que antes não eram conhecidos, devido à sua maleabilidade. A opção por elencos não taxativos traz a benesse de, na previsão da norma jurídica, incluir-se os inovadores e originais métodos para a prática de irregularidades que, até então, não se verificavam, impulsionando-se a respetiva estatuição. Nestes casos, a possibilidade de ocorrência de lacunas na lei reduz-se, pois pela via da interpretação, a situação fática possivelmente subsumir-se-á na norma jurídica.

Sem prejuízo disto, não deixamos de ser defensores que o mencionado conceito de irregularidades graves é ambíguo, não permitindo muitas vezes que quem denote indícios da prática dessa irregularidade, seja capaz de a identificar, em primeiro lugar, como irregularidade e, em segundo lugar, como grave. É que, veja-se, não basta a infração ocorrer no campo da administração, contabilidade ou da fiscalização interna ou de deveres impostos pelo RGICSF ou pela *Capital Requirements Regulation*, mas tem de ser grave ao ponto de colocar a instituição em desequilíbrio financeiro. Não teria pecado o legislador, seja no RGICSF seja o regulador no Aviso 3/2020, ao abrigo do n.º 8 do artigo 115.º-X do RGICSF, em definir um elenco meramente exemplificativo de irregularidades graves e que, portanto, devem ser participadas.

Devemos adiantar que não subscrevemos o esclarecimento – e muito nobre contributo – dado por alguma doutrina, designadamente por Alfar Rodrigues. O douto autor, identificando também este problema, salvaguarda-se no artigo 211.º do RGICSF para lhe responder e como que, implicitamente, alia o conceito de *irregularidades graves* ao de *infrações especialmente graves*. Diz o mesmo que “O RGICSF não define o que são *irregularidades graves*. No entanto, o artigo 211.º do presente Regime, define (...) as *infrações especialmente graves*: (...)”<sup>23</sup>, seguindo-se uma extensa exposição dessas infrações. Esta ligação é simplista, primeiramente porque o artigo 211.º do RGICSF cinge-se a ilícito de mera ordenação social. A infração só será classificada quanto à sua gravidade após assim estar enquadrada juridicamente pela autoridade competente, altura a qual a denúncia já não terá propriamente a relevância que se lhe almeja. Também não se deve dizer que será pela prática contraordenacional que a instituição se colocará em desequilíbrio financeiro. Poderá dar-se o caso de uma instituição ser visada num processo contraordenacional levado a cabo por infração subsumida no artigo 211.º do RGICSF e não chegar a ter cometido uma *irregularidade grave*. Por assim ser, não negando que o olhar para este conceito de *infrações especialmente graves* pode auxiliar no momento de identificação, o conceito de *irregularidades graves* é bem mais complexo do que isso, não podendo nós permitir que se resuma àquela remissão.

Numa tentativa de simplificar, será mais difícil perceber o que é idóneo de gerar desequilíbrio financeiro do que propriamente perceber quando há, ou não, uma verdadeira irregularidade. Haverá irregularidade quando, ao nível da administração da instituição, da organização contabilística ou da fiscalização interna, haja indícios *sérios* de que não se cumpram as obrigações legais e regulamentares, tanto quantitativas como qualitativas, não cumprindo a instituição, por exemplo, com certas exigências impostas pela lei, em especial quando seja o RGICSF ou a CRR a implementar esses limites ou trâmites. Mas quando é que será grave? Não basta aquela desconformidade, tem de haver também algo que nos permita afirmar que aquela irregularidade é capaz de gerar um desequilíbrio financeiro na instituição. E a dificuldade maior encontra-se aqui, porquanto quando falamos de desequilíbrio financeiro, não falamos necessariamente de valores, de quantias, mas também da inexistência ou insuficiência de diretrizes qualitativas. Não é só, por exemplo, a operação de crédito aprovada que pode conduzir a uma perda de uma imensa quantia que

---

23 *Op. cit.*, 96.

gera desequilíbrio financeiro, mas a falha por parte dos sistemas de governo e controlo internos também. Como exemplo prático: se uma instituição não tiver uma política de partes relacionadas com a instituição e de gestão de conflitos de interesses que vá ao encontro daquilo que, especialmente, os artigos 33.º e 34.º do Aviso 3/2020 preveem, poderemos ter um membro do conselho de administração a aprovar operações que favorecem grandes devedores da instituição, devedores esses que até podem integrar a própria instituição e influenciar a sua gestão. Ora, esta lacuna é claramente uma irregularidade, porque surge ao nível da desconformidade regulamentar ao nível da administração e fiscalização interna da instituição e é grave, pois poderá levar a que a instituição se encontre numa situação de desequilíbrio financeiro. E repare-se que a interpretação literal tem aqui especial importância e não serve só de ponto de partida, mas indica-nos uma referência, pois a irregularidade só tem de ser *suscetível* de gerar tal desequilíbrio financeiro, não tem este sequer de ser iminente ou ser efetivo. Basta-nos vislumbrar sustentadamente que certa irregularidade pode gerar aquela situação e ela deve ser carimbada como grave.

Perante esta dificuldade, que as próprias instituições de crédito reconhecem e enfrentam, tem sido adotada a boa prática de as instituições tentarem qualificar nas suas políticas de participação de irregularidades aquilo que se entende por *irregularidades graves* e, na análise de várias políticas, encontramos várias abordagens neste campo: tanto há instituições que optam por uma abordagem *pela positiva*, isto é, desenvolvem mais os critérios para identificação das irregularidade sujeitas a comunicação e/ou apresentam um elenco exemplificativo de irregularidades sujeitas a comunicação, como há as que optam por uma abordagem *pela negativa*, o que se consubstancia em dizer aquilo que não é irregularidade sujeita a comunicação<sup>24</sup>. Claramente que esta abordagem *pela negativa* não é, de todo, a melhor, nem se recomenda como se recomenda a abordagem pela positiva.

---

24 Como exemplo de abordagens *pela positiva*, vide a PPI da Caixa Central Crédito Agrícola Mútuo, CRL (CCCAM, CRL) que oferece mais critérios para aferição daquilo que são irregularidades graves ou a PPI do Novo Banco, que tem uma abordagem mista ao oferecer critérios e apresentar um elenco exemplificativo. Como exemplo de abordagem *pela negativa*, vide a PPI do BCP.

### 3. A POLÍTICA DE PARTICIPAÇÃO DE IRREGULARIDADES

#### 3.1. O Aviso 3/2020 do Banco de Portugal e a PPI

O Banco de Portugal recebe poderes delegados, pela via legal, do legislador para regulamentar certas matérias. É isso que, para além de outras situações, foi feito também para a participação de irregularidades, nos termos do artigo 115.º-X, n.º 8 do RGICSF. O Aviso<sup>25</sup> 3/2020 do Banco de Portugal, entrado em vigor a 16/07/2020, concretiza isso mesmo pelo artigo 35.º, focando-se essencialmente na Política de Participação de Irregularidades, ao exigir, no n.º 1, que o órgão de administração assegure que a instituição dispõe da mesma<sup>26</sup>.

Quis-se assegurar um conteúdo mínimo nestas políticas, de modos que segundo o n.º 2 do mesmo artigo, a PPI deve, *pelo menos*, dispor daquilo que ali está elencado e que não será de difícil perceção. Sem prejuízo disso, parece merecer que se tenham algumas considerações ao que ali consta. Tim V. Eaton e Michael D. Akers escreviam, já em 2007, que o desenvolvimento de uma política de *whistleblowing* deveria conter certos elementos, a saber: uma clara definição dos indivíduos abrangidos pela política, não retaliação, confidencialidade, procedimentos e comunicação<sup>27</sup>. Mais contemporaneamente, tudo isto mantém pleno peso numa política do carácter daquele que aqui referimos e, conforme veremos, todos estes campos estarão abrangidos pelas exigências regulatórias do setor bancário, mas com consideração pela autonomia que as instituições detêm.

O regulador não foi especialmente exigente. Lido esse elenco percebe-se que foi estipulada uma obrigação mais voltada para os fins, do que de meios. Neste sentido, ao exigir que a instituição fixe um procedimento interno e autónomo para receção, tratamento e armazenamento das participações recebidas, o regulador não diz concretamente de que modos deve esse processo ocorrer, apenas apontando algumas diretrizes que, essas sim, têm de ser respeitadas, tal como a garantia da confidencialidade dos denunciante,

25 “Continua, assim, o B.P. a ter competência para elaborar «regras de conduta», mediante aviso, que é uma norma regulamentar (...) disciplinadoras de toda a atividade bancária e financeira”. Cabral de Moncada, 2012: 374.

26 Note-se que aquando do envio do presente escrito para publicação, o Aviso 3/2020 ainda se referia, no artigo 35.º, n.º 1, ao revogado artigo 116.º-AA do RGICSF, dado a Lei que o revogou/renumerou ser recentíssima. Deve ler-se, no lugar daquele artigo, o artigo 115.º-X do RGICSF. Para mais desenvolvimento, *vide supra* nota de rodapé 13.

27 *Op. cit.*, p.70-71.

denunciados e eventuais terceiros referidos, e a garantia de que o acesso à comunicação e elementos do procedimento cinge-se a pessoas que a tramitarão, no número estritamente necessário para o efeito. O regulador não diz às instituições que quer que a tramitação ocorra num certo e determinado sentido, com certas e determinadas fases<sup>28</sup>. Ao regulador interessa o teor e os resultados, sendo que os meios que lhe interessa proteger é onde estipulou diretrizes a serem cumpridas.

