

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 XII • NÚMERO/No 44  
OUTUBRO/OCTOBER • DEZEMBRO/DECEMBER 2020  
PERIODICIDADE TRIMESTRAL/QUARTERLY



INSTITUTO  
DE DIREITO  
ECONÓMICO  
FINANCEIRO  
E FISCAL FDL



AUTORIDADE DA  
CONCORRÊNCIA



REVISTA  
DE CONCORRÊNCIA  
E REGULAÇÃO



ANO XII • NÚMERO 44  
OUTUBRO – DEZEMBRO 2020

# REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

*Direção/Editorial Chairs*

MARIA JOÃO MELÍCIAS • MIGUEL SOUSA FERRO

*Presidência do Conselho Científico/Scientific Council Chairs*

MARGARIDA MATOS ROSA • EDUARDO PAZ FERREIRA

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

RICARDO BAYÃO HORTA

*Conselho Consultivo/Advisory Board*

JOÃO E. GATA • NUNO CUNHA RODRIGUES



INSTITUTO  
DE DIREITO  
ECONÓMICO  
FINANCEIRO  
E FISCAL FDL



AUTORIDADE DA  
CONCORRÊNCIA

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

Ano XII • Número 44

outubro – dezembro 2020

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

JANEIRO 2021

N.º DE REGISTO NA ERC

126126

ESTATUTO EDITORIAL

[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)

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 & Ricardo Bayão Horta – *Cooperation in multijurisdictional merger filings – the ECA notice mechanism*
- 33 Edson da Graça Francisco Macuácuca & Octávio de Jesus Gonçalves – *Regime jurídico da regulação do setor de petróleo e gás em Moçambique*
- 65 BREVES
- 69 Gonçalo Anastácio (Comissão de Concorrência da ICC Portugal) – *Projeto de transposição da Diretiva ECN+*
- 73 Inês Neves – *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*
- 81 Marcelo Sequeira de Sousa – *Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de novembro de 2020, Processo C-59/19, Wikingerbhof GmbH & Co. Kg v. Booking.com BV*
- 87 JURISPRUDÊNCIA GERAL
- 89 Jurisprudência de concorrência da União Europeia – outubro a dezembro de 2020
- 97 **Notas Curriculares**
- 102 **Índice consolidado por temas**
- 129 **Colaboração com a Revista de Concorrência e Regulação**
- 131 **Órgãos Sociais**





## EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

*Maria João Melícias*

*Miguel Sousa Ferro*

O número 44 da Revista de Concorrência & Regulação reúne artigos sobre um leque diversificado de temas.

Rita Prates & Ricardo Bayão Horta debruçam-se sobre a cooperação entre as autoridades nacionais de concorrência no contexto da notificação de concentrações multijurisdicionais. Concluem por uma avaliação positiva do impacto e utilização do mecanismo de aviso criado pelas autoridades de concorrência do Espaço Económico Europeu. Não obstante, identificam certos desafios com que se poderia lidar com um maior grau de cooperação e coordenação, nomeadamente com as notificantes.

Edson da Graça Francisco Macuácu e Octávio de Jesus Gonçalves fornecem-nos uma súmula do

*Issue 44 of Revista de Concorrência & Regulação brings together papers on a diversified range of topics.*

*Rita Prates & Ricardo Bayão Horta take a look at cooperation between national competition authorities in the context of the filing of multijurisdictional mergers. They arrive at a positive assessment of the impact and use of the Notice mechanism developed by the European Economic Area's competition authorities. They nonetheless identify certain challenges which could be tackled through increased cooperation and coordination, namely with the notifying parties.*

*Edson da Graça Francisco Macuácu and Octávio de Jesus Gonçalves bring us a summary of the regulatory regime for oil and gas in Mozambique. This*

regime da regulação do petróleo e gás em Moçambique. Este artigo conjuga perspetivas jurídicas e de policy e será do maior interesse para quem pretenda uma introdução ao *status quo* deste setor em crescimento em Moçambique. Os autores vão ainda mais longe, oferecendo algumas críticas relativas ao regime vigente, e deixando sugestões para o futuro.

Passando à secção dos artigos breves, Gonçalo Anastácio, em representação da Comissão de Concorrência da International Chamber of Commerce – Portugal, retorna à discussão sobre a qual se debruçaram vários autores no anterior número desta Revista: o processo em curso de transposição da Diretiva ECN+, e as opções do projeto submetido ao Governo pela Autoridade da Concorrência.

Inês Neves descreve e comenta o acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia no processo C-462/19. Neste caso, o TJUE concluiu que a atual autoridade de concorrência espanhola (ANC) não é um tribunal no sentido do artigo 267.º do TFUE, e não pode submeter um reenvio prejudicial ao TJUE. Uma conclusão que, aparentemente, se aplica também à maioria das outras ANCs na União Europeia.

Por último, Marcelo Sequeira de Sousa apresenta-nos o acórdão do TJUE no processo C-59/19 (Wikingerhof v Booking.com), que esclarece problemas jurisdicionais associados a

*paper brings together a legal and policy perspective and will be of utmost interest to any wishing to be introduced to the status quo of this developing sector in Mozambique. The authors go further and present some critical notes on the regime currently in force, with suggestions for the future.*

*Moving on to the section of brief papers, Gonçalo Anastácio, in representation of the Competition Commission of International Chamber of Commerce – Portugal, returns to the discussion over which several authors expressed their views in the previous issues of this Journal: the ongoing process of transposing the ECN+ Directive, and the options of the project submitted to the Government by the Competition Authority.*

*Inês Neves describes and comments on the judgment of the Court of Justice of the European Union in Case C-462/19. In this case, the CJEU concluded that the current Spanish competition authority (NCA) is not a court in the sense of article 267 of the TFEU, and cannot make a referral to the CJEU. A conclusion that seemingly also applies to most other NCAs in the European Union.*

*Finally, Marcelo Sequeira de Sousa presents us the CJEU's judgment in case C-59/19 (Wikingerhof v Booking.com), which clarifies jurisdictional*

casos de *private enforcement* da concorrência. O acórdão vem afastar dúvidas frequentes sobre a aplicação do regime extracontratual do direito internacional privado europeu a disputas de concorrência que surgem no contexto de uma relação contratual. O autor salienta que continuam a subsistir algumas questões a necessitar de clarificação.

*issues arising in antitrust private enforcement disputes. The judgment disperses frequent doubts concerning the application of the rules for tortious disputes, of EU Private International Law, to competition disputes arising in the context of a contractual relation. The author points out that some issues requiring clarification remain.*



C&R

DOCTRINA

*Doutrina geral*



# COOPERATION IN MULTIJURISDICTIONAL MERGER FILINGS – THE ECA NOTICE MECHANISM\*

*Rita Prates & Ricardo Bayão Horta\*\**

**ABSTRACT** *Cooperation among Competition Authorities in multijurisdictional filings should always be a factor to take into consideration. The ECA Notice is a mechanism through which European Competition Authorities cooperate with each other when reviewing transnational merger transactions. Although active for almost 20 years, the ECA Notice cooperation mechanism is hardly well-known among stakeholders, in particular merging parties. Nevertheless, the ECA Notice cooperation mechanism has proven to be an extremely useful tool in promoting consistency and avoiding conflicting assessments and final decisional outcomes in EU national merger control. This, however, is not short of challenges. This article intends to provide a brief insight on how cooperation in multijurisdictional filings of merger transaction works in practice, the principles it is based on, and its benefits and challenges to both National Competition Authorities and merging parties.*

**INDEX** 1. Introduction. 2. Legal Framework & The Need to Cooperate. 3. Cooperation in Practice. 3.1. Procedural Issues – How it works: The *ECA Notice*. 4. Benefits & Challenges of Cooperation. 4.1. Benefits triggered by the *ECA Notice*. 4.2. Challenges. 5. Conclusion.

**KEY-WORDS** Merger Control; Multijurisdictional filings; Cooperation by National Competition Authorities and European Commission; Referral mechanisms; ECA Notice mechanism (JEL Classification: K; K2 Regulation and Business Law; K21 Antitrust Law)

---

\* This article was originally published in “*International Cooperation of Competition Authorities in Europe: from Bilateral Agreements to Transgovernmental Networks*, BŁACHUCKI, M. (ed.), 2020, Warsaw: Publishing House of ILS PAS, pp.165-178; (available at [https://www.researchgate.net/publication/347469173\\_M\\_Blachucki\\_ed\\_International\\_cooperation\\_of\\_competition\\_authorities\\_in\\_europe\\_from\\_bilateral\\_agreements\\_to\\_transgovernmental\\_networks](https://www.researchgate.net/publication/347469173_M_Blachucki_ed_International_cooperation_of_competition_authorities_in_europe_from_bilateral_agreements_to_transgovernmental_networks)). Minor updates to the original version were introduced herein.

\*\* Rita and Ricardo are both Legal Advisers at the Merger Control Department of the Autoridade da Concorrência (AdC), the Portuguese Competition Authority. The opinions expressed in this article are personal and do not necessarily reflect the views of Autoridade da Concorrência.

## 1. INTRODUCTION

Cooperation and coordination amongst National Competition Authorities on merger proceedings can enhance the efficiency and effectiveness on the review process, help achieve consistent and non-conflicting outcomes, and reduce transaction costs as well as administrative burdens.

In 2001, this need to foster increased consistency and convergence within the European Union's jurisdictions in merger proceedings led the National Competition Authorities of each of the European Union Member States, together with the European Commission, the EEA EFTA States and the EFTA Surveillance Authority (all together hereinafter referred as the "ECA members" or "NCA"), to start a cooperating platform with the main focus on mergers subject to be reviewed by more than one NCA – known as "multi-jurisdictional filings".

Through this arrangement, the ECA members agreed upon a set of Principles and Best Practices' documents, based on which cooperation would be put in place through a system of sharing/exchange of information in cases involving multijurisdictional filings. The *ECA Notice* – a simple form whereby the first notified NCA transmits to its sister NCAs the basic information on the merger transaction – was introduced.

Along with the creation of the cooperation platform, and in order to better ensure consistency, convergence and cooperation involving such multijurisdictional filings, the ECA members decided to formalise and institutionalise the creation of the Merger Working Group (hereinafter the "MWG") within the European Competition Network.

Established in Brussels in 2010, the MWG's mandate is to identify areas of possible improvements regarding issues arising in relation to mergers with cross-border impact, and to explore possible solutions, focusing on what is feasible within the existing national legal frameworks, and drawing from the practices and experience of NCAs.

With this in mind, the ECA members issued guidelines that deepened the convergence and benefits of cooperation when reviewing merger transactions: individual NCAs would work with each other when reviewing the same merger transaction, thus aiming to achieve a consistent and coherent assessment and outcome, while at the same time reducing transaction costs and the administrative burden.

By doing so, the ECA members devised a cooperation system, the ultimate goal of which parallels that of the *one-stop-shop* principle: the review of the merger is entrusted to a single-entity, which would ensure the consistency



and coherence of the assessment throughout the EEA, and a final decisional outcome compatible with the principles of creating a common market *vs.* a review of the merger entrusted to individual NCAs who, by cooperating with each other, will ensure consistency and coherence between each of its autonomous assessments, and a final decisional outcome compatible with the principles of creating a common market.

## 2. LEGAL FRAMEWORK & THE NEED TO COOPERATE

Contrary to Regulation 1/2003<sup>1</sup>, Regulation 139/2004 (the “EU Merger Regulation”)<sup>2</sup> only very lightly addresses issues of cooperation; and when it does, it is to determine jurisdiction in multijurisdictional filings, rather than how to best conduct it.

Under the EU Merger Regulation, there is a clear separation between the European Commission’s jurisdiction and that of the Member States in reviewing merger transactions: if it meets the EU Merger Regulation’s thresholds, the European Commission has exclusive jurisdiction; if not, the review falls with the Member States’ jurisdiction (all or only some, depending on each of their respective legal framework).

There are, however, four exceptions to this rule on jurisdiction: the referral mechanisms pursuant to Articles 4(4) and 4(5), on one hand, and to Articles 9 and 22, on the other.

Articles 4(4) and 9 of the EU Merger Regulation enable the Member States’ NCAs to assess and decide upon merger transactions that originally fall under the scope of the EU Merger Regulation (i.e. the merger originally falls within the European Commission’s jurisdiction). On the opposite “direction”, Articles 4(5) and 22 enable the European Commission to assess and decide upon merger transactions that originally fall outside the scope of the EU Merger Regulation (i.e. the merger originally falls within Member States’ jurisdiction).

In terms of timing, Articles 4(4) and 4(5) may be invoked (only) by the merging parties prior to formally submitting the notification to the European Commission or the relevant NCAs as appropriate, whereas Articles 9 and 22

1 Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 101 and 102 of the Treaty, Official Journal L 1, 04.01.2003, p.1-25.

2 Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, Official Journal L 24, 29.01.2004, p. 1-22, in particular Articles 3(1) and 1(2) and 1(3). The Commission’s exclusive jurisdiction to enforce the EU Merger Regulation derives from its Article 21.

can be invoked after the merger has been formally submitted to the European Commission or the relevant NCAs as appropriate. Contrary to Articles 4(4) and 4(5), Articles 9 and 22 can be invoked only by either the European Commission or NCA, depending on where the merger was notified.

In addition, Article 4(5) provides for two extra details that single it out from the other three provisions: first, Article 4(5) can only be triggered if the merger transaction is reviewable in three or more EEA national jurisdictions, whereas Articles 4(4), 9 and 22 only need one actor in order to be triggered; second, Article 4(5) does not allow for a partial referral, and so, no parallel investigations NCA-European Commission are possible, whereas all of the remaining three provisions allow for a part of the merger case to be assessed and decided upon in parallel by both NCAs and the European Commission.

Article 4(5), therefore, represents a clear manifestation of the one-stop-shop principle. Unlike Articles 4(4), 9 and 22, which enable the possibility of the merger being only partially referred to the concerned NCAs or to the European Commission (i.e. the European Commission assesses only that part of the merger that the referral NCAs have agreed to, whereas the NCAs that oppose the referral remain competent to review their respective parts), an opposition to a referral under Article 4(5) will preclude it *tout-court* (i.e. no partial referrals are possible).

Irrespective of their differences, Articles 4(4), 9, on one hand, and Articles 4(5) and 22 represent a transfer of jurisdiction, from the European Commission to NCAs, and from NCAs to the European Commission respectively, based on the principle that the latter would be the best-placed authority to review the merger case.

Notwithstanding the EU and national legal frameworks on the assessment of merger transactions, cooperation between NCAs is almost totally based on the Principles and Best Practices' Guidelines drafted by ECA Members, initially acting solely as ECA and later as a part of the MWG.

The first set of guidelines dates from 2001 and is entitled "*The Exchange of Information Between Members on Multijurisdictional Mergers – a Procedural Guide*". Pursuant to it, NCAs adhere to a cooperation system of exchanging/sharing information in multijurisdictional filings. The *ECA Notice* – a simple form whereby the first notified NCA transmits to its sisters NCAs the basic information on the merger transaction – was introduced.

In 2005, following the adoption of the 2004 Merger Regulation, the ECA Members adopted the "*Principles on the application by National Competition Authorities within the ECA of Articles 4(5) and 22 of the EC Merger Regulation*".