Em sede de confidencialidade, parece-nos que a sua tutela se pode garantir por intermédio a várias formas, mas uma PPI que preveja que o armazenamento e tratamento dos elementos que compõem a comunicação são de acesso confidencial, e que não devem ser armazenados num formato em que qualquer colaborador da instituição tenha acesso, mas somente o terão a equipa que tramitará e decidirá o mesmo, no estrito número necessário para o efeito – e eventualmente a hierarquia do visado ou o supervisor<sup>29</sup> – e que a tramitação é feita o mais *low profile* possível, sem partilha de dados. Concernente ao anonimato, o mesmo pode dizer-se, sendo que o anonimato do denunciante é garantido pelo facto de a PPI prever formas que garantam que o denunciante não se identifica por qualquer forma possível. E isto tem de ocorrer: para além de a comunicação poder ser feita por via oral, escrita ou em reunião, também tem de ser dada a possibilidade de ser feita em anónimo<sup>30</sup>, sendo que nestes casos levantam-se algumas distinções na própria tramitação. A distinção ocorre no que toca ao envio de aviso de receção e da resposta por parte da instituição ao denunciante. Claro está que se a comunicação foi feita em anónimo, então ela só assim o será se não houver possibilidade de identificar, imediata ou mediata, o denunciante. O Aviso 3/2020 exige que as instituições enviem ao denunciante que se identificou um aviso de receção no prazo máximo de 7 dias, contado a partir da receção da denúncia, da mesma forma que impõe que a resposta à denúncia seja enviada ao mesmo no prazo máximo de 3 meses, contado desde o envio do mencionado aviso<sup>31</sup>.

28 “It is essential that the whistleblowing policy is enforced. Any disclosure must be investigated promptly and properly. Take appropriate action at the right level. The policy will be seriously undermined if you do not.” Freshfields Bruckhaus Deringer llp, 2013: 8.

29 Comunicação esta para efeitos do cumprimento do disposto no artigo 35.º, n.º 2, al. i) do Aviso 3/2020.

30 Artigo 35.º, n.º 2, als. b) e d) do Aviso 3/2020.

31 Artigo 35.º, n.º 2, als. e) e h) do Aviso 3/2020. Não deixa de ser curioso que há (bons) exemplos de instituições que, respeitando nas suas políticas os referidos prazos máximos, pretendem o tratamento da irregularidade mais celeremente ao reduzir esses prazos. V.g. a PPI do Novo Banco que, no ponto 8.5., refere que a resposta deve ser enviada ao denunciante no prazo de duas semanas.

Valerá dizer que se o Aviso estipula este prazo de 3 meses para a resposta ao denunciado, é porque entendeu o regulador não pretender que o tratamento da irregularidade participada se estenda por mais do que esse prazo. Quando o denunciante recebe a resposta, deverão já estar implementadas as medidas finais aplicadas ou a justificação para nenhuma ter sido adotada<sup>32</sup>.

Na pretensão de uma tramitação eficaz, eficiente, célere e especializada, exigiu o regulador que se estipulasse na PPI a unidade de estrutura ou órgão da instituição que, em articulação com o órgão de fiscalização, é responsável pelo procedimento e que, além disso, tutele o registo das participações numa base de dados própria e a sujeição à análise, elaboração do relatório onde constem as medidas adotadas, a adotar ou o fundamento eventual inação<sup>33</sup>. Tendencialmente, esses órgãos deverão ser aqueles onde reside a função de conformidade ou a função de auditoria interna, por serem o corpo por excelência cuja competência passa, precisamente e respetivamente, por perceber se a atuação é conforme ou desconforme legal e regularmente e por avaliar e acompanhar continuamente as deficiências identificadas<sup>34</sup>. Uma conciliação entre as duas funções será, até, uma boa prática, pois ao não se exigir especificamente qual o corpo da instituição que deve articular-se com o órgão de fiscalização para o tratamento concertado entre ambas as funções permitirá que haja uma abordagem, por um lado, mais voltada para a *compliance* e, pelo outro, mais voltada para as finalidades da auditoria.

A PPI é um instrumento que se sujeita a divulgação interna à instituição, i.e. aos colaboradores, mas também a divulgação pública, através de publicação no sítio da internet da instituição. Se assim o é, e porque o regulador pretendeu a maior acessibilidade de informação ao mercado, fica sujeita esta concreta publicação às diretrizes do artigo 64.º do Aviso 3/2020. Atendendo ao aí preceituado, deverá o acesso a esta informação ser prosaico, devendo

---

32 Como recomenda o Conselho da Europa “A whistleblower who makes an internal report should, as a general rule, be informed, by the person to whom the report was made, of the action taken in response to the report”, *op. cit.*, 9, §20.

33 Artigo 115.º-X, n.º 4 do RGICSF e artigo 35.º, n.º 2, als. c) e f) do Aviso 3/2020. Os elementos que compõem a participação, incluindo o relatório que emergirá da mesma, deverão ser conservados pelo prazo de cinco anos em formato físico ou noutra suporte duradouro que permita a reprodução integral e inalterada da informação (artigo 115.º-X, n.º 5 do RGICSF), sendo que o supervisor pode exigir a sua apresentação durante esse período (artigo 35.º, n.º 3 do Aviso 3/2020).

34 Artigos 28.º e 32.º, n.º 1, al. b) do Aviso 3/2020. As instituições de crédito tendem a fazer recair esta competência sobre estas duas funções, sendo que casos há em que há articulação entre ambas, v.g. PPIs do Novo Banco, do BCP, da Caixa Económica Montepio Geral, ou do EuroBIC, que colocam a competência sobre os Departamentos de *Compliance* e de Auditoria Interna.

pela pesquisa diretamente nos principais motores de busca da *internet* ser possível aceder à PPI, mesmo sem prévio acesso ao sítio da *internet* da instituição. Quando alguém pesquisa num dos motores de busca principais a PPI de uma certa instituição, deverá constar como um dos primeiros resultados essa mesma PPI. Já via sítio da *internet* da instituição, o acesso deve ser fácil e intuitivo.

### 3.2. O relatório anual sobre participação de irregularidades e a Instrução 18/2020

Todos os anos, por referência a 30 de novembro e com reporte ao supervisor até ao final de cada ano<sup>35</sup>, as instituições devem elaborar e aprovar o relatório anual de participação de irregularidades, onde deve ser feita uma certa descrição do que constará da PPI, designadamente os meios de receção, tratamento e arquivo das participações de irregularidades. De acordo com o artigo 9.º, n.º 1 da Instrução 18/2020, por remissão do artigo 35.º, n.º 4 do Aviso 3/2020, há um conteúdo mínimo que deste relatório deve constar, a saber: às participações deve ser dada uma referência interna, que deverá estar identificada no relatório, e no mesmo deverá constar ainda a data de receção da comunicação, uma *sumária* descrição da factualidade vertida na mesma e a da respetiva análise feita, devidamente enquadrada juridicamente, a *sumária* descrição das diligências levadas a cabo para apuramento e averiguação da factualidade participada, o ponto de situação do processo (pendente ou finalizado) e, caso já esteja finalizado, o resultado a que se chegou, qual a data a que foi enviada a resposta ao denunciante, caso este se tenha identificado, e a descrição das medidas adotadas ou a adotar em resultado da participação ou fundamentação para a não adoção de quaisquer medidas. Em minha opinião, deve incluir-se em medidas adotadas a menção à realização da comunicação à hierarquia do denunciado e, em caso disso, ao supervisor. Afinal, isso é uma verdadeira *actio* que emerge do facto de alguém ter participado uma irregularidade, consubstanciando-se como uma medida adotada em razão daquela participação, mesmo que necessária pela força regulamentar do artigo 35.º, n.º 2, al. i) do Aviso 3/2020. Deve concluir-se com o número total de participações efetuadas entre o período de referência.

---

35 Artigo 9.º, n.º 1 da Instrução 18/2020, com exceção para a Caixa Central do Crédito Agrícola Mútuo, CRL que só tem de remeter o relatório anual até 31 de janeiro do ano seguinte àquele a que disser respeito, segundo o n.º 2 do mesmo articulado.

### 3.3. A morada do poder para aprovação da PPI

Quando falamos de uma política de uma instituição, surge sempre a dúvida de saber quem tem o poder para a elaborar e aprovar. Esta é uma dúvida que não é específica de Direito Bancário, mas é mais genérica, de Direito das Sociedades Comerciais. A questão que se levanta é aquela genérica que advém da possibilidade de delegação de poderes pelo Conselho de Administração numa Comissão Executiva, nos termos do artigo 407.º, n.º 3 do Código das Sociedades Comerciais. “O contrato pode autorizar que o conselho delegue certos poderes de gestão – a chamada ‘gestão corrente’ – num ou mais administradores, que se designarão delegados, ou numa comissão executiva formado por um mínimo de dois membros”<sup>36</sup>. Esta faculdade concedida a quem adote o modelo de governo latino/tradicional ou o modelo anglo-saxónico<sup>37</sup>, levanta sempre a questão de perceber quais os limites do que pode ser delegado.

Como já se adiantou, só se a instituição – leia-se agora aqui, também indistintamente, sociedade – adotar o modelo latino ou o modelo anglo-saxónico é que pode ocorrer a delegação de poderes. Assim se entende, pois, parece ter sido essa a intenção do legislador ao estipular no artigo 278.º, n.º 1, al. c) do CSC que o Conselho de Administração é *executivo*. Não o fez nem na al. a) para o modelo latino nem na al. b) para o modelo anglo-saxónico, sem embargo de ambos deterem Conselho de Administração. Se o legislador pretendeu um Conselho de Administração executivo nesse modelo, não faz sentido a permissão do “empurrar” do que caracteriza esse mesmo executivo para uma comissão executiva ou para certos administradores. Para além disso, há elementos históricos que nos indicam que essa não foi mesmo a intenção do legislador, pois conforme diz Olavo Cunha “reforça este entendimento a própria evolução legislativa (...), enquanto, na redação anterior à reforma de 2006, o artigo 431.º remetia para o artigo 407.º, podendo abranger, portanto, nessa remissão a delegação de poderes e a possibilidade de constituição de comissão executiva – (...) –, a redação atual do n.º 3 do artigo 431.º omite especificamente essa remissão, mantendo a remissão para os artigos 406.º,

<sup>36</sup> Olavo Cunha, 2016: 773.

<sup>37</sup> Nos termos do artigo 278.º do CSC, o modelo latino ou tradicional é *2 tier*, ou seja é dualista, havendo uma orgânica separação do órgão de administração do órgão de fiscalização, pois é composto pelo Conselho de Administração e pelo Conselho Fiscal; o modelo anglo-saxónico é já *1 tier*, dado ser monista, pois do Conselho de Administração advém a Comissão de Auditoria; por último, o modelo germânico é também *2 tier*, pois é composto por um Conselho de Administração Executivo e por um Conselho Geral e de Supervisão. Para mais desenvolvimentos, *vide* Cunha da Cruz, 2007: 54-56.

408.º e 409.º, e afastando desse modo a aplicabilidade do artigo 407.º a este modelo de governação”<sup>38</sup>.

No que às matérias a cuja impossibilidade de delegação estão sujeitas diz respeito, diga-se que, em nossa perspetiva, a aprovação da política de participação de irregularidades é uma delas. Desde logo veja-se que o CSC só permite a delegação da *gestão corrente*<sup>39</sup> da sociedade. Subscrevendo a tese de que gestão corrente não é apenas composta pela remissão que o artigo 407.º, n.º 4 para algumas alíneas do artigo 406.º do CSC e que se deve interpretar extensivamente aquela norma<sup>40</sup>, parece-me que não será gestão corrente a aprovação de uma política da sociedade, ainda pelo mais com a relevância que esta terá, devido às repercussões a que podem levar. Essa é uma diretriz basilar de uma sociedade, de acordo com a qual os demais órgãos e unidades da sociedade, incluindo colaboradores e até o público em geral, se devem orientar, de modos que não poderá ser uma gestão tida como *corrente*, porquanto a aprovação de uma política não é propriamente um ato quotidiano típico da gestão de uma qualquer sociedade. Neste sentido, a aprovação da PPI de uma instituição de crédito ficará necessariamente a cargo do Conselho de Administração, deliberando em pleno e segundo o disposto, principalmente, do artigo 410.º do CSC. Não obstante, note-se que é a *aprovação* que não se pode delegar, mas a execução da política não terá de ser afastada da Comissão Executiva, pois “se a política de participação de irregularidades deve caber ao conselho de administração funcionando em pleno, a sua aplicação operacional estará a cargo da comissão executiva”<sup>41</sup>.

Ainda no mesmo sentido, segundo as Orientações da EBA sobre Governo Interno, será competência própria do Conselho de Administração “a aprovação das principais políticas da instituição, atendendo aos seus interesses financeiros e à solvabilidade”<sup>42</sup>. Ora, se as irregularidades que aqui interessam serão graves a ponto de colocar a instituição em desequilíbrio financeiro, como vimos já *supra*, então isso será uma questão também de interesses

38 *Op. cit.*, p.775-776.

39 Artigo 407.º, n.º 3 do CSC. Segundo Coutinho de Abreu, a gestão corrente consubstancia-se na gestão “técnico-operativa quotidiana da sociedade”. 2010: 7-47.

40 Neste sentido, Coutinho de Abreu, 2010: 40.41 e, também, Soveral Martins, para quem “Não se lê ali [no artigo 407.º, n.º 4], com efeito, que tudo o que se acha previsto nas restantes alíneas é matéria delegável”, 2011: 37.

41 Pereira Duarte, 2020: 172-173.

42 Parágrafo. 25/a. das Orientações da EBA sobre Governo Interno (EBA/GL/2021/14).

financeiros e de solvabilidade da instituição. Não obstante, e até antes disso, a política de participação de irregularidades é, só por si, uma das principais políticas da instituição. Quer-se também um comprometimento de alto nível com esta política, de modos que só a aprovação pelo plenário do Conselho de Administração gerará tamanho compromisso<sup>43</sup>.

Se mora no Conselho de Administração este poder, a sua delegação na Comissão Executiva ou num administrador e a deliberação nesses termos consubstanciará a invalidade, com o ferimento profundo de nulidade, nos termos do artigo 411.º, n.º 1, al. c) do CSC.

#### 4. FACE À LEI DE PROTEÇÃO DE DENUNCIANTES: DOIS ÍMANES QUE SE ATRAEM

A Lei n.º 93/2021, de 20 de dezembro<sup>44</sup>, que estabelece o regime geral de proteção de denunciante de infrações, transpondo a Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2019, relativa à proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União deve ser também atendida. Falamos, em todos os casos, de leis de proteção de denunciante, numa ótica de lei geral e lei especial, sendo o RGICSF e o Aviso 3/2020 a lei especial e esta Lei de Proteção de Denunciante será lei geral. No sentido do basilar princípio de Direito *lex specialli derogat generali* preferencialmente aplicar-se-ão aqueles diplomas jurídicos nos quais se centrou o presente escrito e supletivamente aplicar-se-á a lei agora introduzida. Veremos, pontualmente, em que medida é que o cumprimento do disposto no RGICSF e no Aviso 3/2020 permitirá o cumprimento da Lei de Proteção de Denunciante.

O conceito de denunciante nesta Lei é bem mais restrito do que aquele até agora, por nós, utilizado no presente escrito. Como dissemos acima, para nós, os clientes de uma instituição de crédito deverão também poder aceder aos sistemas de comunicação interna de irregularidades, por força da relação contratual que detêm com a instituição e que lhes dará acesso a informação e/ou a ocorrências que poderão suscitar indícios de irregularidades e que poderão

43 “The CEO and board should clearly support and sponsor any whistleblowing regime. Board members or other senior managers must be seen to respect the policy. If anyone discourages whistleblowing this will significantly undermine other efforts”. Freshfields Bruckhaus Deringer llp, *op. cit.*: 7.

44 Doravante também referida como “Lei de Proteção de Denunciante” ou somente pela sigla “LPD”. Para alguns esclarecimentos de teor mais prático quanto a esta lei, em geral, *vide Transparência – Regime geral de proteção de denunciante de infrações*, da Secretaria-Geral da Presidência do Conselho de Ministros.

ser participadas. Do artigo 5.º da LPD resulta claramente que o fundamento da comunicação deve estar “em informações obtidas no âmbito da sua atividade profissional”. De onde advém, sem margem para dúvidas e opostamente à interpretação que nós damos ao RGICSF, que a lei geral é mais restrita que a lei especial.

Deve-se, ainda, dizer que o critério quantitativo referido no artigo 8.º, n.º 1 da LPD não se aplicará às instituições de crédito no plano das irregularidades graves que fomos referindo. Por esse artigo torna-se obrigatório que as pessoas coletivas com 50 ou mais trabalhadores tenham canais de denúncia interna. Da análise que fizemos ao âmbito subjetivo do RGICSF, e que não é em momento algum coartado, percebemos que os mecanismos aí, e no Aviso 3/2020, exigidos aplicam-se a todas as instituições de crédito que resultam da conjugação dos artigos 1.º-A, 2.º-A e 3.º do RGICSF.

Quanto às características e formas dos canais de denúncia, deve-se dizer que, tendencialmente o respeito pelo que consta das leis especiais permitirá à instituição de crédito cumprir com o disposto nesta lei geral. Em ambos temos a exigência legal e/ou regulamentar da proteção dos elementos e teor da denúncia, assim como a proteção da integridade e sua conservação, designadamente através do “cadeado” colocado no acesso aos elementos das participações, cuja chave não poderá ser concedida “ao portador”, mas deve ser bastante bem nominada, na medida da necessidade e suficiência (cfr. artigos 9.º da LPD e 35.º, n.º 2, al. *a*) do Aviso 3/2020). Também ambos exigem a possibilidade de denúncias pela via escrita, oral ou em reunião (cfr. artigos 10.º da LPD e 35.º, n.º 2, al. *b*) do Aviso 3/2020). Também em matéria de prazos, há alguma congruência: quando a denúncia é identificada, deverá dar-se conta no prazo máximo de sete dias ao denunciante do recebimento da mesma, assim como a exigência de um procedimento interno de averiguação da participação, inclusive o desfecho do procedimento através de comunicação ao denunciante no prazo máximo de 3 meses (cfr. artigos 11.º da LPD e 35.º, n.º 2, als. *e*), *c*), *f*) e *h*) do Aviso 3/2020).

Em sede de confidencialidade, a proximidade entre regimes é efetiva, assim como em sede de anonimato. Tanto num regime como no outro, a confidencialidade quer-se tutelada e por vias bastante próximas, com a proibição de acessos indevidos, de garantia de que o teor das participações e do procedimento não extravasa os limites subjetivos estritamente necessários e que todo o procedimento é tutelado, desde embrião até ao seu enterro, como verdadeiramente anónimo (cfr. artigos 18.º da LPD e 35.º, n.º 2, al. *a*) e *g*) do Aviso 3/2020).

Já em relação à proibição da retaliação, é verdade que a LPD acaba por ter a letra da lei bem mais clara. O Aviso 3/2020 deixa a consideração genérica de que a proibição da retaliação e da discriminação deve estar garantida na PPI, indo mais longe a LPD (cfr. artigos 21.º da LPD e 35.º, n.º 2, al. j) do Aviso 3/2020). Parece correto que toda a interpretação feita no âmbito do Aviso 3/2020 seja feita de acordo com o artigo 21.º da LPD, pois é bem mais clara e gera até uma presunção *iuris tantum* de que qualquer dos atos elencados no n.º 6 desse artigo que sejam praticados contra o denunciante até dois anos após a denúncia ou da divulgação pública é um ato de retaliação ou discriminação, gerando direito à indemnização por danos causados, já no plano dos n.ºs 4 e 5, ainda do mesmo preceito. Esta presunção, sendo ilidível, gera na esfera jurídica da pessoa coletiva o ónus de fazer prova em contrário, de ilidir tal presunção e demonstrar que efetivamente aquela atuação não se deveu a uma situação de retaliação ou discriminação motivada pela denúncia<sup>45</sup>. Se a sanção for disciplinar, então apenas se tem como abusiva.