Pursuant to these principles, cooperation between NCAs in what regards multijurisdictional filings took a step further from a 100 per cent NCA cooperation system to also include the dimension of cooperation in the context of a referral of an assessment from Member States to the European Commission under Articles 4(5) and 22 of the EU Merger Regulation (in the latter case, in full or only partially).

The evolution of merger control in the EEA – either pursuant to national or EU legal frameworks – meant a growing awareness of the need for undertakings to comply with merger control rules. In addition, the deepening of the creation of the common market meant that NCAs received growing numbers of notifications that were also subject to review by their sister NCAs – in short, multijurisdictional filings.

Faced with the challenges that multiple filings may pose on NCAs (risks of in-coherent assessments and conflicting outcomes) and uncertainty on merging parties, the ECA Members decided to deepen the 2002 and 2005 cooperation principles and rules. In 2011, already in the context of the MWG, the “*Best Practices on Cooperation between EU National Competition Authorities in Merger Review*” were adopted.

According to the press release:<sup>3</sup>

“The Best Practices aim to foster cooperation and sharing of information between NCAs in the European Union, for mergers that do not qualify for review by the Commission itself (the one-stop-shop review) but require clearance in several Member States.”

(...)

“The Best Practices have been adopted to alleviate the difficulties related to multiple filings. They identify the key steps at which the NCAs should cooperate and the information they may share, for instance on the timing of the review process or on remedies when necessary to avoid a merger harming customers and consumers.

Cooperation on mergers that have the potential to affect competition in more than one Member State, or where remedies need to be designed in more than one Member State, would help both merging parties and NCAs by reducing the risk of divergent outcomes.

---

<sup>3</sup> [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_11\\_1326](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_11_1326).

The Best Practices were prepared by a Working Group set up in 2010 by the Commission and the NCAs. The European Economic Area's NCAs were also represented.”

(...)

“The best practices do not envisage cooperation in all multi-jurisdictional cases. NCAs will decide on a case-by-case basis whether well targeted cooperation could enhance the review process.

The success of cooperation will depend to a great extent on the goodwill and cooperation of the merging parties, because NCAs will in most cases depend on them for permission to exchange confidential information. Both the merging parties and NCAs have an interest in good cooperation, as it can increase the overall efficiency, transparency and effectiveness of the review process. The timing of notifications is also an important area where merging parties can facilitate cooperation between NCAs.”

(...)

“The Best Practices are without prejudice to existing guidance on the system of re-allocating cases between the Member States and the Commission. However, the enhanced cooperation recommended in these Best Practices may also facilitate smooth case reallocation.

The Best Practices are the result of thorough reflection following broad stakeholder consultation this spring. On that basis, the Best Practices were amended to clarify for instance the use and scope of the case information system, the voluntary nature of waivers and the timing for providing up-front information about the merger. The Best Practices make it clear that confidential information is protected under the national legislation in all Member States.”

One final comment: as a document of soft-law, the Best Practices “(...) is intended to provide a non-binding reference for cooperation between NCAs. NCAs reserve their full discretion in the implementation of these Best Practices and nothing in this document is intended to create new rights or obligations which may fetter that discretion.”<sup>4</sup>

More than reproducing soft-law instruments that represent the basis for the cooperation mechanism – the *ECA Notice* – this article should be read in conjunction with them.

---

4 EU Merger Working Group, 2011: §1.3.

### 3. COOPERATION IN PRACTICE

#### 3.1 Procedural Issues – How it works: The *ECA Notice*

Although the object of the cooperation in multijurisdictional filings is focused on substantive issues, such as defining the market, theories of harm, or remedies, the manner in which institutional cooperation materialises is very much a procedural issue.

Naturally, the aim of cooperation is to ensure that measures adopted by different NCAs during proceedings to assess the same merger transaction, as well as the final outcome, are not in conflict with one another, or at least do not hinder the others' purpose. With this in mind, NCAs are encouraged to promote enhanced cooperation, in particular at key stages of the merger control proceedings. So how does all of this work in practice?

Procedurally, it is quite simple and straightforward. It all starts when a particular merger transaction is formally notified to an NCA in accordance with competition law. The first task for any NCA, when faced with a merger notification, is to determine whether it has, *prima-facie*,<sup>5</sup> the jurisdiction to assess it. Assuming the answer to this question is affirmative, the necessary elements submitted by the parties should also inform the notified NCA about whether the same merger will also be notified in other jurisdictions (at least) within the ECA network. If that is the case, the notified NCA should trigger the cooperation mechanism with other NCAs by emailing them the *ECA Notice*.

The *ECA Notice* is a simple form whereby the first notified ECA NCA informs all the other sister ECA NCAs that a particular merger transaction has been notified to it and that ECA NCA *x* or *y* should also expect to be notified as well; in short, the notified merger transaction is subject to a multi-jurisdictional filing.

The process of completing the *ECA Notice* is simple, and the level of information necessary is quite basic: what the merger consists of; who the undertakings concerned are (potentially their parent companies); what the relevant economic sector is (NACE code, if available); what the date of notification

---

<sup>5</sup> *Prima-facie* because assessing jurisdiction is a three-step process: 1) are we dealing with a *merger transaction* for the purpose of competition law?; if so, 2) who has jurisdiction to assess the merger: the European Commission pursuant to Regulation 139/2004 or national competition authorities pursuant to their respective merger control legal frameworks?; if the latter, 3) whether the merger transaction triggers (any of) merger notification threshold(s)?

and provisional deadline are; who the case-handlers and contacts are; and which NCAs are expected to also be notified.

The currently used Model *ECA Notice* is as follows<sup>6</sup>:

<b>MODEL ECA NOTICE</b>	
	[Date]
In accordance with the decision made at the ECA meeting on 20 April 2001, the [NCA] provides you with the following information: The [NCA] received a merger notification which might be of interest to you:	
<b>Notified merger (merging parties and type of transaction):</b>	
<b>Sector/Industry concerned and/or products concerned. NACE code if readily available:</b>	
<b>Date of notification:</b>	
<b>Provisional deadline:</b>	
<b>Case handler:</b> <b>Email:</b> <b>Phone/fax:</b>	
<b>Notified by the merging parties in Member States:</b>	
<b>ECA members informed:</b>	

Once the *Notice* has been filed, the first notified NCA emails it to all its sisters NCAs.<sup>7</sup> At this stage, the main relevant aspect is that it is the responsibility of the first notified NCA to send the *ECA Notice* and trigger the cooperation mechanisms; this is important because – as will be shown – one of the main strategies to fulfil the objectives of cooperation in multijurisdictional filings is to try to align assessment timelines as far as possible among all the notified NCAs. Therefore, if the *ECA Notice* was sent by the second or third notified NCA, any possibility of timeline alignment would be hampered.

Once all the NCAs have been informed and the NCAs relevant to where the merger is to be notified have been identified, cooperation involving

<sup>6</sup> The ECA Notice Model here presented corresponds to an updated and in-use version of the formally adopted Model of 2001 (cfr. European Competition Authorities, 2001). This updated version has not been published.

<sup>7</sup> NCAs should maintain an up-to-date contact-person mailing list.

multijurisdictional filings should develop subject to the following principles: (i) it should be restricted to NCAs where the merger is reviewable; (ii) the concerned NCAs should keep each other informed about whether a referral under Article 22 of the Merger Regulation [or even under Article 4(5)] may be an issue to consider. The same should occur accordingly by the European Commission as to the possibility of a referral under Article 9 [or even under Article 4(4)]; (iii) the concerned NCAs should liaise with one another and keep one another informed of their progress at key stages of their respective investigations; (iv) the concerned NCAs should use cooperation mechanisms to reduce the administrative burden on the NCAs and on the merging parties or third-parties; (v) the concerned NCAs should use their best efforts to ensure that cooperation leads to coherent (or, at least, non-conflicting) and consistent decisional outcomes. We will examine each of these in turn.

One preliminary note: cooperation is not an end in itself, but a means to achieve a coherent and consistent final decisional outcome for the same merger transaction notified in multiple jurisdictions. The concerned NCAs are not legally obliged to cooperate with each other every time a multijurisdictional filing occurs. Once the *ECA Notice* has been sent, the concerned NCAs will informally determine whether even contacting each other is in the best interest of a sound investigation and a final outcome. Therefore, as cooperation principles and mechanisms are at their disposal, it will be up-to the concerned NCAs to evaluate whether, how and when they can be used.

*a) Cooperation beyond the ECA Notice should remain confined to those NCAs reviewing the merger<sup>8</sup>*

The main reason is that cooperation resulting from a multijurisdictional filing should focus on those NCAs/jurisdictions where the merger will have a direct impact.

Issues such as defining the relevant market, the transnational impact of the merger (in particular when concerned jurisdictions neighbour each other), or the mere circumstance that discussions regarding remedies in one jurisdiction will have an impact on another may surely present food-for-thought to all ECA NCAs. However, when in the presence of a merger control review, time is-of-the-essence, and it would be neither efficient nor in the best interest of the concerned NCAs or the merging parties – which are suspending

---

<sup>8</sup> The exception would be a third-NCA finding at a later stage that the merger should have been notified to it and was not (a gun-jumping situation).

the implementation of the transaction until all clearances have been obtained – to remain dependent on inputs by NCAs where the merger will not have an impact.<sup>9</sup>

Keeping cooperation in multijurisdictional filings confined to the concerned ECA NCAs has another purpose, which should not be undermined:

*b) The fact that one or more of the notifiable<sup>10</sup> NCAs consider referring the assessment of the merger transaction to the European Commission, pursuant to Article 22 of the Merger Regulation,<sup>11</sup> or vice-versa, from the European Commission to the NCAs, pursuant to Article 9 of the EU Merger Regulation,<sup>12</sup> will necessarily trigger close contact between them*

First and foremost, it is necessary to evaluate whether the European Commission is the best-placed authority to assess the merger, in accordance with the legal criteria established in Article 22(1) of the EU Merger Regulation. Or, in the case of Article 9, to evaluate whether the singularities of a particular jurisdiction are relevant enough to justify a deviation from the exclusive jurisdiction of the European Commission.

Secondly, it is necessary to evaluate whether the pan-EEA impact of the merger is significant enough to justify a single-entity assessment instead of a fragmented one, even though each individual concerned NCA may actively

---

9 This does not preclude the possibility for a concerned NCA to contact other NCAs (concerned or either) through specific mechanisms of the European Competition Network and pose a particular query on the case. This, however, is intended to aid the concerned NCA on a particular issue by recourse to comparative law or to the addressee's past experience, and should not, on any situation, add an extra burden on the merging parties.

10 An important note is that Article 22 allows for the European Commission to accept referrals from NCAs irrespective on whether they had the power to review the case themselves. However, the European Commission very rarely accepts referrals based on these circumstances. This rather restrictive approach to Article 22 – in the sense they are very rare – is expected to be revisited following an announcement by the European Commission's VP Margrethe Vestager, on september 11<sup>th</sup> 2020, in which the Commission plans to start accepting referrals from NCAs of mergers that are worth reviewing at the EU level irrespective on whether they (i.e. NCAs) had the power to review the case themselves [cfr: [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) (accessed in December 2020)].

11 Or, eventually, even during a pre-notification stage, pursuant to Article 4(5) of the Merger Regulation, provided (i) that the merging parties do not oppose to a referral in such an early stage, in particular since it would involve confidentiality wayvers *vis-a-vis* NCAs and the Commission and (ii) that the concerned NCAs are straightforwardly identified and made aware that that particular merger will, sooner or later, be notified to it.

12 The same rationale of footnote 13, applies accordingly in the case of Article 4(4).



cooperate towards coherent and consistent investigations and a final outcome amongst themselves.

Third, if one or more of the concerned NCAs opts to oppose to the referral, the resulting parallel investigations will lead to a scenario equivalent to that of a multijurisdictional filing. This will require investigative NCAs and the European Commission to use their best efforts not to undermine each other's investigations and final outcomes, in particular if it leads to the implementation and monitoring of remedies with a broader impact than a national scope.

This is valid irrespective of which authority assesses and decides upon the merger, and the legal basis. In the cases of parallel investigations by both NCAs and the European Commission, under Articles 4(4), 9 and 22, the need for the relevant authorities to materially align their assessments and avoid conflicting outcomes makes ongoing cooperation even more important.

However, even following an Article 4(5) referral, the exclusive jurisdiction conferred to the European Commission to assess the merger should not underrate the need for cooperation with Member States, in particular with those concerned jurisdictions where the transaction would originally have been reviewable.

For these NCAs who voluntarily transferred their original jurisdiction to the European Commission, issues such as theories of harm and remedies should be taken into particular consideration by the European Commission in its assessment and in its final decision, as well as in responding in the Advisory Committee (pursuant to Article 19 of the EU Merger Regulation, where applicable).

*c) Concerned NCAs should liaise with one another and keep one another informed of their progress at key stages of their respective investigations*

In order to fulfil this objective, the *ECA Notice* provides a minimum of information related to the case, namely the date of notification to the first concerned NCA and a provisional deadline. Upon sharing this information with other NCAs – in particular with those where the merger is reviewable – the concerned NCAs should liaise with one another in order to try to align their respective investigative timetables as much as possible.

This measure implies combined efforts by both NCAs as well as by the merging parties and is not short of challenging obstacles. First, the merging parties would have to submit the individual merger notifications to the various NCAs almost simultaneously, which may not be as simple as it seems,

as each national jurisdiction has its own legal particularities and NCAs are legally bound to enforce them.

Second, the information provided for by the merging parties will need to be as complete and clear as possible, so that concerned NCAs are made aware of the full context of the merger transaction as early as possible in the proceedings (possibly even during pre-notification contacts). Therefore, the merging parties play an important role in informing and keeping the NCAs informed of all relevant aspects concerning the merger, which can contribute to a swift and sound assessment.

Third, the competitive contexts and conditions in jurisdiction A will certainly differ from those of jurisdiction B and from those of C. Therefore, aligning investigative timetables may pose difficult challenges, as one NCA may be ready to be formally notified, while that may not be the case in another NCA.

In any case, the main focus should therefore be that the concerned NCAs keep each other informed of the key stages of their respective investigations, namely on significant changes in deadlines to issue a decision, on the likelihood of the outcome of the first phase investigation and/or the decision to open an in-depth investigation, its outcome, as well as any discussion regarding remedies.

The topic of remedies is one of the most sensitive, particularly if it occurs in the context of multijurisdictional filings. As mentioned, the competitive conditions in jurisdiction A will likely differ from those of jurisdiction B. And even though it is the same merger transaction, NCA *x* and NCA *z* may need to impose remedies, while NCA *y* need not, and the remedies to be imposed by NCA *x* may substantively differ from those to be imposed by NCA *z*.

Therefore, it is of the utmost importance that the NCAs liaise with each other on the topic of remedies as soon as the concerned NCA identifies competitive concerns and starts to discuss possible solutions with the merging parties. Keeping each other informed on the progress regarding the discussion of remedies will contribute to a coherent and consistent final outcome on the assessment of the merger, as well as to a solution whereby each jurisdiction will have safeguarded its own competitive concerns as a result of the merger.