Toda esta proximidade não parece ser de se surpreender. Afinal o regulador quando elaborou o Aviso 3/2020 já atendeu à Diretiva que é transposta pela Lei de Proteção de Denunciantes. A Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho é de 23 de outubro de 2019 e o Aviso 3/2020 é publicado (quase) um ano depois, a 15 de julho de 2020, de modos que o Banco de Portugal, ágil e eficientemente, foi capaz de colocar algumas questões internas em harmonia com o regime comunitário, que, a essa altura, ainda carecia de transposição para o ordenamento jurídico interno para aqui vigorar. Eventualmente, por força desta abordagem, o legislador interno não sentiu a necessidade de alterar o teor do RGICSF por conformidade com a Diretiva, dado o Banco de Portugal ter antecipado, e muito bem, isso. O regulador não aguardou a transposição da Diretiva e antecipou-se, fazendo vigorar no setor bancário certas exigências ainda antes de elas vigorarem no ordenamento jurídico em geral, e bem! É esta perspetiva que a economia e o mercado, em geral, e os depositantes, em especial, devem esperar do regulador e supervisor das instituições de crédito, pois assim se tutela cirurgicamente um setor do mercado que bem precisa dessas pinças, lupas e bisturis. Neste sentido, “Bem se compreende então, à luz das sensibilidades descritas, que os padrões mínimos de governo das sociedades bancárias devam prosseguir

---

45 Opera o instituto da inversão do ónus da prova, segundo o artigo 344.º, n.º 1 do Código Civil.

objectivos mais ambiciosos do que aqueles tidos em vista para as empresas não financeiras”<sup>46</sup>.

## 5. CONCLUSÃO

As especificidades que as leis especiais importam, desafiam sempre o seu intérprete à percepção e devida aplicação das verdadeiras diferenças. Viu-se de que modo é que o RGICSF e o Aviso 3/2020 se especializam face à LPD, ou até, de que modo a agilidade do regulador permitiu andarem as instituições de crédito um considerável passo à frente das subjetivamente visadas pela lei geral, claro está, no que toca às irregularidades graves. Irregularidades estas que serão, por sua vez, o desafio maior para aquele que se quer assumir como *whistleblower*, seja pelo direito que se lhe assiste, seja pelo dever que impende sobre si, porque integra as segundas e terceiras linhas de defesa da instituição. É que subsumir, na prática, uma situação factual nesse conceito, é tarefa que fica sujeita, não raras vezes, a silogismos em nada analíticos, mas verdadeiramente dialéticos: prós e contras do emprego de conceitos indeterminados. Ainda pelo mais, não basta notar-se que algo ocorre irregularmente, pois terá de ser de tal forma *grave* que justifique a comunicação. Com a definição de alguns contornos tecidos para este conceito, os possíveis denunciantes estarão mais capazes a este labor, ou pelo menos terão os seus narizes mais sensíveis para o efeito, para que quando lhes cheirar a esturro, possam mais eficientemente impulsionar o procedimento para tratamento interno de uma deficiência. Também as próprias instituições poderão agora, mais cirurgicamente, tratar tais deficiências na qualidade devida, podendo separar as águas e tratar como irregularidade grave o que o é, assim como tratar diferentemente o que não o for. É que não se deve bastar o Conselho de Administração de uma instituição, que funcionando em pleno deve aprovar – e só mesmo ele, sob pena de nulidade – a Política de Participação de Irregularidades, com algumas considerações já tecidas, que aliam aquela mencionadíssima noção, que circunscreve a objetividade das participações, ao direito contraordenacional. Não nos satisfaríamos com essa leitura, pelo que a ela tínhamos de acrescentar o entendimento sobre que tipo de vícios estamos a falar, assim como da eventualidade de os mesmos suscitarem o desequilíbrio financeiro da instituição.

---

46 Ferreira, 2009: 65.

Folgamos em saber, da análise das públicas Políticas de Participação de Irregularidades, que muitas das instituições em atividade em Portugal têm um entendimento desenvolvido nestas matérias, adotando perspectivas diferenciadas, o que em momento algum é desconsiderado, nem o poderia ser, porquanto se quer tutelar a autonomia privada que deve estar intrínseca a qualquer operador num qualquer setor de mercado. Este escrito não só teve uma postura *top-down* como ainda *bottom-up*, na medida em que não se percorreu apenas da norma jurídica à prática, mas também da execução para o enriquecimento e própria interpretação do direito aplicável e até, possivelmente, daquele a constituir. Com esta postura circular, foi-nos possível identificar como boas práticas o direito à comunicação a todos aqueles que o pretendam fazer, designadamente a clientela e o público em geral, o maior desenvolvimento do que se entende por irregularidades graves, designadamente através da exposição de elencos exemplificativos nas respetivas políticas das instituições e ainda o conciliar da competência entre a função de auditoria interna e a função de conformidade para, juntamente com o órgão de fiscalização da instituição, tratar-se a participação. Além do cumprimento das exigências legais e regulamentares quanto àquilo que deve constar das políticas, poderão apor nessas mesmas políticas aquelas boas práticas, o que será visto com bons olhos pelo supervisor e, mais relevante ainda, robustecerá o governo interno da instituição. Assim se tornam os mecanismos para deteção de deficiências cada vez mais ágeis e eficientes, pois serão mais perspicazes os envolvidos nas participações, tanto os eventuais denunciados, pelo possível efeito dissuasor, como os eventuais denunciantes, que mais facilmente denunciarão se sentirem que a política ao abrigo da qual o farão é coesa e forte, sem descurar a sua proteção.

## BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, Carlos Torroaes  
2018 *Os bancos portugueses e o Mecanismo Único de Supervisão (SSM)*, Coimbra: Almedina
- ALFAR RODRIGUES, André  
2022 *O regime de proteção dos denunciantes (whistleblowers)*, Coimbra: Almedina
- ARNDORFER, Isabella & Minto, Andrea  
2015 “The “four lines of defence model” for financial institutions: Taking the three-lines-of-defence model further to reflect specific governance

- features of regulated financial institutions”, in *Bank for International Settlements, Financial Stability Institute, Occasional Paper* N.º 11
- BRILHA ESTEVES, Márcia Inês & SILVA BERNARDES, Maria João  
2022 *Whistleblowing na atividade bancária*, in Governance Lab, Working Paper N.º 1/2022, fevereiro 2022, disponível em [https://governancelab.org/wp-content/uploads/2022/06/WP\\_1\\_2022\\_Whistleblowing\\_Marcia-Esteves\\_MJ-Bernardes\\_vf.pdf](https://governancelab.org/wp-content/uploads/2022/06/WP_1_2022_Whistleblowing_Marcia-Esteves_MJ-Bernardes_vf.pdf) (consultado em 30.11.2022)
- CABRAL DE MONCADA, Luís S.  
2012 *Direito Económico*, 6.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora
- CARRIGY, Celina  
2005 “Denúncia de irregularidades no seio das empresas (corporate whistle blowing)”, in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 21
- COUTINHO DE ABREU, Jorge M.  
2010 *Corporate Governance em Portugal*, in Miscelâneas 6, IDET/Almedina, Coimbra  
2010 *Governança das sociedades comerciais*, 2.ª Ed. Coimbra: Almedina
- CUNHA DA CRUZ, João Carlos  
2007 “Governo e fiscalização das sociedades anónimas”, in *TOC – Revista da Câmara dos Técnicos Oficiais de Contas*, #83
- EATON, Tim V. & AKERS, Michael D.,  
2009 “Whistleblowing and Good Governance”, in *Accounting Faculty Research and Publications*, 9
- FERREIRA, António Pedro A.  
2009 *O Governo das sociedades e a supervisão bancária: interações e complementaridades*, Lisboa: Quid Juris?
- FRESHFIELDS Bruckhaus Deringer llp  
2013 *What makes a good whistleblowing policy and why it is important*, disponível em <https://www.freshfields.de/49bb66/globalassets/imported/documents/980e48d6-1073-4764-98c7-db92551e9c70.pdf> (consultado em 30.11.2022)
- LELO FILIPE, Carlos  
2022 “A importância dos canais de denúncia nos modelos de compliance em Governança, ética e compliance”, in Alex Sander Pires, Pedro Trovão do Rosário e Ruben Bahamonde (Org.), Coimbra: Almedina/Ratio Legis/Universidade Autónoma de Lisboa
- MICELI, Marcia, Near, Janet & Dworkin, Terry  
2008 *Whistle-blowing in Organizations*, Nova Iorque: Routledge

OLAVO CUNHA, Paulo

2016 *Direito das Sociedades Comerciais*, 6.<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina

PEREIRA DUARTE, Diogo

2020 “A comissão executiva e as suas competências no governo interno das instituições bancárias”, in Paulo Câmara (coord.), *Administração e Governação das Sociedades*, Coimbra: Almedina

SOVERAL MARTINS, Alexandre

2011 *Administradores-delegados e comissões executivas – algumas considerações*, 2.<sup>a</sup> Ed. Coimbra: IDET/Almedina

### **Instituições**

Autoridade Bancária Europeia

2021 *Orientações da EBA sobre Governo Interno*, EBA/GL/2021/14, de 22.11.2021, disponíveis em [https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document\\_library/Publications/Guidelines/2021/EBA-GL-2021-14%20Guidelines%20on%20internal%20governance%20under%20IFD/translations/1028052/GL%20on%20internal%20governance%20under%20IFD\\_PT\\_COR.pdf](https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/Publications/Guidelines/2021/EBA-GL-2021-14%20Guidelines%20on%20internal%20governance%20under%20IFD/translations/1028052/GL%20on%20internal%20governance%20under%20IFD_PT_COR.pdf) (consultado em 30.11.2022)

Conselho da Europa

2014 *Recomendação CM/Rec(2014)7, adotado pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa*, a 30 de abril de 2014, disponível em ES86210\_Premis120914\_GBR\_2070\_CMRec(2014)7etExposeMotifs\_7929\_Web\_A5.pdf (coe.int) (consultado a 30.11.2022)

SECRETARIA-GERAL da Presidência do Conselho de Ministros

2022 *Transparência – Regime geral de proteção de denunciante de infrações*, disponível em <https://www.sg.pcm.gov.pt/media/55984/rgpdi.pdf> (consultado em 30.11.2022)

TRANSPARENCY INTERNATIONAL

2013 *Uma Alternativa ao Silêncio: A proteção de denunciante em Portugal, Country Report: Portugal*, fevereiro 2013, disponível em [https://transparencia.pt/wp-content/uploads/2020/11/TIAC\\_Uma-Alternativa-ao-Silencio2013.pdf](https://transparencia.pt/wp-content/uploads/2020/11/TIAC_Uma-Alternativa-ao-Silencio2013.pdf) (consultado em 30.11.2022)

### **Instituições de Crédito**

BANCO COMERCIAL PORTUGUÊS, S.A. (BCP)

2021 *Política de Comunicação de Irregularidades*, setembro de 2021, disponível em <https://ind.millenniumbcp.pt/pt/Institucional/governacao/Documents/RegComunicacaoIrregularidades.pdf> (consultado em 30.11.2022)

CAIXA CENTRAL CRÉDITO AGRÍCOLA MÚTUO, CRL (CCCAM, CRL)

2021 *Política de Participação de Irregularidades do Grupo Crédito Agrícola*, de 15 de outubro de 2021, disponível em <https://www.creditoagricola.pt/-/media/fd451886c90e46609856c2891acf343f.pdf> (consultado em 30.11.2022)

Caixa Económica Montepio Geral, S.A.

2022 *Política de Participação de Irregularidades*, de 31 de outubro de 2022, disponível em [https://www.bancomontepio.pt/iwov-resources/SitePublico/documentos/pt\\_PT/aviso-legal/regulamento-comunicacao-irregularidades.pdf](https://www.bancomontepio.pt/iwov-resources/SitePublico/documentos/pt_PT/aviso-legal/regulamento-comunicacao-irregularidades.pdf) (consultado a 30.11.2022)

EUROBIC, S.A.

2021 *Política de Comunicação de Irregularidades e Preocupações (Whistleblowing)*, de 26 de março de 2021, disponível em <https://www.eurobic.pt/eurobic/contactos/irregularidades> (consultado em 30.11.2022)

NOVO BANCO, S.A.

2022 *Política de Participação de Irregularidades*, disponível em <https://www.novobanco.pt/irregularidades> (consultado em 30.11.2022)



C&R

JURISPRUDÊNCIA

*Jurisprudência geral*



JURISPRUDÊNCIA DE CONCORRÊNCIA  
DA UNIÃO EUROPEIA – DE JULHO  
A DEZEMBRO DE 2022

*Elaborado por Ricardo Bayão Horta*

**Abuso de posição dominante**

Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de outubro de 2022, proferido no âmbito do Processo C-721/20; ECLI:EU:C:2022:288

*Partes:* DB Station & Service/ODEG Ostdeutsche Eisenbahn GmbH

*Descritores:* Reenvio prejudicial – Transportes ferroviários – Artigo 102.º do TFUE – Abuso de posição dominante – Diretiva 2001/14/CE – Acesso à infraestrutura ferroviária – Artigo 30.º – Entidade reguladora do setor ferroviário – Fiscalização das taxas de utilização da infraestrutura – Órgãos jurisdicionais nacionais – Fiscalização das taxas de utilização à luz do direito da concorrência – Repartição das competências entre a autoridade reguladora e os órgãos jurisdicionais nacionais

Acórdão do Tribunal Geral de 14 de setembro de 2022, proferido no âmbito do Processo T-604/18; ECLI:EU:T:2022:541

*Partes:* Google e Alphabet/Comissão Europeia

*Descritores:* Concorrência – Abuso de posição dominante – Aparelhos móveis inteligentes – Decisão que declara uma infração ao artigo 102.º do TFUE e ao artigo 54.º do Acordo EEE – Conceitos de plataforma e de mercado multiface («ecosistema») – Sistema de exploração (Google Android) – Plataforma de distribuição de aplicações (Play Store) – Aplicações de busca e de navegação (Google Search e Chrome) – Acordos com os fabricantes de aparelhos e os operadores de redes móveis – Infração única e continuada – Conceitos de plano de conjunto e de comportamentos no âmbito da mesma infração (grupos de produtos, pagamentos de exclusividade e obrigações antifragmentação) – Efeitos de exclusão – Direitos de defesa – Competência de plena jurisdição

## **Acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas**

Acórdão do Tribunal Geral de 7 de dezembro de 2022, proferido no âmbito do Processo T-130/21; ECLI:EU:T:2022:778

*Partes:* CCPL e o./Comissão Europeia

*Descritores:* Concorrência – Acordos, decisões e práticas concertadas – Embalagens de géneros alimentícios a retalho – Decisão que modifica o montante de uma coima – Modalidades de cálculo da coima – Imputabilidade do comportamento ilícito – Orientações para o cálculo do montante das coimas de 2006 – Valor máximo da coima – Proporcionalidade – Igualdade de tratamento – Capacidade contributiva

Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de novembro de 2022, proferido no âmbito do Processo C-385/21; ECLI:EU:C:2022:866

*Partes:* Zenith Media Communications/Consiliul Concurenței

*Descritores:* Reenvio prejudicial – Concorrência – Acordos, decisões e práticas concertadas – Artigo 101.º do TFUE – Sanção aplicada pela autoridade nacional da concorrência – Determinação do montante da coima – Tomada em conta do volume de negócios inscrito na conta de ganhos e perdas – Pedido destinado a que a autoridade nacional da concorrência tenha em conta um volume de negócios diferente – Recusa por parte da autoridade da concorrência – Situação económica real da empresa em causa – Princípio da proporcionalidade

Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de novembro de 2022, proferido no âmbito do Processo C-163/21; ECLI:EU:C:2022:863

*Partes:* PACCAR e o/Consiliul Concurenței

*Descritores:* Reenvio prejudicial – Concorrência – Reparação dos danos causados por uma prática proibida pelo artigo 101.º, n.º 1 do TFUE – Acordos de colusão sobre a fixação dos preços brutos dos camiões no Espaço Económico Europeu (EEE) – Diretiva 2014/104/UE – Regras que regem as ações de indemnização de direito nacional por violação das disposições de direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia – Artigo 22.º, n.º 2 – Aplicabilidade *ratione temporis* – Artigo 5.º, n.º 1, primeiro parágrafo – Conceito de provas relevantes que estão sob o controlo do demandado ou de um terceiro – Artigo 5.º, n.º 2 – Divulgação de certos elementos de prova ou de categorias relevantes de elementos de prova com base em factos razoavelmente disponíveis – Artigo 5.º, n.º 3

– Exame da proporcionalidade do pedido de divulgação de elementos de prova – Ponderação dos interesses legítimos das partes e dos terceiros – Alcance das obrigações resultantes das referidas disposições

Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de julho de 2022, proferido no âmbito do Processo C-261/21; ECLI:EU:C:2022:534

*Partes:* F. Hoffmann-La Roche e o./Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

*Descritores:* Reenvio prejudicial – Artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo do TUE – Obrigação de os Estados-Membros estabelecerem vias de recurso necessárias para assegurar uma tutela jurisdicional efetiva nos domínios abrangidos pelo direito da União – Artigo 267.º do TFUE – Obrigação de o órgão jurisdicional de reenvio dar pleno efeito à interpretação do direito da União dada pelo Tribunal de Justiça – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Artigo 47.º – Acesso a um tribunal independente e imparcial previamente estabelecido por lei – Acórdão de um órgão jurisdicional nacional que decide em última instância após decisão prejudicial do Tribunal de Justiça – Pretensa falta de conformidade desse acórdão com a interpretação do direito da União dada pelo Tribunal de Justiça – Regulação nacional que impede a interposição de um recurso de revisão do referido acórdão

Acórdão do Tribunal Geral de 23 de novembro de 2022, proferido no âmbito do Processo T-275/20; ECLI:EU:T:2022:723

*Partes:* Westfälische Drahtindustrie e o./Comissão Europeia

*Descritores:* Recurso de anulação com pedido de indemnização – Concorrência – Acordos, decisões e práticas concertadas – Mercado europeu do aço para pré-esforço – Decisão que declara uma infração ao artigo 101.º do TFUE e ao artigo 53.º do Acordo EEE – Suspensão da obrigação de constituir uma garantia bancária – Fracionamento dos pagamentos efetuados a título provisório – Acórdão que anula parcialmente a decisão e fixa uma coima de um montante idêntico ao da coima inicialmente aplicada – Imputação dos pagamentos efetuados a título provisório – Juros de mora – Artigo 266.º, primeiro parágrafo do TFUE – Enriquecimento sem causa – Violação suficientemente caracterizada de uma norma jurídica que confere direitos aos particulares – Repetição do indevido – Falta de base jurídica – Ilegalidade

Acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de agosto de 2022, proferido no âmbito do Processo C-588/20; ECLI:EU:C:2022:607

*Partes:* Landkreis Northeim/Daimler AG

*Descritores:* Reenvio prejudicial – Concorrência – Acordos, decisões e práticas concertadas – Artigo 101.º do TFUE – Ações de indemnização por infração às disposições do direito da concorrência da União – Decisão da Comissão Europeia que declara uma infração – Procedimento de transação – Produtos abrangidos pela infração – Camiões especiais – Camiões de lixo doméstico

Acórdão do Tribunal Geral de 9 de novembro de 2022, proferido no âmbito do Processo T-667/19; ECLI:EU:T:2022:692

*Partes:* Ferriere Nord SpA/Comissão Europeia

*Descritores:* Concorrência – Acordos, decisões e práticas concertadas – Mercado dos varões para betão – Decisão que constata uma infração ao artigo 65.º CA, depois do fim da vigência do Tratado CECA, ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 1/2003 – Fixação dos preços – Limitação e controlo da produção ou das vendas – Decisão tomada na sequência da anulação de decisões anteriores – Realização de uma nova audição na presença das autoridades da concorrência dos Estados Membros – Direitos de defesa – Princípio da boa administração – Prazo razoável – Dever de fundamentação – Proporcionalidade – Princípio non bis in idem – Exceção de ilegalidade – Prova da participação no acordo – Circunstâncias agravantes – Reincidência – Circunstâncias atenuantes – Igualdade de tratamento – Competência de plena jurisdição