*d) Concerned NCAs should use cooperation mechanisms to reduce the administrative burden on both NCAs and on the merging parties or third parties*

The topic of administrative burdens is an ever-present issue, and one that NCAs are particularly sensitive to when it comes to merger control. NCAs

fully acknowledge that the need to halt the implementation of a merger transaction – sometimes for several months – due to an *ex-ante* assessment can cause uncertainty amongst market stakeholders and, more especially, to the merging parties.

With this in mind, NCAs employ their best efforts to minimise the administrative burden during the merger procedure by: (1) obtaining – as far as possible – the necessary information and data to conduct the assessment and to produce an outcome as rigorous as possible; (2) not to burden stakeholders – both the merging parties and third parties – with unnecessary requests for information; (3) adopting, as soon as possible, a final decision on the merger transaction, thus not delaying its final outcome beyond what is strictly necessary.

Naturally, these measures are much simpler said than done, as the NCAs and the merging parties are fully aware. And this is where cooperation mechanisms can play an important role.

As mentioned above, the first task for any NCA, when faced with a merger notification, is to determine whether it has jurisdiction to assess it. On most occasions, determining jurisdiction is relatively straightforward, but sometimes it may not be so; issues such as the nature of the transaction (“is it a merger for the purposes of competition law?”), can sometimes pose challenging questions that must be answered without ambiguity before the assessment per se even begins. In addition, questions as to the parties’ activities, as to the relevant market (e.g. transportation costs and import-exports influencing the geographical dimension of the market), or as to items necessary to conduct the assessment may not be as simple as it appears due to insufficient data or a complete absence of data.

Cooperation between concerned NCAs may help clear many of these questions and challenges, simply by exchanging views on the subject or by sharing relevant information from one NCA to another. This latter solution can be particularly useful to NCAs who have difficulty in gathering information on a certain stakeholder located in another jurisdiction. If the merging parties or third parties show reluctance/difficulty in providing such information, the relevant NCA can only access it through the local NCA, which can only be done through close institutional cooperation.

One important aspect regarding the exchanging/sharing of information among concerned NCAs is that, unless the merging parties or third parties waive confidentiality, it should be confined to non-confidential information. This limitation can cause serious constraints on the effectiveness of

the cooperation mechanisms for obvious – although, quite often, legitimate – reasons, as on many occasions the level of exchangeable non-confidential information is either clearly insufficient or unable to provide a clear and intelligible perspective on what the NCA seeks to know.

In order to cope with such a limitation, the merging parties or third parties should feel encouraged to provide a waiver of confidentiality broad enough to meet all of the NCAs' needs to obtain the necessary information and data to assess the merger and to produce an adequate outcome.<sup>13</sup>

The merging parties or third parties may be reluctant to waive the confidential nature of their information to all NCAs, in particular as they then lose control over how the exchange takes place. However, what the merging parties should also consider in their reluctance to waive confidentiality is that, by allowing for the exchange/sharing of confidential information, and as long as NCAs confine the information strictly for the purposes of assessing that particular merger transaction, they are effectively helping to reduce the administrative burden that NCAs and the merging parties themselves (as well as third parties) have to bear. In fact, unless easily accessible through NCAs pursuant to waivers, the requesting NCA will have no alternative but to request it directly from the merging parties and third parties, which often implies the suspension of the term of the decision.

This option puts pressure on the requesting NCA because it will have to *(i)* determine what information it needs; *(ii)* produce a clear official request addressed to the merging and/or third-parties; *(iii)* wait for complete responses; *(iv)* analyse all the information and determine whether it suffices and, if necessary, renew the requests for new information or the completion of the previous ones.

On the part of the parties, they will have to understand what is being asked by the NCA (the scope of the request), duly organise the information and provide it to the NCA within the indicated timeframe and hope that the NCA considers it satisfactory.

All these steps on “both sides” are time and resource-consuming and almost certainly will delay the conclusion of the assessment and the adoption of a final decision. Confidentiality waivers for the exchange/sharing of information between concerned NCAs could represent, in sum, a major factor in

---

<sup>13</sup> Although different waivers may vary, the format proposed by the ICN model waiver is recommended ([https://ec.europa.eu/competition/ecn/icn\\_waiver\\_model\\_form\\_en.rtf](https://ec.europa.eu/competition/ecn/icn_waiver_model_form_en.rtf)).

reducing the administrative burden on both the NCAs and on the merging parties, as well as a way of speeding proceedings.

*e) Concerned NCAs should use their best efforts to ensure that cooperation leads to coherent (or, at least, non-conflicting) and consistent decisional outcomes*

This fifth principle represents the ultimate goal of cooperation in multijurisdictional filings and takes from all of the previous principles, in the sense that only if a coherent, pro-active and effective cooperation is put in place by all concerned NCAs will the risk of conflicting decisional outcomes be reduced or even eliminated.

Close and regular contact between fully informed officials from every concerned NCA, particularly at relevant key stages of the proceedings, cooperating on procedural (including whether a referral to the European Commission should be considered and why) as well as on substantive aspects (especially if remedies are a likely option) of the assessment will most likely reduce to a minimum the risk of inconsistent final outcomes.

However, as previously mentioned, cooperation is not an end in itself, but a means to achieve a coherent and consistent final decisional outcome for the same merger transaction notified in multiple jurisdictions. Concerned NCAs are not legally obliged to cooperate with each other every time a multijurisdictional filing occurs. Therefore, as cooperation principles and mechanisms are available, it will be up to the concerned NCAs to evaluate if and when they can be of use.

## 4. BENEFITS & CHALLENGES OF COOPERATION

### 4.1 Benefits triggered by the *ECA Notice*

Cooperation among Competition Authorities in multijurisdictional filings should always be a factor to consider.

The *ECA Notice* mechanism has been in place for almost 20 years, and it is fair to say that during that time it has been demonstrated to be a most valuable tool in multiple dimensions.

First, it is known for its practicability and informal use, with very little or no bureaucracy attached.

Second, the *ECA Notice* is deemed beneficial for the NCAs concerned, for the merging parties themselves and for third parties, as it namely reduces the administrative burden.

Third, it enables a very important exchange of information between NCAs, thus actively contributing to a coherent assessment of the merger case throughout the various jurisdictions and reducing the risk of conflicting decisional outcomes, in particular in the case of remedies.

Fourth, it also promotes the sharing of know-how in a particular sector by one NCA with other NCAs, as well as the exchange and discussion of different approaches to the case, thus contributing to a more enriched and informed assessment.

Fifth, it represents an extremely useful tool for NCAs to detect gun-jumping infringements, since it allows them to cross-check whether a specific merger notified in another jurisdiction should also have been notified to its own.

One can also say that the cooperation system triggered by the *ECA Notice* also benefits the internal market. Most particularly, by contributing to a coherent decisional outcome by all the concerned NCAs, it automatically contributes to a coherent application of merger control throughout the EEA, even though in individual national dimensions.

## 4.2 Challenges

As stated at the beginning of this article, the option to cooperate with one another is a prerogative conferred on NCAs. Even in the case of Articles 9 and 22, no Competition Authority – including the European Commission – is obliged to trigger the referral mechanism, or even adhere to it.

In addition, as a document of soft law, the Best Practices “(...) are intended to provide a non-binding reference for cooperation between NCAs. NCAs reserve their full discretion in the implementation of these Best Practices and nothing in this document is intended to create new rights or obligations which may fetter that discretion.”<sup>14</sup>

Therefore, the first challenge is to advocate with NCAs the benefits of cooperating in multijurisdictional filings. Cooperation only delivers if it is used to the fullest by those who can benefit from it.

However, even if the Competition Authorities do cooperate with each other when multijurisdictional filings occur, the second challenge lies with how best to align the cooperation mechanisms, starting with what follows from the *ECA Notice*.

---

<sup>14</sup> EU Merger Working Group, 2011: §1.3.

As seen above, aligning different timelines at key-stages of the procedure can be as important as it is difficult, given the specifics of each of the individual assessments and legal frameworks.

As merger proceedings can progress at different paces in different jurisdictions, due to differences in legal deadlines or merging parties notifying at different times in different jurisdictions, the issue of timing alignment is a challenge to the proper functioning of this system.

With this in mind, it will be up to NCAs to develop ongoing and regular contacts (equivalent to state-of-play contacts between the NCAs and the merging parties).

A third challenge relates to access to information from stakeholders – first and foremost, the merging parties, but also third parties – and to the (im) possibility of sharing confidential information amongst concerned NCAs. The difficulties related to obtaining a confidential waiver from the parties apply here in full.

## 5. CONCLUSION

Cooperation amongst Competition Authorities in multijurisdictional filings should always be a factor to consider.

The *ECA Notice* mechanism has proven to be an extremely useful tool in promoting consistency and avoiding conflicting assessments and final decisional outcomes in EU national merger control. This, however, is not short of challenges.

The *ECA Notice* is a simple instrument that, over the years, has allowed informal cooperation between NCAs in merger control proceedings. Although not perfect, it has proven to be mostly a successful tool and probably the key to its success is its simplicity. We hope that NCAs keep on using it and that merging parties contribute with waivers on confidentiality, information and time alignment in notifications for its intended purpose – cooperation and coordination.

## BIBLIOGRAPHY

### EUROPEAN COMPETITION AUTHORITIES

- 2001 *The Exchange of Information Between Members on Multijurisdictional Mergers – a Procedural Guide*, available at <https://ec.europa.eu/competition/>

ecn/eca\_information\_exchange\_procedures\_en.pdf (accessed in December 2019).

- 2005 *Principles on the application by National Competition Authorities within the ECA of Articles 4(5) and 22 of the EC Merger Regulation*, available at [https://ec.europa.eu/competition/ecn/eca\\_referral\\_principles\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/ecn/eca_referral_principles_en.pdf) (accessed in December 2019).

**EU MERGER WORKING GROUP**

- 2011 *Best Practices on Cooperation between EU National Competition Authorities in Merger Review* available at [https://ec.europa.eu/competition/ecn/nca\\_best\\_practices\\_merger\\_review\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/ecn/nca_best_practices_merger_review_en.pdf) (accessed in December 2019).



# REGIME JURÍDICO DA REGULAÇÃO DO SECTOR DE PETRÓLEO E GÁS EM MOÇAMBIQUE

*Edson da Graça Francisco Macuácuca\**

*Octávio de Jesus Gonçalves\*\**

**ABSTRACT** *This article aims to address the theme of the legal regime for the regulation of the oil and gas sector in Mozambique. An analysis of the historical process of regulation will be presented in this work, traditionally considering the rules that regulate the oil and gas sector in Mozambique. The article also presents an approach on the licensing process and regulation of the oil and gas sector in Mozambique, presenting the challenges of the oil and gas sector, as well as addressing relevant issues such as the property and right to use the subsoil, including oil and the most relevant legal normative documents. An emphasis will be given to the analysis of the legislation that regulates the oil and gas sector in the current period. In this context, the main laws that regulate the oil and gas sector are also analyzed in order to contextualize the legal framework for investment in the oil sector and gas. Finally, the article outlines the policy currently in force for the production, exploitation of oil and gas. The legal regime and regulation of the oil and gas sector in Mozambique are strictly analyzed.*

**SUMÁRIO** 1. Contextualização. 1.1. Dos conceitos de Regulação às suas possibilidades. 2. Importância da Regulação. 3. Instrumentos para a busca de eficiência na escolha regulatória. 4. As Agências Reguladoras no contexto moçambicano. 4.1. Características das Entidades Reguladoras em Moçambique. 4.2. A atividade de regulação e as Entidades Reguladoras. 5. Entidade Reguladora do Sector de Petróleo e Gás em Moçambique. 5.1. Instituto Nacional do Petróleo. 5.2. Atribuições e competências do Instituto Nacional do Petróleo. 5.3. Análise crítica sobre a não independência do Instituto Nacional do Petróleo como Autoridade Reguladora do Sector de Petróleo e Gás em Moçambique. 5.4. Desafios do Instituto Nacional do Petróleo. 6. Alta Autoridade da Indústria Extractiva. 6.1. A estagnação do processo de instalação da Alta Autoridade da Indústria Extractiva. 6.2. Análise crítica ao regime jurídico da regulação

---

\* Doutorando em Direito; Doutorando em Paz, Democracia, Movimentos Sociais e Desenvolvimento Humano; Mestre em Direito; Mestre em Administração Pública; Mestre em Direito dos Petróleos e do Gás; Consultor e Docente Universitário, Secretario do Estado da Província de Manica.

\*\* Mestrando em Direito Administrativo, na Universidade Católica de Moçambique, Faculdade de Engenharia.

em Moçambique. 6.3. Análise crítica ao regime de regulação do sector petróleo em Moçambique (INP e AAIE). 7. Conclusão.

**KEY-WORDS** Legal Regime, Regulation, Oil and Gas (K Law and Economics; K2 Regulation and Business Law; K230 Regulated Industries and Administrative Law; K320 Environmental, Energy, Health, and Safety Law)

## 1. CONTEXTUALIZAÇÃO

Moçambique possui um enorme potencial energético, o que proporciona condições favoráveis para a satisfação não apenas das suas necessidades domésticas, bem como da região da África Austral e não só. Com efeito, as recentes descobertas de carvão mineral, cujas reservas são estimadas em mais de 20 mil milhões (10<sup>9</sup>) de toneladas, e de gás natural, com uma estimativa de 277 mil bilhões (10<sup>12</sup>) de pés cúbicos, associadas aos abundantes recursos hídricos cujo potencial é de 18.000MW, colocam Moçambique numa posição bastante privilegiada, na região e no mundo. O vasto potencial em energias renováveis, especialmente biomassa, energia solar e eólica, complementa o potencial de Moçambique como uma referência energética mundial. A abundância de recursos e a localização geográfica privilegiada de Moçambique propicia a instalação de várias indústrias de dimensão regional e mundial. Com a criação da Empresa Nacional de Hidrocarbonetos E.E. (ENH) em 1981, a atividade de pesquisa ganhou um novo ímpeto, envolvendo várias empresas multinacionais, com a efetivação de mais de 25.000 quilómetros de sísmica, em terra e 760 quilómetros no mar, entre 1981 e 1986. Em 2000, a empresa Sul-Africana Sasol, que também conduziu importantes atividades de pesquisa, em parceria com a empresa nacional, subsidiária da ENH, a CMH S.A (Companhia Moçambicana de Hidrocarbonetos), assumiu um compromisso com o Governo de Moçambique por 25 anos para desenvolver um projeto de produção de 120 milhões de Giga Joules de gás natural para consumo em Moçambique e comercialização na África do Sul. Este compromisso permitiu viabilizar o projeto de gás natural a partir dos jazigos de Pande e Temane e a construção de um gasoduto de 865 km entre Temane e Secunda, na África do Sul, o que, por sua vez, permitiu ao país tornar-se o maior produtor e exportador de gás natural na região da África Austral. As reservas de gás natural atualmente provadas em Pande e Temane são estimadas em mais de 3,5 mil bilhões (10<sup>12</sup>) de pés cúbicos. Neste momento, em Moçambique as bacias

sedimentares que são objeto de atividades de pesquisa de hidrocarbonetos são as Bacias de Moçambique e de Rovuma.<sup>1</sup>

### 1.1. Dos Conceitos de Regulação às suas Possibilidades<sup>2</sup>

#### *a) Regulação*

A literatura jurídica especializada vem destacar que o conceito de regulação guarda uma relação teleológica com a garantia de direitos fundamentais.