Acórdão do Tribunal Geral de 9 de novembro de 2022, proferido no âmbito do Processo T-655/19; ECLI:EU:T:2022:689

*Partes:* Ferriera Valsabbia Spa e o./Comissão Europeia

*Descritores:* Concorrência – Acordos, decisões e práticas concertadas – Mercado dos varões para betão – Decisão que constata uma infração ao artigo 65.º CA, depois do fim da vigência do Tratado CECA, ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 1/2003 – Fixação dos preços – Limitação e controlo da produção ou das vendas – Decisão tomada na sequência da anulação de decisões anteriores – Realização de uma nova audição na presença das autoridades da concorrência dos Estados Membros – Direitos de defesa – Princípio da boa administração – Prazo razoável – Dever de fundamentação

## Auxílios de Estado

Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de dezembro de 2022, proferido no âmbito do Processo C-23/22; ECLI:EU:C:2022:994

*Partes:* Caxamar – Comércio e Indústria de Bacalhau, S.A./Autoridade Tributária e Aduaneira

*Descritores:* Reenvio prejudicial – Auxílios de Estado – Regulamento (UE) n.º 651/2014 – Isenção de certas categorias de auxílios compatíveis com o mercado interno – Orientações relativas aos auxílios estatais com finalidade regional – Âmbito de aplicação – Exclusões – Setor da pesca e da aquicultura – Setor da transformação e comercialização de produtos agrícolas – Conceito de “produtos agrícolas” – Regulamento (UE) n.º 1379/2013 – Organização comum dos mercados dos produtos da pesca e da aquicultura – Anexo I – Atividade de transformação de produtos da pesca e da aquicultura – Bacalhau salgado, congelado e demolido

Acórdão do Tribunal Geral de 21 de dezembro de 2022, proferido no âmbito do Processo T-702/21; ECLI:EU:T:2022:842

*Partes:* Ekobulkos/Comissão Europeia

*Descritores:* Auxílios de Estado – Produção de eletricidade a partir de fontes renováveis – Denúncia – Ação por omissão – Convite para agir – Admissibilidade – Obrigação de agir – Inexistência

Acórdão do Tribunal Geral de 21 de dezembro de 2022, proferido no âmbito do Processo T-525/21; ECLI:EU:T:2022:835

*Partes:* E. Breuninger GmbH & Co./Comissão Europeia

*Descritores:* Recurso de anulação – Auxílios de Estado – Regime-Quadro que visa instituir na Alemanha um regime federal de indemnização do prejuízo sofrido com as decisões de confinamento – Decisão de não levantar objeções – Medida destinada a reparar danos causados por calamidades naturais ou por outros acontecimentos extraordinários – Falta de interesse em agir – Inadmissibilidade

Acórdão do Tribunal Geral de 21 de dezembro de 2022, proferido no âmbito do Processo T-306/21; ECLI:EU:T:2022:834

*Partes:* Falke KGaA/Comissão Europeia

*Descritores:* Auxílios de Estado – Regime-Quadro destinado a conceder um apoio aos custos fixos não cobertos no contexto da pandemia de

COVID-19 na Alemanha – Decisão de não levantar objeções – Quadro temporário de auxílio estatal – Exame individual do regime de auxílios notificado – Medida destinada a sanar uma perturbação grave da economia de um Estado-Membro – Proporcionalidade

Acórdão do Tribunal Geral de 21 de dezembro de 2022, proferido no âmbito do Processo T-260/21; ECLI:EU:T:2022:833

*Partes:* E. Breuninger GmbH & Co/Comissão Europeia

*Descritores:* Auxílios de Estado – Regime-Quadro destinado a conceder um apoio aos custos fixos não cobertos no contexto da pandemia de COVID-19 na Alemanha – Decisão de não levantar objeções – Quadro temporário de auxílio estatal – Exame individual do regime de auxílios notificado – Medida destinada a sanar uma perturbação grave da economia de um Estado-Membro – Proporcionalidade

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de outubro de 2022, proferido no âmbito do Processo C-437/21; ECLI:EU:C:2022:794

*Partes:* Liberty Lines SpA/Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

*Descritores:* Reenvio prejudicial – Transportes – Regulamento (CEE) n.º 3577/92 – Artigos 1.º e 4.º – Regulamento (CE) n.º 1370/2007 – Artigo 1.º – Adjudicação por ajuste direto de contratos de serviço público – Serviços públicos de transporte marítimo rápido de passageiros – Equiparação a serviços de transporte ferroviário por mar

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de outubro de 2022, proferido no âmbito do Processo C-164/21; ECLI:EU:C:2022:785

*Partes:* Baltijas Starptautiskā Akadēmija

*Descritores:* Reenvio prejudicial – Regulamento (UE) n.º 651/2014 – Artigo 2.º, ponto 83 – Remissão direta e incondicional para o direito da União – Admissibilidade das questões – Auxílios à investigação, ao desenvolvimento e à inovação – Conceito de “organismo de investigação e divulgação de conhecimentos” – Estabelecimento de ensino superior que exerce atividades económicas e não económicas – Determinação do objetivo principal

Acórdão do Tribunal Geral de 21 de dezembro de 2022, proferido no âmbito do Processo T-626/20; ECLI:EU:T:2022:853

*Partes:* Landwärme GmbH/Comissão Europeia

*Descritores:* Auxílios de Estado – Mercado do biogás – Isenções fiscais compensatórias dos sobrecustos de produção – Decisões de não suscitar objeções – Recurso de anulação – Interesse em agir – Admissibilidade – Não abertura do processo formal de investigação – Dificuldades sérias – Artigo 108.º, n.ºs 2 e 3 do TFUE – Artigo 4.º, n.ºs 3 e 4, do Regulamento (UE) 2015/1589 – Orientações relativas a auxílios estatais à proteção ambiental e à energia 2014-2020 – Acumulação de auxílios – Auxílios concedidos por vários Estados-Membros – Biogás importado – Princípio da não-discriminação – Artigo 110.º do TFUE

Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de dezembro de 2022, proferido no âmbito do Processo C-470/20; ECLI:EU:C:2022:981

*Partes:* AS Veejaam/AS Elering

*Descritores:* Reenvio prejudicial – Auxílios de Estado – Apoio às energias renováveis – Orientações relativas a auxílios estatais à proteção ambiental e à energia para o período 2014-2020 – Efeito de incentivo de um auxílio solicitado após o início dos trabalhos ligados ao projeto em questão – Artigo 108.º, n.º 3 do TFUE – Obrigação de notificação – Consequências da violação da obrigação de notificação

Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de novembro de 2022, proferido no âmbito do Processo C-331/20P; ECLI:EU:C:2022:885

*Partes:* Volotea SA/Comissão Europeia

*Descritores:* Recurso de decisão do Tribunal Geral – Auxílios de Estado – Artigo 107.º, n.º 1 do TFUE – Decisão da Comissão Europeia relativa às compensações aos aeroportos da Sardenha por obrigações de serviço público – Existência de auxílios de Estado ilegais e incompatíveis com o mercado interno, concedidos pela República Italiana a companhias aéreas por intermédio de operadores aeroportuários – Conceito de “auxílio de Estado” – Demonstração da existência de uma vantagem – Determinação do seu montante – Princípio do operador privado numa economia de mercado – Aplicabilidade e aplicação – Critério do adquirente privado de bens ou serviços – Requisitos – Ónus da prova

Acórdão do Tribunal Geral de 16 de novembro de 2022, proferido no âmbito do Processo T-469/20; ECLI:EU:T:2022:713

*Partes:* Reino dos Países Baixos/Comissão Europeia

*Descritores:* Auxílios de Estado – Lei neerlandesa que proíbe a utilização de carvão na produção de eletricidade – Encerramento antecipado de uma central elétrica a carvão – Atribuição de uma indemnização – Decisão de não levantar objeções – Decisão que declara a indemnização compatível com o mercado interno – Não qualificação expressa de “auxílio de Estado” – Recurso de anulação – Ato impugnável – Admissibilidade – Artigo 4.º, n.º 3, do Regulamento (UE) 2015/1589 – Segurança jurídica

Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de novembro de 2022, proferido no âmbito do Processo C-211/20P; ECLI:EU:C:2022:862

*Partes:* Comissão Europeia /Valencia Club de Fútbol SAD

*Descritores:* Recurso de decisão do Tribunal Geral – Auxílios de Estado – Aval público concedido por uma entidade pública – Empréstimos a favor de três clubes de futebol da Comunidade de Valência (Valencia CF, Hércules CF e Elche CF) – Decisão que declara os auxílios incompatíveis com o mercado interno – Anulação da decisão na parte em que diz respeito ao Valencia CF – Conceito de “vantagem” – Apreciação da existência de uma vantagem – Comunicação relativa às garantias – Interpretação – Dever de diligência que incumbe à Comissão Europeia – Ónus da prova – Desvirtuação

Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de setembro de 2022, proferido no âmbito do Processo C-705/20; ECLI:EU:C:2022:680

*Partes:* Fossil (Gibraltar) Ltd/Commissioner of Income Tax

*Descritores:* Reenvio prejudicial – Auxílios de Estado – Regime de auxílios aplicado pelo Governo de Gibraltar relativo ao imposto sobre as sociedades – Decisão (UE) 2019/700 – Não tributação dos rendimentos decorrentes de juros passivos e de royalties de propriedade intelectual – Decisão da Comissão Europeia que declara o regime de auxílios ilegal e incompatível com o mercado interno – Obrigação de recuperação – Alcance – Disposição nacional que não foi objeto da investigação realizada pela Comissão relativamente aos auxílios de Estado controvertidos – Dedução do imposto pago no estrangeiro com vista a evitar a dupla tributação

Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de setembro de 2022, proferido no âmbito do Processo C-614/20; ECLI:EU:C:2022:641