Márcio Aranha define-a nos seguintes termos: “A regulação, em síntese, é a presença de regras e actuação administrativa (law and government) de carácter conjuntural pautadas no pressuposto de diuturna reconfiguração das normas de conduta e dos atos administrativos pertinentes para a finalidade de redireccionamento constante do comportamento das actividades submetidas a escrutínio, tendo-se por norte orientador parâmetros regulatórios definidos a partir dos enunciados de atos normativos e administrativos de garantia dos direitos fundamentais”.<sup>3</sup>

Sobre a regulação, Macuácuá<sup>4</sup> aborda que a mesma se definiu porém, concretamente, numa ação mais restrita que associa à institucionalização de entidades independentes, aptas para restabelecer os esquemas regulatórios da regra de jogo e para definir os conflitos em domínios sectoriais política e economicamente sensíveis.

Ainda Macuácuá<sup>5</sup> aborda que o conceito regulação pública aqui adotado é menos amplo que o de intervenção na economia, visto que exclui a atividade direta do Estado como empresário, gestor ou produtor de bens e serviços, mas mais amplo do que a referida aceção corrente.

#### *b) Regulação e o Direito*

No meio jurídico o termo “regulador” também precedeu ao termo “regulação”, apresentando as suas primeiras aplicações tanto no campo do direito de Estado como no direito financeiro (Autin, 1995)<sup>6</sup>.

---

1 República de Moçambique, Conselho de Ministros, Plano Director do Gás Natural Aprovado na 16.ª Sessão do Conselho de Ministros, 24 de junho de 2014, pp. 3.

2 Rocha de Oliveira, 2014.

3 Aranha, 2015; Aranha, 2013.

4 Macuácuá, 2019: 93.

5 Macuácuá, 2019, 94.

6 Autin, 1995: 43-55.

O vocábulo “regulação” é muitas vezes utilizado como sinónimo de “regulamentação”. As relações entre regulação, direito e regulamentação não são sempre entendidas da mesma maneira, pois a regulação aparece concebida ora como um género do qual o direito seria uma espécie, ora como um tipo de direito. Portanto, a regulação, nessa conceção, seria uma variante de processo jurídico com ação sobre a Sociedade. Entretanto, a regulação ainda poderia ser concebida como oposta ao Direito, no sentido de ser mais rígida do que o próprio Direito (Jeammaud, 1998)<sup>7</sup>.

Duas ideias principais se ligam ao conceito etimológico de regulação no direito. Uma refere-se ao estabelecimento e implantação de regras e normas; outra à manutenção ou restabelecimento do funcionamento equilibrado de um sistema (Moreira & Maças, 2003)<sup>8</sup>.

Desse modo, o conceito de regulação no direito pode ser considerado essencialmente sob dois pontos de vista: no primeiro, o direito é considerado como um meio de regulação (regulação dos comportamentos); no segundo, o direito é visto como um sistema. A regulação, então, refere-se aos meios de eliminação de contradições e de reforço de coerências (Brasil, 2003)<sup>9</sup>.

A regulação é tradicionalmente concebida como uma tarefa que consiste em assegurar, entre os direitos e as obrigações de cada indivíduo, o equilíbrio pretendido pela lei. Nessa conceção é atribuído ao Estado o papel de comandar diretamente os atores sociais, de estabelecer as “*règles de jeu*” e garantir que elas sejam respeitadas. Por conseguinte, a primeira tarefa da regulação é propriamente política, relevante diretamente ao legislativo e ao executivo. A segunda tarefa opera por meio das virtudes de neutralidade, de equidade e de humanidade, que se assemelham, de certo modo, com as tarefas esperadas de um juiz (Gazier & Cannac, 1984).

Num sentido restrito, Saldanha Sanches (2000)<sup>10</sup> demonstra que a regulação é a criação de normas jurídicas que irão disciplinar o exercício de certas atividades, ou seja, é um acesso especial a determinados bens (o exercício de algumas atividades comerciais, por exemplo). Por assim dizer, a regulação é a negação da mão invisível de autorregulação do mercado, ou seja, uma

---

7 Jeammaud, 1998: 162-173.

8 Moreira & Maças, 2003.

9 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação na Saúde. *Direito sanitário e saúde pública*: manual de atuação jurídica em saúde pública e coletânea de leis e julgados em saúde. Brasília, DF, 2003. v.1. (Série E. Legislação de Saúde).

10 Saldanha Sanches, 2000: 10.

afirmação da mão confiscadora do Estado, que procura obter a resolução dos problemas sociais por meio de uma ampla intervenção na economia e na Sociedade. Ainda nessa direção, Pessoa (2004)<sup>11</sup> propõe uma conceção mais ampla de regulação no âmbito jurídico. Trata-se de definir a regulação não apenas como correção de distorções do mercado, mas como um instrumento político fundamental, de caráter social.

Destaca-se que o vocábulo “regulação” surgiu no direito a partir do movimento de reforma do Estado, especialmente quando, em decorrência da privatização de empresas estatais e da manutenção da ideia de competição entre concessionárias na prestação de serviços públicos, entendeu-se como necessário regular as atividades objeto de concessão, assegurando assim a regularidade na prestação dos serviços e o funcionamento equilibrado da concorrência. Portanto, o conceito de regulação no direito incide no âmbito das atribuições do Estado e da sua interferência na economia (Di Pietro, 2004)<sup>12</sup>.

Embora esse conceito possa ser aplicado sobre qualquer objeto social, é especialmente no âmbito da economia estatal que ele vem sendo utilizado mais frequentemente no direito brasileiro. Consequentemente, é na esfera do direito económico, ou direito administrativo económico, que esse tema tem sido mais discutido.

Di Pietro (2004) propõe que o conceito deve abranger, além do aspeto económico, outras áreas das quais se destacam os serviços públicos exclusivos e os não exclusivos do Estado. Além disso, a autora reconhece a regulação como um novo tipo de direito, caracterizado como sendo negociado e sujeito às transformações ocorridas no objeto regulado. A regulação é um direito que, no entanto, convive com outras formas tradicionais de produção legislativa (imperatividade, generalidade e abstração).

### **i. Regulação e o Direito Administrativo**

O Direito Administrativo tipicamente acompanha as mudanças e transformações no modelo de Estado vigente, facto esse que é facilmente verificável pela própria evolução histórica da matéria. Do Estado absoluto ao Estado social, o Direito Administrativo sempre desempenhou diferentes papéis<sup>13</sup>. Atualmente, a implementação do chamado Estado regulador representa relevantes alterações no Direito Administrativo. Marcado especialmente pela

---

11 Pessoa, 2004.

12 Di Pietro, 2004.

13 Hachem, 2013: 340-399.

tentativa de reduzir o tamanho do Estado, entregando parte das atividades à iniciativa privada e descentralizando funções administrativas entre entes estatais, o Estado regulador passa do papel de prestador de serviços, para assumir a figura de gestor<sup>14</sup>.

Disso decorre que o Direito Administrativo passa a ser aplicado por uma diversidade de entes, cada um visando suas competências específicas e adequando-se às necessidades técnicas e jurídicas do sector económico regulado.

Visando acompanhar as rápidas transformações da atualidade e as especificidades de cada sector económico, a Lei passa a conferir aos entes reguladores um largo campo de discricionariedade, definindo suas competências com base em princípios, em termos genéricos e conceitos jurídicos indeterminados. Assim, cada ente com competência regulatória acaba por adotar seus próprios princípios e parâmetros de atuação, agindo com uma larga escala de discricionariedade. Surge, com isso, a chamada escolha regulatória.

O Estado regulador, então, deixa de exercer diretamente uma série de atividades até então por ele monopolizadas. Em um sentido amplo, isso compreende a quebra de monopólios, a desregulação, a concessão e permissão de serviços públicos e a terceirização. Com isso, a iniciativa privada passa a exercer uma série de atividades até então monopolizadas pelo Estado, como serviços públicos de energia elétrica, telecomunicações, portos, rodovias e outros. Por um lado, o estado abstém-se de exercer essas atividades que o particular tem condições de prestar, por outro, assume o papel de coordenar, fiscalizar e fomentar a iniciativa privada, especialmente quando isso for de interesse público<sup>15</sup>.

## **ii. Regulação e a Economia**

É a partir da teoria económica neoclássica que a questão da regulação económica se relaciona com a existência de falhas de mercado. Para Posner (1974)<sup>16</sup> a regulação consiste na imposição de regras e controlos pelo Estado, suportadas por meio de sanções e com a finalidade de dirigir, restringir ou alterar o comportamento económico de indivíduos ou empresas. O autor destaca ainda que a regulação também é a intervenção estatal, por meio de taxas, subsídios e controlos legislativos e administrativos sobre as atividades económicas.

---

14 Hachem, 2013: 340-399.

15 Hachem, 2013: 340-399.

16 Posner, 1974: 335-358.

Silva (2002/2003)<sup>17</sup> destaca que as falhas de mercado constituem razões suficientes para a formulação de políticas regulatórias. Essas falhas estão relacionadas com quatro fatores: *i*) diferentes estruturas de mercado (concorrência perfeita, concorrência monopolista, oligopólio e monopólio); *ii*) existência de externalidades e a ausência de informações completas (informação assimétrica); *iii*) existência de bens públicos (devido às características de não rivalidade e não exclusividade); e *iv*) monopólios naturais.

Nesse mesmo sentido, Baldwin & Cave (1999) defendem que a regulação económica é justificada pelo facto de que o mercado não controlado falharia na produção de comportamentos ou resultados correspondentes com o interesse público. Assim, a regulação é entendida como uma restrição exercida pelo Estado sobre a atividade de mercado.

Esses autores descrevem quatro modelos de ação da regulação, considerando a intervenção direta do Estado: *i*) modelo eletivo – trata-se do modo menos intervencionista, em que o Estado impõe regulação somente para corrigir as falhas de mercado; *ii*) modelo diretivo – o Estado usa a sua influência como comprador ou regulador para estimular certos tipos ou padrões de serviço; *iii*) modelo restritivo – o Estado limita o que é disponibilizado no mercado; e *iv*) modelo prescritivo – o Estado define o critério de oferta de serviços no mercado.

Possas, Pondé & Fagundes (1997) postulam que o objetivo central da regulação é o aumento do nível de eficiência económica dos mercados nas suas três dimensões (produtiva, alocativa e distributiva). Logo, defendem que a regulação não diz respeito apenas ao estímulo da concorrência como um fim em si mesmo e ressaltam que existem dois padrões básicos de regulação: a regulação ativa, de carácter mais interventivo (regulação de serviços públicos e de infraestrutura, *utilities*) e a regulação reativa, destinada à prevenção e à repressão de condutas anticompetitivas (regulação de mercados em geral).

Mitnick (1989) define que “la regulación es la política administrativa pública de una actividad privada con respecto a una regla prescrita en el interés público”, fundamentada partir de três elementos essenciais: intencionalidade, restrição e eliminação. Desse ponto de vista, a regulação económica consiste numa interferência dirigida, guiada e controlada, ou seja, uma interferência deliberada, cujo efeito é intencional.

---

17 Silva, 2003: 193-226.

Segundo Boyer & Saillard (2002)<sup>18</sup>, o conceito de regulação empregue nessa teoria é derivado, fundamentalmente, do conceito de regulação da biologia. O modo de regulação descreve o conjunto de retroações positivas e negativas da regulação para a estabilidade de um complexo sistema de interações (sistemas sociais). Assim, a regulação aplicada na economia denota o processo dinâmico de adaptação da produção e da demanda social, resultante da conjugação de ajustamentos económicos ligados a uma dada configuração de relações sociais.

Bruno (2005)<sup>19</sup> aponta que a conceção de regulação na abordagem *regulatória* francesa distingue-se da definição de regulação derivada das análises anglo-saxónicas, de conteúdo microeconómico, ao atribuir ao conceito de regulação um estatuto teórico macroeconómico, que é operado a partir de formas estruturais que ultrapassam a esfera do Estado. A noção de regulação, destarte, procura expressar a ideia de coerência e compatibilidade entre as estruturas de oferta e demanda, em interação dinâmica. Portanto, a regulação não é simplesmente um estado de equilíbrio estático, alcançável por mecanismos de mercado, como é defendido nas abordagens tradicionais da teoria económica.

A questão fundamental levantada na teoria da regulação é compreender as dinâmicas económicas e sociais, considerando a variação do tempo e do espaço. Trata-se de um conjunto articulado de conceitos que visam a explicar, de um lado, o crescimento capitalista e, do outro, as suas crises cíclicas. O conceito de regulação direciona-se a um modo de regulação que contempla as seguintes propriedades: *i*) reproduzir as relações sociais fundamentais, por meio de formas institucionais; *ii*) sustentar e dirigir o regime de acumulação; e, *iii*) assegurar a compatibilidade dinâmica de um conjunto de decisões descentralizadas (Nascimento, 1993)<sup>20</sup>.

### **iii. Regulação, Sociologia e Ciências Políticas**

D'Hombres (2007)<sup>21</sup> apresenta uma pesquisa do significado da terminologia regulação na sociologia e na ciência política, a partir de uma perspectiva histórica. Defende que a compreensão sobre a regulação passa pela discussão sobre as questões relativas à normatividade. Para tanto, são considerados três

---

18 Boyer & Saillard, 2002.

19 Bruno, 2005: 337-356.

20 Nascimento, 1993: 120-136.

21 D'Hombres, 2007: 127-151.



pontos significativos. O primeiro é de ordem prática: trata-se de saber o que deve ser norma ou princípio em matéria de política económica (intervencionismo *versus* não intervencionismo estatal). Os seguintes são questões de ordem teórica: de um lado, a compreensão do próprio conceito de regulação (definição maximalista *versus* minimalista) e, de outro, a identidade que deve ser conferida ao regulador (Estado regulador *versus* mercado autorregulado) e ao campo de intervenção (extensão sociológica *versus* económica do conceito de regulação).

Ainda para este autor, Spencer<sup>22</sup> empregou o conceito de regulação social a partir do conceito de regulação fisiológica, sugerido pelo emprego da expressão hipocrática de *vis medicatrix naturæ*. A Sociedade é apresentada, desse modo, como um ser vivo, um organismo social. Destaca que essa ideia, de norma intrínseca à organização, encontra correspondência com certos usos da terminologia da regulação na sociologia e na ciência política, bem como na própria fisiologia. Pois a regulação tornou-se uma palavra familiar aos sociólogos, não menos do que aos economistas e juristas.

Do mesmo modo que o sistema nervoso seria o regulador dos animais superiores, o Estado seria o regulador das sociedades civilizadas, segundo o pensamento de Spencer<sup>23</sup>. Esses reguladores tornar-se-iam cada vez mais perfeitos à medida que se alcançasse um estado mais avançado de desenvolvimento da organização. É patente que essas metáforas vão ao encontro do princípio de intervenção do Estado na vida económica. Evidentemente, isso representaria um paradoxo para o pensamento liberal de Spencer e tantos outros organicistas sociais.

#### **iv. Regulação e suas possibilidades**

Constata-se que a noção primordial do conceito de regulação surgiu a partir de uma metáfora tecnológica, pois a sua ideia inicial é uma derivação do funcionamento de dispositivos técnicos (reguladores). No decorrer de sua história, foram incorporadas e desenvolvidas diversas outras ideias. A sua aplicação aconteceu em muitos domínios do conhecimento, o que resultou, progressivamente, numa polissemia conceptual. Assim, não é possível identificar apenas um conceito, o conceito de regulação, mas uma diversidade

---

22 Hebert Spencer (1820-1903), filósofo inglês, é considerado o fundador do darwinismo social, por defender a seleção natural na sociedade (biologismo social). Autor de inúmeras obras, tais como *Estática Social* (1851) e *Sistema de Filosofia Sintética* (publicada em dez volumes entre 1864 a 1892). Para mais informações consultar Rumney, 1966.

23 Rumney, 1966.

de conceitos que se fundamentam a partir de diferentes ideias e referenciais teóricos (Oliveira & Elias, 2012)<sup>24</sup>.

## 2. IMPORTÂNCIA DA REGULAÇÃO

A função do Estado regulador concretiza, mediante o exercício de competências de supervisão e regulação, uma «*presença pública indirecta na economia*», e implica a assunção de um dever público de vigilância e garantia do desenvolvimento crescentemente privatizado das atividades económicas na «*sociedade de risco*»<sup>25</sup>.

O exercício da regulação pelo Estado traduz-se, assim, no estabelecimento de regras gerais e abstratas de modo economicamente ordenado, com o intuito de reforçar ou controlar a livre concorrência, compreendendo um variado leque de poderes, que se poderão agrupar em: (i) *poderes de informação e acompanhamento*, cujo objetivo é o de o regulador se inteirar das situações que caem sob a sua alçada, acompanhando o desempenho das entidades reguladas e efetuando uma verificação prévia da informação a ser dirigida ao público; (ii) *poderes normativos*, ao abrigo dos quais o regulador emite regras gerais e abstratas para o sector regulado; (iii) *poderes de decisão concreta*, nos quais se incluem os poderes do regulador de atribuir autorizações e licenças, de manter registos, etc.; (iv) *poderes de fiscalização concreta*, através dos quais o regulador verifica a observância daquilo que tenha sido por si determinado; e (v) *poderes sancionatórios*, através dos quais o regulador exerce as suas funções de prevenção e retribuição de violações perpetradas pelas entidades reguladas<sup>26</sup>.

Pese embora, na realidade, o termo “regulação” se prenda mais com os poderes normativos atribuídos ao regulador, consubstanciando-se no acompanhamento do mercado e do sector económico em causa, gerando diretrizes e determinações de carácter genérico e, por outro lado, o termo “supervisão” se prenda mais com os poderes de acompanhamento da atividade das entidades reguladas, corporizando-se em atos administrativos, determinações concretas e/ou sanções, a verdade é que esta última expressão se tem vulgarizado, sendo hoje geralmente aceite como compreendendo ambas as realidades.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> Oliveira & Elias, 2012: 571-576.

<sup>25</sup> Teixeira de Figueiredo, 2006.

<sup>26</sup> Menezes Cordeiro, 2006; 739 e ss.

<sup>27</sup> Malaquias, Martins, Oliveira & Flor, 2009: 41-42.

Assim, poderá dizer-se que o termo “supervisão” tem, hoje, um sentido amplo, que abrange quer a regulação, quer a supervisão (em sentido estrito). A partir deste conceito, convirá, ainda, distinguir entre (i) *supervisão prudencial*, entendida como aquela que se destina a assegurar os valores de prudência na atuação dos agentes económicos e também os de confiança do público, visando a prevenção de riscos, a solvência e liquidez financeira das instituições reguladas, e, portanto, exercida *ex ante*, e (ii) *supervisão comportamental*, mais associada a um controlo *ex post* da atividade das entidades reguladas junto dos consumidores, no intuito de obrigar ao cumprimento das regras vigentes pela aplicação de sanções aos agentes infratores.

### 3. INSTRUMENTOS PARA BUSCA DA EFICIÊNCIA NA ESCOLHA REGULATÓRIA<sup>28</sup>

O modelo económico estatal baseado na escolha regulatória, favorecedor da discricionariedade administrativa em detrimento da Lei rígida que se propunha a prever todas as situações possíveis, é caracterizado pela busca de uma “actuação eficiente e com foco no bem-estar social mediante ponderação nos conflitos distributivos, à luz de princípios – não apenas regras – que trabalham com categorias económicas”.<sup>29</sup>

Desta afirmação destacam-se dois pontos relevantes: (a) o modelo económico é caracterizado por conflitos distributivos; e (b) o modelo económico é baseado em princípios. Cabe, então, analisar a relevância desses dois pontos para o Direito Administrativo do Estado regulador.

Diante disso, o Direito Económico e a análise económica do direito ganham relevância como ponto de interseção entre Direito e Economia, dando função ativa à Lei e ao Direito, permitindo conhecer os seus efeitos, consequências práticas e moldando Instituições aptas a implementar o desenvolvimento.

No entanto, como alertam Decio Zylberstajn e Rachel Stajn, essa análise seria incompleta se não fossem levadas em conta as Instituições, entendidas como conjunto de regras e organizações que regulam relações sociais<sup>30</sup>.

De modo que, segundo os autores, “a análise conjunta do Direito, da Economia e das Organizações tem relevância por possibilitar entendimento mais profundo da complexidade da realidade, permitindo o emprego de aparato

28 Blanchet & Bacellar, 2017: 1139-1144.

29 Guerra, 2017: 73-74.

30 Zylbersztajn & Stajn, 2005: 3.

metodológico profícuo para a discussão crítica de temas de relevante interesse social”.<sup>31</sup>

Nesse contexto, o Direito Económico pode ser visto como uma ferramenta de construção institucional, pois, de um lado o desenvolvimento depende de boas decisões políticas e, de outro, depende da forma como o Direito molda as estruturas institucionais para converter as decisões políticas em realidade, representando uma “variável importante na determinação da eficácia das políticas de desenvolvimento e, por extensão, no grau de efetividade dos direitos que elas visam garantir e fomentar”<sup>32</sup>.

Sendo assim, se a modelagem de estruturas institucionais é essencial para a realização dos direitos no plano físico, e se no Estado regulador cabe à Administração – por meio de entes reguladores dotados de considerável discricionariedade na prática dos atos a qual são incumbidos – a modelagem das estruturas institucionais, deve esta valer-se dos instrumentos aptos a garantir a adequada modelagem das instituições, possibilitando efetivar os direitos que visam garantir. Num segundo ponto, se o novo modelo económico, é baseado em princípios, e se os princípios podem colidir, exigindo-se que um deles ceda em favor de outro em determinado caso concreto,<sup>33</sup> deve a Administração buscar elementos aptos a permitir uma escolha consciente e eficiente sobre qual princípio deve prevalecer.

Trata-se, aqui, da aplicação de técnica hermenêutica baseada na identificação, valoração e comparação de interesses contrapostos<sup>34</sup>.

A ponderação de princípios na tomada de decisões administrativas, entretanto, não pode ser utilizada desvinculada de critérios e métodos de justificação e tomada de decisão, sob risco de tomada de decisões irracionais, ou de decisões desprovidas de vinculação com seus princípios informadores.

Sobre a ponderação de princípios na tomada de decisões, Fernando Leal<sup>35</sup> defende a racionalização da ponderação pela identificação dos caminhos pelos quais os participantes de um processo de tomada de decisões devem passar, sendo que, a observância de um roteiro de justificação previamente fixado pode contribuir para a racionalidade dos resultados da ponderação. Alerta o autor que os métodos podem, por um lado, “tornar a ponderação

---

31 Zylbersztajn & Stajn, 2005: 4.

32 Coutinho, 2016: 217-253.

33 Alexy, 2014: 93.

34 Aleinikoff, 1987: 945.

35 Leal, 2014, 177-209.

mais organizada, transparente, compreensível e clara; por outro, eles podem limitar, mesmo que de maneira fraca, a discricionariedade do tomador de decisões, na medida em que podem reduzir o conjunto de alternativas decisórias disponíveis”.<sup>36</sup>

É nesse mesmo sentido que Luís Manuel Fonseca Pires<sup>37</sup> defende que o que confirma ou infirma a legitimidade do ato discricionário – no seu espaço legítimo de discricionariedade administrativa – é o procedimento de ponderação da Teoria dos Princípios. Além de, ainda, sujeitar-se ao controlo do seus pressupostos, elementos vinculados, competência, motivo e finalidade.<sup>38</sup>

A Teoria da Ponderação dos Princípios, então, para além de instrumento apto a balizar a melhor escolha para o administrador, é também entendida como elemento essencial à legitimidade do ato discricionário.

Para além da legitimidade, a ponderação é relevante, especialmente, para a própria busca da eficiência em si. Isso porque “os processos de aplicação de princípios colidentes devem buscar uma composição eficiente entre as normas. Neste aspecto, a busca pelo resultado ótimo (eficiência) é um dever estrutural de aplicação de princípios jurídicos”<sup>39</sup>. O que visa a ponderação de princípios é atingir o Ótimo de Pareto, situação em que a alocação de recursos melhora a condição de uma das partes, sem piorar a condição de nenhuma outra<sup>40</sup>. No caso dos Princípios, o critério do Ótimo de Pareto “impede intervenções negativas em princípios que possam ser evitadas sem custos para outros princípios”<sup>41</sup>.

O desafio do Direito Administrativo, aqui, é adotar procedimentos de ponderação, de modo a garantir que a aplicação de princípios colidentes seja feita de maneira eficiente, transparente, democrática, e respeitadora do interesse público envolvido na atividade do regulador.

Entretanto, não basta que o Direito Administrativo adote métodos eficientes para balizar a escolha regulatória. Aliado a tudo isso, cabe também ao Direito Administrativo moderno garantir a realização de direitos sociais e fundamentais nos ambientes regulados, o que, constitui um segundo desafio.

---

36 Leal, 2014: 177-209.

37 Pires, 2013: 247.

38 Pires, 2013: 247.

39 Leal, 2008: 18.

40 Mackaay & Rousseau, 2014: 122.

41 Leal, 2008: 18.

#### 4. AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO CONTEXTO MOÇAMBICANO

O debate sobre as agências reguladoras em Moçambique ainda não ganhou muita relevância como se podia esperar. Apesar do papel fundamental que estas jogam, são poucos os estudos desenvolvidos a refletir sobre a sua eficácia. Mesmo assim, o pouco debate que tem sido desenvolvido iniciou com a introdução, no ordenamento jurídico moçambicano, nos finais da década de 90, dos primeiros órgãos reguladores vocacionados ao exercício da regulação e fiscalização de atividades vitais da economia, tais como telecomunicações, água ou energia<sup>42</sup>.

No contexto moçambicano, as agências reguladoras foram introduzidas na tentativa de se abandonar uma conceção de Estado altamente centralizado, o qual foi ativo no campo da economia, pretendendo transferir para atores privados o essencial das atividades que antes detinha a título de monopólio ou quase-monopólio e assumir o papel de normalizador e de fiscalizador<sup>43</sup>.

Dito de outra forma, com a abertura do mercado à iniciativa privada, iniciada em 1986 como resultado da pressão dos doadores e, mais concretamente, com a sua consagração na Constituição da República (CRM) de 1994, deixou de haver um controlo direto do Estado sobre o sector da economia, o que por si obrigava o surgimento de novas entidades com a função de regular o referido sector, mas de forma independente. Por este facto, e visando substituir o papel que anteriormente era desempenhado pelo Estado, foram sendo criados diversos institutos com a função de regulação<sup>44</sup>.

Apesar de estes institutos já terem sido estabelecidos há algum tempo, os mesmos mantêm características que os tornam como uma extensão do poder executivo (tuteladas pelos ministros das respetivas áreas de atuação e, por isso, não independentes). Aliás, o país não tem tradição em termos conceptuais do que são entidades reguladoras independentes, o que seria conseguido através da elaboração e aprovação de uma lei-quadro que indicasse as principais características de que as mesmas deviam obrigatoriamente estar investidas para que como tal fossem consideradas.<sup>45</sup>

---

42 Cistac, 2007: 4.

43 Cistac, 2007: 4.

44 Baltazar, 2016.

45 Baltazar, 2016.

No geral, quando se fala de agências reguladoras no contexto moçambicano, o entendimento que se tem, sobretudo olhando para o quadro legal<sup>46</sup>, é que estas têm o objetivo de contribuir para o desenvolvimento económico nacional e para o bem-estar das populações, bem como em promover vários outros objetivos de interesse geral, principalmente da garantia da execução do serviço público e da sua qualidade e a proteção dos utentes deste serviço<sup>47</sup>.

#### **4.1. Características das Entidades Reguladoras em Moçambique**

O fenómeno da regulação constitui um dos temas centrais do moderno Direito Administrativo. Assiste-se hoje a um fenómeno de privatização da prossecução de interesses públicos, com os privados a serem colocados na posição de agentes dessa função, desempenhando em mercado concorrencial – ou a este equiparado – tarefas que revestem manifesto interesse público e dimensão coletiva. Nasce assim a função de regulação do Estado, e o denominado Estado Regulador, que se mantém indiretamente presente na economia, através da assunção de um dever público de vigilância e garantia do desenvolvimento crescentemente privatizado das atividades económicas<sup>48</sup>.

Esta atividade de regulação do Estado tem-se mantido em consonância com a prioridade dada ao mercado, como instrumento nível de intervenção pública é essencial para a correção de falhas e desequilíbrios que um mercado desregulado tende a produzir. A regulação aparece, assim, como um elemento essencial e constitutivo do mercado, procurando garantir o seu funcionamento em regime de livre concorrência<sup>49</sup>.

Efetivamente, o fenómeno de regulação da economia pode ser encontrado em todas as áreas em que os mecanismos de regulação autónoma e da livre concorrência não funcionam, tornando necessária a intervenção da norma jurídica<sup>50</sup>. Mas, devido ao facto de a produção de bens destinados ao consumo ser uma atividade que deve ser deixada ao mercado, e só ao mercado, a atividade reguladora da economia é encarada como uma situação excecional, a exigir legitimação<sup>51</sup>.

---

46 Artigo 4.º do Decreto n.º 72/98 de 23 de dezembro, que cria a base que permite um quadro de gestão delegada de abastecimento de água.

47 Caers, et al, 2006:1.

48 Calvão da Silva, 2008: 35 e ss.

49 Teixeira de Figueiredo, 2006.

50 Saldanha Sanches, 2000: 10.

51 Saldanha Sanches, 2000: 10.

Essa nova função do Estado tem que ser juridicamente controlada, justificando a criação de um Direito da Regulação Pública, se não através da lei, pelo menos em virtude do trabalho dos juristas<sup>52</sup>.

#### **4.2. A atividade de regulação e as Entidades Reguladoras**

As recentes opções na área da regulação têm passado finalmente por libertar o Estado dessas tarefas, entregando-as a entidades independentes, quer dos operadores económicos do sector objeto de regulação, quer do próprio poder político, ainda que os seus titulares sejam por estes nomeados. São estas entidades que se têm vindo a denominar como entidades reguladoras independentes, que se têm vindo a multiplicar nos últimos anos. As finalidades que presidem à criação destas entidades são essencialmente duas: em primeiro lugar, uma intenção de neutralidade, instituindo uma espécie de poder neutro da Administração Pública; em segundo lugar, uma intenção de eficácia, em ordem a permitir a supressão da tradicional morosidade e ineficiência da administração direta do Estado<sup>53</sup>.