*Partes:* Lux Express Estonia AS/Majandus- ja Kommunikatsiooniministeerium

*Descritores:* Reenvio prejudicial – Regulamento (CE) n.º 1370/2007 – Serviços públicos de transporte ferroviário e rodoviário de passageiros – Regras gerais que impõem uma obrigação de transporte gratuito de determinadas categorias de passageiros – Obrigação da autoridade competente de conceder aos operadores uma compensação de serviço público – Método de cálculo

Acórdão do Tribunal Geral de 13 de julho de 2022, proferido no âmbito do Processo T-150/20; ECLI:EU:T:2022:443

*Partes:* Tartu Agro AS/Comissão Europeia

*Descritores:* Auxílios de Estado – Agricultura – Contrato de arrendamento de terrenos agrícolas na Estónia – Decisão que declara o auxílio incompatível com o mercado interno e ordena a sua recuperação – Vantagem – Determinação do preço de mercado – Princípio do operador privado – Apreciações económicas complexas – Fiscalização jurisdicional – Tomada em consideração de todos os elementos relevantes – Dever de diligência

Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de novembro de 2022, proferido no âmbito do Processo C-885/19P; ECLI:EU:C:2022:859

*Partes:* Fiat Chrysler Finance Europe/Irlanda

*Descritores:* Recurso de decisão do Tribunal Geral – Auxílios de Estado – Auxílio concedido pelo Grão-Ducado do Luxemburgo – Decisão que declara o auxílio incompatível com o mercado interno e ilegal e que ordena a sua recuperação – Decisão fiscal antecipada (tax ruling) – Vantagem – Natureza seletiva – Princípio de plena concorrência – Quadro de referência – Direito nacional aplicável – Tributação dita “normal”

Acórdão do Tribunal Geral de 19 de outubro de 2022, proferido no âmbito do Processo T-850/19; ECLI:EU:T:2022:638

*Partes:* República Helénica/Comissão Europeia

*Descritores:* Auxílios de Estado – Atividades relacionadas com a produção, a transformação e a comercialização de produtos agrícolas – Regimes de auxílios concedidos pela Grécia sob a forma de bonificações de juros e de garantias estatais sobre empréstimos existentes e novos empréstimos

para sanar danos causados por calamidades naturais ou por outros acontecimentos extraordinários – Decisão que declara os regimes de auxílios incompatíveis com o mercado interno e ilegais e ordena a recuperação dos auxílios pagos – Auxílio limitado a zonas geográficas sinistradas – Vantagem – Caráter seletivo – Princípio da boa administração – Duração do processo – Confiança legítima – Prazo de prescrição – Artigo 17.º do Regulamento (UE) 2015/1589

Acórdão do Tribunal Geral de 14 de setembro de 2022, proferido no âmbito do Processo T-603/19; ECLI:EU:T:2022:555

*Partes:* Helsingin Bussiliikenne Oy/Comissão Europeia

*Descritores:* Auxílios de Estado – Transporte de autocarro – Empréstimo para equipamento e empréstimos de tesouraria concedidos pelo município de Helsínquia – Decisão que declara o auxílio incompatível com o mercado interno e ordena a sua recuperação – Continuidade económica – Direitos processuais das partes interessadas – Artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento (UE) 2015/1589 – Dever de fundamentação

Acórdão do Tribunal Geral de 7 de setembro de 2022, proferido no âmbito do Processo T-642/19; ECLI:EU:T:2022:503

*Partes:* JCDecaux Street Furniture Belgium/Comissão Europeia

*Descritores:* Auxílios de Estado – Auxílio concedido pela Bélgica à JCDecaux Street Furniture Belgium – Decisão que declara o auxílio incompatível com o mercado interno e que ordena a sua recuperação – Vantagem – Dever de fundamentação

Acórdão do Tribunal Geral de 30 de novembro de 2022, proferido no âmbito do Processo T-101/18; ECLI:EU:T:2022:728

*Partes:* República da Áustria/Comissão Europeia

*Descritores:* Auxílios de Estado – Indústria nuclear – Auxílio previsto pela Hungria para o desenvolvimento de dois novos reatores nucleares nas instalações da Paks – Decisão que declara o auxílio compatível com o mercado interno sob reserva da observância de determinados compromissos – Artigo 107.º, n.º 3, al. c) do TFUE – Compatibilidade do auxílio com o direito da União distinto do direito dos auxílios de Estado – Nexo indissociável – Promoção da energia nuclear – Artigo 192.º, primeiro parágrafo, do Tratado Euratom – Princípios da proteção ambiental, do poluidorpagador, da precaução e da durabilidade – Determinação da atividade económica

em causa – Deficiência do mercado – Distorção da concorrência – Proporcionalidade do auxílio – Necessidade de uma intervenção do Estado – Determinação dos elementos do auxílio – Procedimento de contratação pública – Dever de fundamentação

## **Controlo de Concentrações**

Acórdão do Tribunal Geral de 13 de julho de 2022, proferido no âmbito do Processo T-227/21; ECLI:EU:T:2022:447

*Partes:* Illumina, Inc./Comissão Europeia

*Descritores:* Concorrência – Concentrações – Mercado da indústria farmacêutica – Artigo 22.º do Regulamento (CE) n.º 139/2004 – Pedido de remessa proveniente de uma autoridade da concorrência não competente, segundo a legislação nacional, para examinar a operação de concentração – Decisão da Comissão de examinar a operação de concentração – Decisões da Comissão de aceitar os pedidos de outras autoridades nacionais da concorrência para se associarem ao pedido de remessa – Competência da Comissão – Prazo de apresentação do pedido de remessa – Conceito de “dar conhecimento” – Prazo razoável – Confiança legítima – Declarações públicas da vicepresidente da Comissão – Segurança jurídica



# NOTAS CURRICULARES

## **EVA OLIVEIRA**

Consultora jurídica em Direito Europeu e da Concorrência na Miranda & Associados desde 2022. Colaboradora Júnior no Observatório da Aplicação do Direito da Concorrência desde 2021. Em 2022 estagiou no Departamento de Controlo de Concentrações da Autoridade da Concorrência Portuguesa e no Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão. Atualmente realiza o Mestrado em Direito da Empresa e dos Negócios na Universidade Católica Portuguesa Regional do Porto. Licenciada em Direito pela Universidade de Coimbra.

*Legal consultant in European and Competition Law at Miranda & Associates since 2022. Junior Associate at the Observatory on Competition Law Enforcement since 2021. In 2022, she was an intern at the Merger Control Department of the Portuguese Competition Authority and at the Competition, Regulation and Supervision Court. Currently pursuing a Masters in Corporate and Business Law at the Catholic University of Porto. Eva holds an undergraduate degree in Law from the University of Coimbra.*

## **DIOGO PINA CHIQUELHO**

Licenciado em Direito pela Universidade Lusíada. Foi jurista numa sociedade de advogados no Porto, na qual exerceu especialmente em Direito Penal, Laboral e Administrativo. Integra o Departamento de Supervisão Prudencial do Banco de Portugal e é investigador-colaborador do Centro de Estudos Jurídicos, Económicos e Ambientais da Universidade Lusíada (ORCID ID 0000-0003-1206-5269 e CiênciaVitae ID 5816-8B8F-7467), com artigos publicados em Direito Público. É candidato a Mestre em Ciências Jurídico-Económicas pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

*Graduated in Law by Lusíada University. Was a jurist at a law firm in Porto, where he practised mainly in Criminal, Labour and Administrative Law. He's a member of the Prudential Supervision Department of Banco de Portugal and a collaborating researcher at the Centre for Legal, Economic and Environmental Studies at Lusíada University (ORCID ID 0000-0003-1206-5269 and CiênciaVitae ID 5816-8B8F-7467), with articles published*

*in Public Law. He's a Master's candidate in Legal and Economic Sciences at the Faculty of Law of the University of Porto.*

### **MARGARIDA ROSADO DA FONSECA**

Advogada especialista em Direito Europeu e Concorrência. Entre 2013 e 2015 desempenhou as funções de Diretora do Departamento de Controlo das Concentrações da Autoridade da Concorrência. Entre 2011 e 2013 foi Adjunta do Secretário de Estado Adjunto do Primeiro Ministro (na ESAME – Estrutura de Acompanhamento dos Memorandos celebrados ao abrigo do Programa de Assistência Económica e Financeira do FMI/CE/BCE), do XIX Governo Português. Neste contexto e enquanto especialista em Europeu e Concorrência, acompanhou a implementação de medidas legislativas que incluíram a adoção de um novo regime jurídico da concorrência, a aprovação de uma lei-quadro sobre o funcionamento de entidades administrativas independentes, a transposição das diretivas setoriais respeitantes à energia, telecomunicações e transportes. Em 2000 frequentou um estágio na Unidade B2 da Task Force das Concentrações, na Direção Geral da Concorrência da Comissão Europeia. Licenciada pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e detentora de um LL.M em Direito da União Europeia no Colégio da Europa, Bruges, Bélgica. Co-autora do livro “O procedimento de controlo das operações de concentração de empresas em Portugal – A prática decisória da Autoridade da Concorrência à luz da Lei n.º 18/2003”, Almedina, 2009 e autora de inúmeros artigos doutrinários sobre Direito da União Europeia e Direito da Concorrência. Secretária-Geral da APDE – Associação Portuguesa de Direito Europeu. Editora da área de Controlo das Concentrações da C&R – Revista de Concorrência e Regulação, Edição conjunta da Autoridade da Concorrência e do IDEFF (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa). Membro de júris de exames orais de acesso às Magistraturas no Centro de Estudos Judiciários nos últimos 6 anos.

*Lawyer specialized in EU and Competition. Between 2013 and 2015 was Director of the Merger Department at the Portuguese Competition Authority. Between 2011 and 2013 was Deputy to the Secretary of State to the Prime Minister (in ESAME – technical team in charge of the coordination and implementation of the international assistance program of the IMF/EC/ECB), of the XIX Portuguese Government. In this context and as specialist in EU and Competition, participated in the implementation of legislative measures which included the adoption of the new competition act, the approval*

*of a framework law on the functioning of independent administrative entities, the transposition of sector specific directives such as the ones concerning energy, telecoms and transports, amongst other. In 2000 was trainee in the Merger Task Force (Unit B2) of Directorate General for Competition of the European Commission. Law Degree, Law School, Lisbon University and LL.M in European Union Law at the College of Europe, Bruges, Belgium. Co-author of “The Portuguese merger control regime – The Competition Authority’s decisional practice under Law nr. 18/2003”, Almedina, 2009 and author of several articles on EU and Competition law. Secretary-General of APDE – Portuguese Association of European Law (Associação Portuguesa de Direito Europeu). Editor in the area of Mergers of C&R – Revista de Concorrência e Regulação (Competition and Regulation Magazine), a joint initiative of the Competition Authority and IDEFF (Law Lisbon of the Lisbon University). Member of juris for oral exams in the context of the applications for judicature in the Center for Judiciary Studies (Centro de Estudos Judiciários) in the last 6 years.*

#### **RITA PRATES**

Rita Prates é Consultora Principal da área de Concorrência & EU da Sociedade de Advogados VdA, Vieira de Almeida. A Rita foi também especialista de concorrência na Autoridade da Concorrência (AdC) e, em representação da AdC, foi co-chair do Merger Working Group do ECN (European Competition Network) para o triénio de 2018-2020. Antes de ingressar na AdC, foi advogada de concorrência da Sociedade de Advogados PLMJ, no departamento liderado pelo Doutor J.L. da Cruz Vilaça e estagiária na DG Concorrência da Comissão Europeia. Tem uma extensa prática em processos de controlo de concentrações e em procedimentos de compliance e de infração envolvendo diversos setores da Economia. A Rita é LL.M em EU and Competition Law pelo King’s College – University of London. Tem também uma Pós-Graduação em Direito da Energia pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e uma Pós-Graduação em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa. É licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa.

*Rita Prates is a Principal Consultant in the Competition & EU practice area of the law firm VdA, Vieira de Almeida. Rita was also a competition expert at the Competition Authority (PCA) and, representing the PCA, she was co-chair of the Merger Working Group of the ECN (European Competition*

*Network) for the three-year period 2018–2020. Before joining the PCA, she was a competition lawyer at PLMJ, in the department headed by Dr. J.L. da Cruz Vilaça and a trainee at the Competition DG of the European Commission. She has an extensive practice in merger control, compliance and infringement proceedings involving different sectors of the economy. Rita has an LLM in EU and Competition Law from King's College – University of London. She also has a post-graduate degree in Energy Law from the Lisbon University Law School and a post-graduate degree in Commercial Law from the Lisbon Catholic University Law School. She has a Law Degree from the Lisbon Catholic University Law School.*

# REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

## ÍNDICE TEMÁTICO CONSOLIDADO – N.ºS 1 a 49

- 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 –Tele2Polska</i>
7-8	Alexander Italianer	<i>The European Commission's New Procedural Package: Increasing Interaction With Parties and Enhancing the Role of the Hearing Officer</i>
9	João Espírito Santo Noronha	<i>Impugnação de decisões da Autoridade da Concorrência em procedimento administrativo</i>
9	Helena Gaspar Martinho	<i>Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 27 de setembro de 2011, Petição n.º 43509/08, A. Menarini Diagnostics SLR c. Itália</i>
10	Márcio Schlee Gomes	<i>As buscas e apreensões nos escritórios de advogados de empresas</i>
11-12	Paulo de Sousa Mendes	<i>O problema da utilização de elementos recolhidos em ações de supervisão como meios de prova em processo sancionatório</i>
16	Paulo de Sousa Mendes	<i>Eficácia das sanções e transações</i>
17	Helena Gaspar Martinho	<i>Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos de 2 de outubro de 2014, Petição n.º 97/11, Delta Pekárny A.S. c. República Checa [Buscas e inspeções]</i>
22	Jeroen 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, Bundeswettbewerbbehörde 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 anteprojecto de transposição da diretiva 2014/104/UE – Relatório Síntese</i>
26	Autoridade da Concorrência	<i>Enquadramento da consulta pública da proposta de anteprojecto de transposição da Diretiva Private Enforcement; Relatório sobre a consulta pública da proposta de anteprojecto de transposição da Diretiva Private Enforcement; Exposição de motivos anexa à Proposta de Anteprojecto submetida ao Governo; e Proposta de Anteprojecto 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 &amp; Co. Kg v. Booking.com BV</i>
45	Nuno Alexandre Pires Salpico	<i>A operacionalidade do private enforcement do direito da concorrência – dissuasão, ações coletivas e third-party litigation funding</i>
46-47	Miguel Sousa Ferro	<i>The reality of access in antitrust private enforcement: overview of 3 years' experience in Portugal</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 Weh 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>

46-47	Nuno Cunha Rodrigues	<i>A cooperação internacional no âmbito das políticas de concorrência dos PALOP</i>
48	Simone Maciel Cuiabano, João Carlos Nicolini de Moraes & Lucas Pinha	<i>Application of time series techniques in relevant market delimitation – the Brazilian experience</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 Emmanuel Joppert Ragazzo	<i>A eficácia jurídica da norma de preço abusivo</i>
9	Miguel Moura e Silva	<i>Os abusos de exploração sobre os consumidores: Uma revolução silenciosa no novo regime nacional de proibição do abuso de posição dominante?</i>
14-15	Konstantina Bania	<i>Abuse of dominance in online search: Google's special responsibility as the new bottleneck for content access</i>
14-15	Lucas Saretta Ferrari	<i>Google e o direito europeu da concorrência: abuso de posição dominante?</i>
29	Tânia Luísa Faria	<i>Direito da concorrência e big data: ponto da situação e perspetivas</i>
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>
45	Sofia Villas-Boas	<i>Bringing competition law into the digital era – selective distribution and marketplace bans: what should change?</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>
45	Tânia Luísa Faria, Margot Lopes Martins & Mariana Viana Pedreira	<i>New trends in merger control: the baby, the bathwater, uncertain outlooks and eternal returns</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>
49	Manuel Queiroz Ribeiro	<i>O regime dos auxílios de estado – reflexões a propósito do quadro temporário covid 19 e da necessidade de flexibilização das regras gerais</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>
45	Luís Catarino	<i>A cooperação na supervisão financeira da união do mercado de capitais – entre o experimentalismo e a governance</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 21<sup>st</sup> 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 Macuácuca & Octávio de Jesus Gonçalves	<i>Regime jurídico da regulação do setor de petróleo e gás em Moçambique</i>
46-47	João Lopes	<i>Choque de preços no gás e tempestade elétrica: reflexos nos consumidores e na segurança de abastecimento</i>
46-47	Lisa Pinto Ferreira	<i>Energy efficiency first: overcoming the hurdles?</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**

<b>N.º RCR</b>	<b>Autor</b>	<b>Título do Artigo</b>
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 &amp; 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>
49	Luís Miguel Caldas	<i>Dez anos do tribunal da concorrência, regulação e supervisão – algumas notas e propostas</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>
45	Joaquim Caimoto Duarte & Rui Mesquita Guimarães	<i>Há concorrência e concorrência em contratação pública – uma primeira abordagem à recente comunicação da comissão europeia (2021/C 91/01)</i>
48	Octávio de Jesus Gonçalves	<i>A regulação pública das parcerias público privado em Moçambique</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 pretexção 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>
46-47	Nuno Ricardo Pica dos Santos	<i>Contraordenações no âmbito económico: sua investigação e a problemática dos meios intrusivos de obtenção da prova</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>
48	Margarida Rosado da Fonseca	<i>O mecanismo português de análise dos investimentos diretos estrangeiros: dos antecedentes da sua criação às perspetivas de modificação em 2022 – Parte I</i>
49	Marc Barennes	<i>Third party funding: an attorney’s perspective on how to choose a funder</i>
49	Sónia Moura	<i>Advocacy and competition impact assessment supporting pro competitive reforms in self regulated professions and the transport sector – the Portuguese competition authority experience</i>



## REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

1. A *Revista de Concorrência e Regulação* (C&R) está aberta à colaboração dos seus Leitores, pelo que aceita para publicação artigos (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 excepcionais, 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 caracteres, 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](mailto:revista@concorrenca.pt), ou acedida em [http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos\\_e\\_Publicacoes/Revista\\_CR/Paginas/Revista-CR.aspx](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](mailto: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](mailto:revista@concorrencia.pt) or by accessing the link [http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos\\_e\\_Publicacoes/Revista\\_CR/Paginas/Revista-CR.aspx](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](mailto:revista@concorrencia.pt) or to the address: Autoridade da Concorrência – Avenida de Berna, 19, 1050-037 Lisboa – Portugal, to the attention of Mr. Ricardo Bayão Horta.
8. Prior to publication, proofs will be sent to the Authors, to the mailing address or email address previously indicated.

## ÓRGÃOS SOCIAIS

### DIREÇÃO

Maria João Melícias/Miguel Sousa Ferro

### CONSELHO CIENTÍFICO

**Presidentes:** Eduardo Paz Ferreira/Nuno Cunha Rodrigues

### Membros:

António Avelãs Nunes

António Ferreira Gomes

António Menezes Cordeiro

Augusto Silva Dias

Barry Hawk

Bernardo Feijóo Sánchez

Bo Vesterdorf

Carlos Pinto Correia

David Gerber

Diogo Rosenthal Coutinho

Donald Baker

Douglas Rosenthal

Eleanor Fox

Fernando Borges Araújo

Fernando Herren Aguillar

Francisco Marcos

Floriano Marques

François Souty

Frederic Jenny

Geraldo Prado

Gerhard Dannecker

Germano Marques da Silva

Giorgio Monti

Harry First

Heike Schweitzer

Ioannis Kokkoris

João Ferreira do Amaral

Jorge Braga de Macedo

Jorge de Figueiredo Dias

José António Veloso

José Danilo Lobato

José Luís da Cruz Vilaça

José de Faria Costa

José de Oliveira Ascensão

José Lobo Moutinho

José Manuel 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 Poiares 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

#### 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**