Na sua essência, essas entidades reguladoras surgiram com o papel de definir normas regulamentares e realizar a fiscalização das entidades por si reguladas, no sentido de salvaguardar o interesse público. Para o efeito, devem possuir condições de capacidade, quer em termos de recursos humanos, assim como em termos de recursos financeiros, para permitir que o exercício das suas funções seja de forma efetiva. Igualmente, as entidades reguladoras devem, normalmente, atuar de forma independente, evitando interferências de quem quer que seja, para deste modo favorecer a conciliação dos interesses das partes envolvidas nos serviços regulados.

Em muitos contextos, particularmente em Moçambique, essas condições de capacidade e independência têm sido um grande problema para a atuação efetiva das agências reguladoras. Muitas entidades reguladoras podem até estar revestidas de bons instrumentos para o exercício das suas funções, mas decorrente das suas sérias limitações financeiras e até de poder, tornam-se incapazes de garantir a prossecução do interesse público.

As entidades reguladoras, pela sua natureza, são entidades cuja função consiste em fomentar a regulação do mercado, com vista a impedir o abuso das empresas, garantido deste modo excelência e padrões de qualidade<sup>54</sup>. Para

---

52 Vera-Cruz Pinto, 2005: 168.

53 Blanco de Morais, 2001: 118-119.

54 Godoy, 2014.



a prossecução da sua função, estas entidades, normalmente, atuam de forma independente na definição de políticas e estratégias sectoriais.

Essa independência, entretanto, não está isenta de limitações que, por sua vez, colocam em causa a prossecução do interesse coletivo. Tais limitações tem, em muitos contextos, sido resultante da captura das agências reguladoras por parte das entidades reguladas, que, por sua vez, fazem com que a agência perca a sua condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo, passando a reproduzir atos destinados a legitimar a prossecução de interesses privados dos segmentos regulados<sup>55</sup>.

## 5. ENTIDADE REGULADORA DO SECTOR DE PETRÓLEO E GÁS EM MOÇAMBIQUE

### 5.1. Instituto Nacional do Petróleo

Tomando-se necessária a criação de uma entidade reguladora, responsável pela administração e promoção das operações petrolíferas em Moçambique, ao abrigo do disposto na alínea *e*) do n.º 1 do artigo 153.º da Constituição da República, decretado pelo Conselho de Ministros, foi criado o Instituto Nacional de Petróleo, abreviadamente designado por INP. O INP é uma pessoa coletiva de direito público, dotada de personalidade jurídica, autonomia administrativa, financeira e patrimonial que desempenha as suas funções em conformidade com a legislação aplicável, assegurando-se-lhe as prerrogativas necessárias ao exercício adequado das suas competências com base na isenção, capacidade técnica e imparcialidade. O INP é tutelado pelo Ministro que superintende a área de Petróleo.

Nos termos do artigo 3.º do Decreto n.º 25/2004, de 20 de agosto, para a prossecução do seu objeto, o INP tem as seguintes atribuições:

- a)* Regulação e fiscalização da atividade de pesquisa, produção e transporte de petróleo, bem como preparação de políticas de desenvolvimento e normas respeitantes às operações petrolíferas;
- b)* Preservação do interesse público e do “meio ambiente” estabelecendo as necessárias condições técnicas, económicas e ambientais, promovendo a adoção de práticas que estimulem a utilização eficiente dos recursos e

---

55 Justen Filho, 2013.

- a existência de padrões adequados de qualidade do serviço e de defesa do meio ambiente;
- c) Organização, manutenção e consolidação do acervo das informações e dados técnicos relativos às atividades da indústria de petróleo, das reservas nacionais de petróleo e da informação produzida;
  - d) Mediação, conciliação e arbitragem, quando lhe seja solicitada, devendo proceder de conformidade com o acordado pelas partes e com a legislação em vigor.

## **5.2. Atribuições e Competências do Instituto Nacional do Petróleo**

Nos termos dos artigos 3.º e 4.º do Decreto n.º 25/2004, de 20 de agosto, constituem atribuições e competências do INP, entre outras, a regulação e fiscalização da atividade de pesquisa, produção e transporte de petróleo, bem como a preparação de políticas de desenvolvimento e normas respeitantes às operações petrolíferas e a gestão da Base de Dados Nacional de Petróleos.

O n.º 2 do artigo 22.º, da Lei n.º 21/2014, Lei dos Petróleos, dispõe que o INP é a entidade reguladora responsável pela administração e promoção das operações petrolíferas, pelo ministério que superintende a área de petróleo e gás, responsável pelas diretrizes para a participação do sector público e privado na pesquisa e exploração, dos produtos.

Compete ao INP zelar pelo cumprimento dos requisitos de Emergência e Contingência, Segurança e Proteção ao Meio Ambiente, pelos operadores do sector de petróleo e gás, segundo o disposto na alínea *i*) do n.º 3 do artigo 4.º do seu Estatuto Orgânico<sup>56</sup>.

## **5.3. Análise crítica sobre a não independência do Instituto Nacional do Petróleo como Autoridade Reguladora do Sector de Petróleo e Gás em Moçambique**

De acordo com o estabelecido no artigo 7.º do Decreto em alusão<sup>57</sup>, o INP é dirigido por um Conselho de Administração composto por um mínimo de três (3) e um máximo de cinco (5) membros. Todos eles executivos que exercem a sua atividade em regime de exclusividade. Os membros do Conselho de Administração deverão ser pessoas de reconhecida idoneidade, conhecimento técnico e experiência em matérias relevantes no âmbito das

<sup>56</sup> Decreto n.º 25/2004, de 20 de agosto, que aprova o Estatuto Orgânico do Instituto Nacional do Petróleo.

<sup>57</sup> Decreto n.º 25/2004, de 20 de agosto, que aprova o Estatuto Orgânico do Instituto Nacional do Petróleo.

atribuições e competências do INP. O Presidente do Conselho de Administração é nomeado e exonerado pelo Conselho de Ministros, sob proposta do ministro de tutela. Cabe ao ministro de tutela nomear e exonerar os restantes membros do Conselho da Administração sob proposta do seu Presidente<sup>58</sup>.

O regime que estabelece a nomeação e exoneração do Presidente do Conselho de Administração, prejudica a independência do órgão regulador e não cria as condições para o exercício das funções de regulação com a necessária equidistância em relação ao Governo, pois o critério da escolha da pessoa a nomear é discricionário e, neste caso, acaba sendo o da confiança política, o que cria uma relação de dependência do nomeado em relação a quem tem poder de o nomear e exonerar. A realização de um procedimento concursal público seria o melhor modelo para a escolha do Presidente do Conselho de Administração, para garantir a necessária transparência, isenção, imparcialidade e independência<sup>59</sup>.

#### **5.4. Desafios do Instituto Nacional do Petróleo**

Moçambique precisa de uma Autoridade Reguladora Independente para o sector de petróleos e com poderes de supervisão, para garantir que os ganhos para o Estado são maximizados, através de uma avaliação adequada e isenta das operações das empresas que exploram recursos petrolíferos no país<sup>60</sup>.

Devido ao atual figurino do INP, Moçambique tem, atualmente, incorrido em perdas significativas de receitas, uma situação que se poderá repetir no futuro. As experiências de vários países, incluindo Moçambique, mostram que as empresas recorrem a uma série de táticas para reduzir a sua carga fiscal, incluindo inflação de custos, transferência de preços, subvalorização da qualidade dos recursos, entre outros. Igualmente, manipulam os pressupostos de viabilidade dos projetos de modo a terem aprovação do Governo e, no final, os resultados são desfasados da realidade “vendida”. Para lidar com estes desafios, a entidade reguladora deve ter outras competências e ser de facto independente.<sup>61</sup>

---

58 Macuácuca, 2020: 58.

59 Macuácuca, 2020: 58.

60 Centro de Integridade Pública, Indústria Extractiva em Moçambique – INP Longe de ser o regulador necessário para o sector petrolífero, edição n.º 42017 – de 22 de outubro de 2017.

61 Centro de Integridade Pública, Indústria Extractiva em Moçambique, INP: longe de ser o regulador necessário para o sector petrolífero, edição n.º 42017, 2017.

Neste momento, o INP, entidade reguladora do sector petrolífero, no seu atual figurino, está longe de ser a autoridade reguladora independente de que o país precisa para responder cabalmente aos desafios existentes e futuros, por razões tais como o INP estar subordinado à entidade que é indigitada pelo Conselho de Ministros para assinar os contratos, qual seja o ministro que superintende a área petrolífera<sup>62</sup>. Esta situação resulta, por um lado, em limitada independência e, por outro, em conflitos de interesses, em que o ministro pode interferir no trabalho do INP, tendo em conta que o Governo é parte muito interessada nos projetos. Na verdade, o INP acaba exercendo, mais, papel de assessor técnico e de consulta, quer do MIREME, quer do Conselho de Ministros, concretamente nas matérias ligadas ao sector petrolífero<sup>63</sup>.

Entretanto, nem as atribuições, nem as competências do INP, previstas no seu Estatuto Orgânico respondem ao que se espera de uma autoridade reguladora do sector petrolífero, visto que, por exemplo, na fase de pesquisa não faz uma aferição detalhada dos custos previstos, visando apurar se os mesmos são razoáveis, bem como depois de incorridos, a devida certificação para garantir que não haja inflação. Igualmente, não se sabe em que medida o controlo de custos do INP pode permitir captar custos inflacionados intencionalmente<sup>64</sup>.

Para garantir que o INP seja, de facto, uma Autoridade Reguladora Independente para o sector petrolífero, há uma série de medidas que devem ser urgentemente tomadas<sup>65</sup>.

- (1) Retirar a tutela do Ministério dos Recursos Minerais e Energia e garantir que o órgão presta contas ao Parlamento.
- (2) A tutela em relação ao Ministério dos Recursos Minerais e Energia pode ser mantida, em caso de se pretender ter um regulador com funções meramente de regulamentação e promoção do sector petrolífero. Entretanto, será urgente criar numa autoridade reguladora independente de facto e com função de supervisão e poder vinculativo.
- (3) Garantir a integração de todas as partes interessadas no Conselho de Administração e de forma transparente, removendo qualquer possibilidade de indicação por confiança política. Estas formas de integração estarão em linha com o artigo

---

62 *Idem.*

63 *Idem.*

64 *Idem.*

65 *Idem.*

14.º da Lei de Bases e Organização e Funcionamento da Administração Pública (Lei n.º 7/2012, de 8 de fevereiro).

(4) De modo a garantir segurança dos gestores, inspetores no exercício das suas funções, em estrito respeito à Lei e em defesa dos interesses do Estado, é importante que sejam atribuídas algumas garantias de inamovibilidade durante a vigência do seu mandato.

(5) Finalmente, rever o Estatuto Orgânico do INP e a Lei de Petróleos.

## 6. ALTA AUTORIDADE DA INDÚSTRIA EXTRACTIVA

A Assembleia da República criou, através da Lei de Minas (Lei n.º 20/2014, de 18 de agosto) a Alta Autoridade da Indústria Extractiva (AAIE), uma entidade que devia ser estabelecida pelo Governo até finais de agosto de 2015. Numa disposição atípica, a Lei deixa para o Governo a definição do enquadramento legal, incluindo competências, composição e mecanismo de designação dos membros<sup>66</sup>.

A Alta Autoridade da Indústria Extractiva é parte do processo de criação de capacidade de regulação. Neste momento, a regulação do sector mineiro é garantida pelo Instituto Nacional de Minas (INM) e Inspeção Geral de Minas, e no sector de hidrocarbonetos pelo INP que, ao mesmo tempo, é a entidade reguladora. Para além de regularem as operações petrolíferas e mineiras, propondo políticas, fazendo o licenciamento, avaliando e atualizando o potencial de recursos mineiros no país, entre outros, estas entidades fazem a monitoria e fiscalização da implementação dos projetos em sede dos contratos<sup>67</sup>.

A AAIE seria a entidade que, entre outras atividades, se ocuparia de realizar sindicância a estes projetos. Tomando como exemplo a experiência da Tanzânia, em 2009 o Governo formalizou os esforços de supervisão da coleta de receitas da exploração dos recursos mineiras, através do estabelecimento de uma autoridade semi-autónoma de auditoria da atividade mineira, a Agência de Auditoria Mineira da Tanzânia (TMAG, sigla inglesa)<sup>68</sup>. Esta

66 Centro de Integridade Pública de Moçambique, Monitoria e Fiscalização da Indústria Extractiva – Alta Autoridade da Indústria Extractiva deve ser independente, serviço de partilha de informação, boa governação, transparência e integridade – Edição n.º 11/2015 – agosto – Distribuição Gratuita.

67 *Idem*.

68 Centro de Integridade Pública de Moçambique, Monitoria e Fiscalização da Indústria Extractiva – Alta Autoridade da Indústria Extractiva deve ser independente, serviço de partilha de informação, boa governa-

entidade tem a missão de assegurar valores exatos do imposto de produção, fazer análise independente das quantidades e qualidade dos minerais produzidos e exportados através de uma monitoria no local da mina, análise independente de amostras dos minerais e uma monitoria regular dos preços de mercado. Isso mostra que, por um lado, uma entidade como a AAIE pode ajudar o Governo a obter receitas devidas pela exploração dos recursos minerais, detetando as tentativas de evasão fiscal por parte das empresas, auxiliando a Autoridade Tributária, bem como pode ajudar a prevenir conflitos de interesse e corrupção por parte do poder público. Por outro lado, entidades como a AAIE podem ter um papel virado para a monitoria da utilização dos recursos provenientes da indústria extrativa, como ocorre no Gana que aprovou, em 2011, a Lei de Gestão das Receitas de Petróleo (*Petroleum Revenue Management Act*) que estabelece as linhas de orientação para a utilização das receitas geradas pela exploração de petróleo naquele país. E para garantir a implementação de tais princípios, a Lei cria, na secção 51, o “*Public Interest And Accountability Committee*” – Comité de Interesse Público e Prestação de Contas (PIAC)<sup>69</sup>.

Os exemplos mostram que é importante e urgente o estabelecimento da AAIE, mas a sua relevância depende de melhor enquadramento legal, no sentido de conferir independência perante o poder público, quer em termos de competências, composição e mecanismo de designação dos seus membros, que deve ser baseada na competência profissional. A disposição atual da lei prevê que a AAIE preste contas ao Conselho de Ministros. Provavelmente o melhor seria dispor que a AAIE preste contas ao Parlamento, o que pressupõe revisão do n.º 1 do artigo 25.º da Lei de Minas<sup>70</sup>.

Para uma melhor clarificação, a Constituição da República de Moçambique (CRM) devia ter previsto expressamente a possibilidade de criação de entidades administrativas independentes, definindo, em termos gerais, a sua natureza jurídica<sup>71</sup>.

69 *Idem*.

70 *Idem*.

71 *Idem*.

### **6.1. A Estagnação do processo de instalação da Alta Autoridade da Indústria Extractiva**

A Lei n.º 20/2014 de 18 de agosto (Lei de Minas) no seu artigo 25.º estabeleceu a obrigatoriedade de criação da Alta Autoridade da Indústria Extractiva e estipulou um prazo de 12 meses para a sua instalação, e a Lei n.º 21/2014 de agosto (Lei de Petróleo), no seu artigo 23.º, definiu a Alta Autoridade como o organismo ao qual cabe o controlo das atividades petrolíferas. As Organizações da Sociedade Civil (OCSs) foram consultadas e submeteram as suas contribuições para melhoramento da proposta do Decreto que aprova o Estatuto da AAIE. Mas, até ao momento, desconhece-se se as suas contribuições foram tomadas em consideração quando o processo foi levado a Conselho de Ministros, e não se percebe a razão atual do impasse que se vive<sup>72</sup>. Por outro lado, questiona-se a indispensabilidade de uma nova entidade pública, que representaria um aumento de custos no Orçamento Geral do Estado, em vez de uma solução que tire proveito do quadro institucional já existente. O que a Plataforma da Sociedade Civil sobre Recursos Minerais e Indústria Extractiva (PIE) considera ser indispensável é a definição da instituição à qual responderá a AAIE, de modo a evitar possíveis conflitos de interesses e assegurar que esta tenha autonomia funcional em relação aos órgãos centrais e locais do Estado, não sendo aceitável que seja tutelada pelo Conselho de Ministros, nem por qualquer outra instituição do Governo<sup>73</sup>.

### **6.2. Análise crítica ao regime jurídico da regulação em Moçambique**

Devido a inexistência de uma lei-quadro sobre a regulação, há uma heterogeneidade orgânica e funcional dos regulares e ambiguidades quanto à sua natureza jurídica, o seu regime jurídico, as suas competências, o que afeta a eficácia da regulação, pois a sua criação não foi fruto de uma intervenção legislativa, que fixasse, de uma forma unitária, uma arquitetura comum da sua natureza jurídica estrutura e funcionamento, o que gera um desenvolvimento desordenado, havendo reguladores com diferentes desenhos como sejam institutos públicos, autoridades, agencias e entidades<sup>74</sup>.

---

72 Plataforma da Sociedade Civil sobre Recursos Minerais e Indústria Extractiva (PIE) – Posicionamento sobre questões relativas à Indústria Extractiva em Moçambique, s/d (consultado no dia 15 de outubro de 2020).

73 *Idem*.

74 Macuácuca, 2020: 49-51.

Os principais problemas da regulação são<sup>75</sup>:

(1) Primeiro, uma deficiente definição legal das obrigações de serviço público ou universal. Em geral as leis são confusas ou omissas quanto às obrigações de interesse público, e em alguns casos abdicam de o definirem (ao interesse público) e remetem mesmo para a própria entidade reguladora a definição das obrigações de interesse geral.

(2) Segundo, uma grande heterogeneidade de soluções regulatórias. Quanto ao formato regulatório, já vimos essa diversidade. Existe regulação pelo próprio Governo, regulação por institutos públicos, regulação por entidade independente.

Quanto às formas de regulação de preços, em certos casos cabe à entidade reguladora, noutros ao Governo; noutros é o próprio regulado que estabelece os preços, sujeito a homologação governamental ou da entidade reguladora<sup>76</sup>.

Quanto à uniformidade ou heterogeneidade de preços, há casos de preços uniformes a nível nacional, como sucede na eletricidade, apesar do serviço ser local, e há casos de variação local de tarifas, como no caso de gás, apesar de ser um serviço nacional. Portanto, temos uma contradição. Um serviço local que tem preços uniformes e um serviço nacional que tem preços diferentes a nível regional. Não é fácil perceber a lógica destas diferenças<sup>77</sup>.

(3) Terceiro problema: as formas de financiamento das obrigações do serviço público. Uma vez é o Estado que suporta os encargos: é o Estado que paga, por exemplo, o serviço público de televisão, aliás gratuito, mas também os transportes aéreos, ferroviários ou restantes transportes terrestres. Outras vezes há uma perequação entre os consumidores, como no caso da eletricidade, pagando uns pelos outros. E outras vezes, são os operadores que contribuíram para o fundo, como no caso das telecomunicações e nos serviços postais. Também aqui existe uma enorme diversidade de soluções.

Portanto as entidades de regulação não deveriam ser configuradas como institutos públicos, caracterizados geralmente por ter uma autonomia limitada

---

75 Moreira, 2004: 561.

76 Macuácuá, 2020: 49-51.

77 Macuácuá, 2020: 49-51.



e sujeitos a superintendência do Governo, mas sim como autoridades administrativas independentes de um ponto de vista orgânico e funcional<sup>78</sup>.

### **6.3. Análise crítica ao regime de regulação do sector Petróleo em Moçambique (INP e AAIE)**

A Lei confere ao INP a função de supervisionar, fiscalizar e regular as operações ou atividades petrolíferas e confere a Alta Autoridade da Indústria Extractiva a função de controlar as atividades petrolíferas. Esta situação suscita dúvidas sobre o âmbito das atribuições e competências de cada entidade, e sobre a relação entre ambas. O que é controlar? O que é fiscalizar? O que é supervisionar? Parece-se que há uma falta de clareza sobre a natureza jurídica de cada uma das entidades e as funções de cada uma, o que pode ser a causa da não criação material da Alta Autoridade da Indústria Extractiva<sup>79</sup>.

Do ponto de vista formal, a Lei define o INP como instituto público e neste caso como parte da administração indireta do Estado, não estando por isso dotada da necessária independência orgânica e funcional, devido a sua natureza jurídica e seu regime jurídico.

O INP não está investido de recursos humanos, materiais, financeiros e técnicos que lhe possam conferir a necessária capacidade para a regulação do complexo sector do petróleo e gás.

Com vista a garantir que a função da regulação do sector do petróleo e do gás se faça com um elevado grau de transparência, independência, isenção e eficácia julgamos que:

1. Quanto ao órgão de regulação, no lugar de um instituto público devia ser uma autoridade independente de regulação.

As diferenças entre um instituto público e uma autoridade de regulação são:

- Normalmente, os institutos tradicionais têm o nome de institutos. Os organismos independentes abdicam do nome de instituto, procurando outros nomes tais como “autoridades”, “entidades”;
- Os institutos públicos pertencem à administração indireta do Estado. É ainda o Estado (Governo) que regula por interposta pessoa ou por

<sup>78</sup> Macuácuca, 2020: 49-51.

<sup>79</sup> Macuácuca, 2020: 67-70.

interposto organismo separado. Já nos organismos independentes, obviamente é uma administração fora da ação governamental, uma “administração independente”;

- O mandato das direções é tipicamente de três anos no caso de os institutos públicos, e quatro a cinco anos no caso dos institutos independentes;
- As incompatibilidades são diferentes. No caso dos institutos públicos são as incompatibilidades gerais dos altos cargos públicos. No caso das autoridades reguladoras independentes acrescem a essas várias outras incompatibilidades, incluindo a impossibilidade de ter interesses nos sectores regulados;
- Outra diferença está na estabilidade. Os diretores dos institutos públicos são destituídos a todo o momento, embora por vezes contra indemnização. A grande novidade dos institutos independentes é, exatamente, a inamovibilidade, ou seja o Governo não pode destituir, durante o mandato, os dirigentes dos organismos independentes, salvo em casos excepcionais devidamente justificados;
- E a relação com o Governo é, obviamente, muito diferente. Os institutos públicos tradicionais estão sujeito à superintendência, isto é, a orientações ou diretivas do Governo, bem como a tutela de mérito que permite que o Governo possa alterar decisões da entidade reguladora. No caso dos entes independentes há uma total independência funcional. Os entes independentes não estão sujeitos a diretivas ou a recomendações, nem obviamente, as suas decisões podem ser revogadas pelo Ministro<sup>80</sup>.

De acordo com Carlos Blanco de Moraes, os elementos de definição de um regulador independente são:

- O desenvolvimento de atividades predominantemente administrativas;
- A ausência de poderes de hierarquia ou superintendência dos órgãos do poder político sobre a autoridade independente. Admite-se, todavia, a tutela de legalidade exercida pelo Governo;
- A existência de garantias de inamovibilidade e irresponsabilidade para os membros dos órgãos de direção e severo regime de incompatibilidades. Admite-se a destituição excepcional em casos de violação grave da lei ou gestão danosa, devidamente tipificada;

---

80 Macuácuá, 2020: 67-70.

- A designação dos titulares dos órgãos de direção através de um cargo assentimento representativo ou, em alternativa, mediante intervenção de órgãos distintos;
  - Autonomia administrativa e financeira;
  - A responsabilidade informativa ante órgãos representativos (fiscalização pela Assembleia da República).
2. Relativamente ao regime de nomeação do Presidente do Conselho de Administração, devia ocorrer mediante concurso público. O mandato dos titulares dos órgãos não devia ser renovável ou, sendo-o, deveria ocorrer uma só vez.
  3. No que tange às suas atribuições e competências, devia ser um órgão especializado exclusivamente para a regulação. Quanto a configuração dos seus órgãos, deveria incluir um órgão consultivo.
  4. No que diz respeito à fiscalização das suas atividades, devia prestar informação a Assembleia da República, a qual deveria fiscalizar as suas atividades, conferindo maior credibilidade à função reguladora no sector estratégico de economia nacional como é o caso do sector do petróleo e do gás<sup>81</sup>.
  5. É importante a clarificação ao nível da regulamentação sobre as atribuições e competências da Alta Autoridade da Indústria Extractiva, para evitar que haja conflitos positivos ou negativos de competências com o INP. Há que clarificar funções da Alta Autoridade da Indústria Extractiva e a sua relação com o INP<sup>82</sup>.

## 7. CONCLUSÃO

O trabalho ora findo tem como propósito a análise do regime jurídico da regulação do sector de petróleo e gás em Moçambique, onde foram elencadas diversas abordagens em volta da matéria em estudo. Foi dada uma contextualização sobre o posicionamento do país no que concerne as suas potencialidades no que tange aos recursos naturais existentes. Moçambique possui um enorme potencial energético, o que proporciona condições favoráveis para a satisfação não apenas das suas necessidades domésticas bem como da região da África Austral e não só. Com efeito, as recentes descobertas de carvão

---

81 Macuácuca, 2020: 67-70.

82 Macuácuca, 2020: 67-70.

mineral, cujas reservas são estimadas em mais de 20 mil milhões (10<sup>9</sup>) de toneladas, e de gás natural, com uma estimativa de 277 mil biliões (10<sup>12</sup>) de pés cúbicos, associadas aos abundantes recursos hídricos cujo potencial é de 18.000MW, colocam Moçambique numa posição bastante privilegiada, na região e no mundo. Neste contexto os desafios colocados ao país no que concerne a regulação do sector de petróleo e gás são enormes e que o país precisa urgentemente de entidades reguladoras para que não se venham a registar perdas. Diante das exposições feitas ao longo do trabalho permite-se concluir que:

1. Em Moçambique, a atividade regulação e fiscalização da atividade de pesquisa, produção e transporte de petróleo, bem como a preparação de políticas de desenvolvimento e normas respeitantes às operações petrolíferas e a gestão da Base de Dados Nacional de Petróleos, são da competência do INP, o qual, atualmente, funciona como uma autoridade tutelada ao MIREME, o que de certa forma não lhe confere a autonomia e independência para o exercício de uma regulação efetiva do sector de petróleo e gás e que constitui um desafio para a instituição.
2. A criação da Alta Autoridade da Indústria Extractiva deve ser efetivada de modo a ser dotada de capacidades para a monitorização das atividades de exploração na indústria extrativa em Moçambique, e a não efetivação da sua criação torna-se num enorme desafio no que tange a essa fiscalização das atividades de exploração na indústria extrativa, e que constitui um desafio enorme para o sector.

## BIBLIOGRAFIA

- ALENIKOFF, Alexander  
1987 “Constitutional Law in the Age of Balancing”, in *Yale Law Journal*, n.º 96, pp. 943.
- ALEXY, Robert  
2014 *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2.ª ed., São Paulo: Malheiros.
- ARANHA, Márcio Iorio  
2013 *Manual de Direito Regulatório*, Scotts Valley, CA: Laccademia Publishing.  
2015 *Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório*, Ed. Kindle, London: Laccademia Publishing.

AUTIN, J. L.

1995 “Réflexion sur l’usage de la réglementation en droit public”, in Michel Miaille (dir.), *La régulation entre droit et politique, Colloque du Centre d’Études et de Recherches sur la Théorie de l’État, 1er et 2 octobre 1992*, Université de Montpellier I, Paris, L’Harmattan, pp. 43-55.

BALDWIN, R. & CAVE, M.

1999 *Understanding regulation: theory, strategy and practice*, New York: Oxford University.

BALTAZAR, Fael

2016 *Quadro legal e institucional das entidades reguladoras deve ser revisto urgentemente: Outras entidades reguladoras importantes devem ser criadas*, Centro de Integridade Pública, Maputo.

BLANCHET, Luiz Alberto & BACELLAR, Roberto Ramos

2017 “Desafios do direito administrativo no estado regulador”, in *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*, Itajaí, vol. 12, n.º 3, pp. 1139-1144 (disponível em [www.univali.br/direitopolitica](http://www.univali.br/direitopolitica)).

BLANCO DE MORAIS, Carlos

2001 “As autoridades administrativas independentes na ordem jurídica portuguesa”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 61, pp. 101-154.

BOYER, R. & SAILLARD, Y.

2002 *Théorie de la régulation: l’état des saviors*, Paris: La Découverte.

BRUNO, M.

2005 “Macroanálise, regulação e o método: uma alternativa ao holismo e ao individualismo metodológicos para uma macroeconomia histórica e institucionalista”, in *Revista de Economia Política*, São Paulo, vol. 25, n.º 4, pp. 337-356.

CAERS, Ralf; DU BOIS, Cindy; JEGERS, Marc; DE GIETER, Sara; SCHEPERS, Catherine & PEPERMANS, Roland

2006 Principal-Agent Relationships on the Stewardship-Agency Axis, in *Nonprofit Management & Leadership*, vol. 17, pp. 1.

CALVÃO DA SILVA, João Nuno

2008 *Mercado e Estado. Serviços de Interesse Económico Geral*, Coimbra: Almedina.

CISTAC, Gilles

2007 “A regulação compartilhada entre o Conselho de Regulação do Abastecimento de Água e as Autarquias Locais no sistema de abastecimento de

água em Moçambique” in *Water Regulatory Conference – Water Regulatory Council*, Maputo.

COUTINHO, Diogo R.

2016 “O Direito Econômico e a Construção Institucional do Desenvolvimento Democrático”, in *Revista Estudos Institucionais*, vol. 2, n.º 1 (julho), pp. 217-253.

D’HOMBRES, E.

2007 “Régulation par qui? Régulation de quoi?”, in *Raisons Politiques*, n.º 28, pp. 127-151.

DI PIETRO, Maria Sylvia

2004 “Regulação e Legalidade” in Maria Sylvia Di Pietro (coord.), *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*, 2.ª ed. Belo Horizonte: Fórum.

GAZIER, F. & CANNAC, Y.

1984 “Etude sur les autorités administratives indépendantes”, in *Etudes et Documents du Conseil d’Etat, 1983-1984*, vol. 35, pp. 13-25.

GODOY, Arnaldo

2014 “Agências reguladoras: Origens, fundamentos, direito comparado, poder de regulação e futuro”, in *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 13, n.º 150, pp. 16-22.

GUERRA, Sérgio

2017 *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*, 4.ª ed., Belo Horizonte: Fórum.

HACHEM, Daniel Wunder

2013 “A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento”, in *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, vol. 13, n.º13 (jan./jul.), pp. 340-399.

JEAMMAUD, A.

1998 “Des concepts en jeu”, in J. Clam & G. Martin (org.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, pp. 162-173.

JUSTEN FILHO, Marçal

2013 “O direito das agências reguladoras independentes” in *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, vol. 13, n.º 13 (jan./jul.), pp. 340-399.

LEAL, Fernando

2008 “Propostas para uma abordagem teórico-metodológica do dever constitucional de eficiência”, in *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*

- Económico*, n.º 15 (agosto-out) (disponível em <http://www.direitodoes-tado.com.br/codrevista.asp?cod=300>).
- 2014 “Racional ou Hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo”, in *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, n.º 58, pp. 177-209.
- MACKAAY, Ejan & ROUSSEAU, Stéphane  
2014 *Análise econômica do direito*, 2.ª ed. São Paulo: Atlas.
- MACUÁCUA, Edson da Graça Francisco  
2019 *Direito de Petróleo e Gás em Moçambique*, Maputo, Escolar Editora Livros, Etc.  
2020 “A Regulação do Sector de Petróleo em Moçambique”, Dissertação-UEM, Maputo, pp. 67-70.
- MALAQUIAS, Pedro Ferreira; MARTINS, Sofia; OLIVEIRA, Catarina Gonçalves de & FLOR, Paula Adrega  
2009 “Modelos De Regulação (Ou Supervisão) Do Sector Financeiro”, in *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, vol. 22, pp. 41-53.
- MENEZES CORDEIRO, António  
2006 *Manual de Direito Bancário*, 3.ª Edição, Coimbra: Almedina.
- MITNICK, B. M.  
1989 *La economía política de la regulación*, México, DF: Fondo de cultura económica.
- MOREIRA, Vital  
2004 *Estudos de Regulação Pública – I*, Coimbra: Coimbra Editora.
- MOREIRA, V. & MAÇÃS, F.  
2003 *Autoridades reguladoras independentes*, Lisboa: Coimbra Editora.
- NASCIMENTO, E. P.  
1993 “Notas a respeito da escola francesa da regulação”, in *Revista de Economia Política*, vol. 13, n.º 2, pp. 120-136.
- OLIVEIRA, R. O. & ELIAS, P. E. M.  
2012 “Os conceitos de regulação em saúde no Brasil”, in *Revista de Saúde Pública*, vol. 46, n. 3, pp. 571-576.
- PESSOA, R. S.  
2004 *Direito e regulação*, Rio de Janeiro: Forense.
- PIRES, Luís Manuel Fonseca  
2013 *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*, 2.ª ed., Belo Horizonte: Fórum.

POSNER, R. A.

1974 “Theories of economic regulation”, in *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 5, n.º 1, pp. 335-358.

POSSAS, M. L. & PONDÉ, FAGUNDES, J.

1997 *Regulação da concorrência nos sectores de infraestrutura no Brasil: elementos para um quadro conceitual*, Instituto de Economia da UFRJ, disponível em: [http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/regulacao\\_da\\_concorrencia\\_nos\\_sectores\\_de\\_infraestrutura\\_no\\_brasil.pdf](http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/regulacao_da_concorrencia_nos_sectores_de_infraestrutura_no_brasil.pdf) (consultado em 30.10.2020).

ROCHA DE OLIVEIRA, Robson

2014 *Dos conceitos de regulação às suas possibilidades*, Rua Dr. Almeida Lima, 1.134, Mooca, CEP 03164-000, São Paulo, SP, Brasil.

RUMNEY, J.

1966 *J. Herbert Spencer's Sociology: A Study in the History of Social Theory*, New York: Atherton.

SALDANHA SANCHES, José Luis

2000 “A regulação: história breve de um conceito”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. 60, pp. 5-22.

SILVA, H. P.

2003 “Estado, regulação e saúde: considerações sobre a regulação econômica do mercado de saúde suplementar”, in *Leituras de Economia Política*, n.º 10, pp. 193-226.

TEIXEIRA DE FIGUEIREDO, André Lopes

2006 “A informação difundida no mercado dos valores mobiliários e os poderes da CMVM: uma “nova dimensão” do Direito Administrativo”, in *CADERNOS DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS*, vol. 24, n.º 1, pp. 64-98, disponível em <https://blook.pt/publications/publication/ab65a5312f39/> (consultado em outubro 2020).

VERA-CRUZ PINTO, Eduardo

2005 “*A regulação pública como instituto jurídico de criação prudencial na resolução de litígios entre operadores económicos no início do século XXI*”, in Ruy de Albuquerque & António Menezes Cordeiro (org.), *Regulação e concorrência. Perspectivas e limites da defesa da concorrência*, Coimbra: Almedina, pp. 159-201.

ZYLBERSZTAJN, Decio & STAJN, Rachel

2005 *Direito & Economia: Análise Económica do Direito e das Organizações* Rio de Janeiro: Elsevier.



C&R

BREVES



# BREVES



## PROJETO DE TRANSPOSIÇÃO DA DIRETIVA ECN+

*Gonçalo Anastácio, em representação da Comissão de Concorrência da ICC Portugal*

### 1. O PAPEL DA ICC

A Autoridade da Concorrência (“AdC”) proporcionou à ICC Portugal a oportunidade, que agradecemos, para participar nas diferentes etapas do processo legislativo de transposição da Diretiva (UE) 2019/1/UE, de 11 de dezembro de 2018, que visa atribuir às autoridades da concorrência dos Estados-Membros competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno (Diretiva ECN+, de ora em diante “Diretiva”).

Em particular, a ICC participou no Workshop Consultivo “Transposição da Diretiva ECN+” que teve lugar no dia 2 de julho de 2019, integrou o Grupo de Trabalho Externo constituído pela AdC para apoiar nos trabalhos de transposição e respondeu à Consulta Pública sobre a proposta de anteprojeto de transposição da Diretiva lançada no dia 25 de outubro de 2019.

Em todos estes contextos a ICC teve oportunidade de se pronunciar sobre diversos aspetos do Projeto de Transposição da Diretiva (de ora em diante, “Projeto”), nas suas várias versões, congratulando-se com o facto de muitas das observações que formulou, ao longo de todo o processo, terem tido reflexo no teor do Projeto.

Naturalmente que a ICC não se ter pronunciado sobre diversos pontos do Projeto não pode ser considerado como concordância com todas as outras soluções consagradas quer na Diretiva (que na larga medida em que as impõe não é objeto de comentário nesta sede), quer naquele Projeto, nem a inibirá de sobre as mesmas se pronunciar.

## 2. A PROPOSTA DA ADC

O facto de se atribuir à AdC a tarefa de apresentar uma proposta de diploma de transposição de uma diretiva que, essencialmente, define ou reforça as competências e poderes das autoridades nacionais de concorrência apresenta vantagens, mas também alguns riscos. Na verdade, se por um lado a AdC se encontra especialmente bem posicionada para entender as necessidades de alteração aos instrumentos de que dispõe no cumprimento da sua missão de defesa da concorrência e para colocar ao serviço do legislador a sua experiência acumulada, por outro lado é fácil cair na tentação de aproveitar a oportunidade para reforçar os seus poderes de uma forma desnecessária e/ou irrazoável, agravando o já existente desequilíbrio do sistema em favor da acusação.

No nosso entender, essa tentação foi bastante visível nas primeiras versões do Projeto que foram divulgadas aos *stakeholders*, permanecendo ainda em vários pontos do Projeto entregue ao Governo.

Desde logo, muitas das alterações propostas não decorriam da necessidade de transposição da Diretiva ECN+, indo mesmo, diversas vezes, além do seu âmbito normativo (isto é, incluindo matérias que não são abordadas na Diretiva), não podendo, nessa medida, ser consideradas como necessárias ou convenientes para a sua boa transposição. Resultavam, assim, de uma iniciativa da AdC que extravasava a tarefa de transposição. Essa iniciativa, sendo razoável para um aperfeiçoamento do sistema face à experiência de aplicação e à jurisprudência, exigia uma atenção especial que garantisse que os direitos dos investigados não fossem comprimidos desproporcionalmente em prol da eficácia da atuação da AdC. E a verdade é que nalgumas das normas propostas resultava evidente a natural propensão da AdC para fazer pender ainda mais a balança para o seu lado, no que respeita ao equilíbrio entre os seus poderes de investigação e a proteção dos direitos dos investigados.

Esse desequilíbrio também foi patente nas versões iniciais do Projeto, na interpretação que foi feita de alguns dos preceitos da Diretiva, ou na forma como a transposição de algumas das suas normas foi proposta.

No entanto, a decisão da AdC de, em linha com as melhores práticas internacionais, envolver os *stakeholders* no processo pré-legislativo que culminou com a apresentação ao Governo de uma proposta de diploma de transposição mostrou, mais uma vez (depois de idêntica metodologia ter sido adotada aquando da transposição da Diretiva do *Private Enforcement*), ter sido muito acertada. Esse resultado não é de estranhar: saber ouvir diversas opiniões, estar disponível para tentar entender os vários ângulos de uma questão (e, no

caso, a visão da ICC e das empresas) e aberto a colher frutos de experiências distintas é uma virtude em qualquer circunstância, mas especialmente louvável numa autoridade pública com poderes tão fortes e extensos como os da AdC. Até porque permite agora ao Governo, e aos partidos no seio parlamentar, confrontar a Proposta da AdC com um conjunto de comentários bem fundamentados, e de propostas concretas alternativas, apresentados pela sociedade civil.

### 3. COMENTÁRIOS DA ICC

#### 3.1 Sugestões acolhidas no Projeto

*Merecem ser destacados alguns aspetos em que a AdC soube refletir na sua proposta comentários, críticas e sugestões apresentadas por diversas das entidades que se pronunciaram ao longo do processo, em especial na fase de consulta pública.*

Um dos aspetos em que tal sucedeu diz respeito ao segredo profissional de advogados. A versão submetida a consulta pública excecionava da proteção do segredo profissional de advogados, num novo n.º 6 do artigo 20.º do Regime Jurídico da Concorrência (“RJC”), os “trabalhadores de uma empresa que detenham o título profissional de advogado” (isto é, os advogados de empresa), o que foi objeto de diversas críticas. A ICC, na sua resposta à consulta pública, opôs-se veementemente a tal solução, fazendo notar que a mesma, além de não decorrer da necessidade de transpor a Diretiva ECN+, era contrária à jurisprudência nacional uniforme e constante nesta matéria e violava o disposto no Estatuto da Ordem dos Advogados (“EOA”), o estatuto constitucional dos advogados e os princípios do Estado de Direito democrático.

Sem embargo, apesar da alteração relevante e muito positiva entre a versão submetida a consulta pública e a que foi apresentada ao Governo, a parte final desta última versão, que permite a apreensão de contactos e informações que “não consubstanciem a prática de ato próprio de advogado” merece-nos reservas, sobretudo em sede de controlo prático, na medida em que não pode ser a AdC a ler documentação de advogado ao abrigo de um poder de verificação do tipo de ato em causa.

Outro exemplo refere-se à informação constante de processos da AdC sujeita a segredo de justiça. Na versão do Projeto sujeita a consulta pública, a AdC previa a possibilidade de revelação de informação sujeita a segredo de justiça com base na finalidade de “promoção de uma cultura favorável à

liberdade de concorrência”. A ICC manifestou a opinião de que tal exceção ao segredo de justiça era, na sua amplitude e imprecisão, absolutamente incompreensível, além de ser claramente desproporcionada e potencialmente inconstitucional face aos interesses subjacentes a tal segredo (a salvaguarda dos interesses da investigação ou dos direitos do visado pelo processo). Esta proposta foi, sensatamente, retirada do Projeto.

Por fim, apenas mais um exemplo. Na versão do Projeto submetido a consulta pública estava previsto um novo artigo 86.º-A em que se previa que todos os incidentes, arguições de nulidade e requerimentos no âmbito de diligências de busca deviam ser praticados até ao encerramento das mesmas. A ICC considerou que esta solução era gravemente lesiva dos direitos de defesa dos visados (sobretudo quando a não contestação equivale a sanção do vício), violava o princípio da igualdade de armas e da boa-fé processual e atentava contra a igualdade entre os visados, uma vez que nem todos têm igual capacidade para, no espaço de tempo durante o qual decorre a diligência, mobilizar assessoria jurídica especializada. Também esta proposta foi retirada do Projeto.

### **3.2. Sugestões não acolhidas no Projeto**

*Mas, nem todas as críticas e sugestões recebidas no âmbito da consulta pública foram acolhidas pela AdC.*

Elencamos quatro das que foram manifestadas pela ICC e continuam a merecer a nossa preocupação.

Desde logo, continuamos a considerar inaceitável a ampliação, consagrada no artigo 15.º do Projeto, dos poderes atribuídos à AdC em matéria de pedidos de informação, no que respeita aos suportes de armazenamento da informação a que pode ter acesso, ampliação essa que entendemos não ter respaldo na Diretiva.

Em segundo lugar, referimos a proposta de alteração ao n.º 2 do artigo 32.º do RJC, que regula os meios de prova admissíveis em processos de contraordenação por violação das regras de defesa da concorrência, e na qual é excluída a aplicação das regras do Regime Geral das Contraordenações (“RGCO”) sobre intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicações e reserva da vida privada. A ICC entende que esta exclusão é claramente excessiva, e nessa medida inadmissível, face ao que resulta do artigo 32.º da Diretiva e do Considerando 73. Sendo a reserva da vida privada um direito fundamental (consagrado na Constituição da República Portuguesa e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia), apenas pode ser



restringido em situações limite que resultem, num determinado caso concreto, da necessidade de proteger outro direito fundamental, devendo essa restrição resultar de uma ponderação casuística que respeite determinados princípios. Em lugar nenhum a Diretiva abre espaço para o afastamento absoluto e abstrato deste direito fundamental.

Outra das soluções relativamente às quais mantemos o nosso desacordo diz respeito à proposta de tipificação como crime de desobediência (no artigo 33.º, n.º 7 do RJC) da utilização, para fins diferentes daqueles para os quais o respetivo acesso foi concedido, de documentos contendo informação confidencial. Sem prejuízo da necessidade de garantir a proteção da informação confidencial, esta tipificação parece-nos excessiva e isenta de justificação num diploma de matriz contraordenacional.

Por fim, reiteramos a nossa discordância com o uso, ao longo de todo o texto do Projeto, da expressão desnecessariamente inovatória de “empresa investigada”, que consideramos, neste contexto, gerador de complexidades e incorreções desnecessárias e potenciador de dificuldades de interpretação e aplicação. É nossa opinião que deverá ser mantido o conceito de “visado pelo processo”, que está consolidado, que é neutro e abrangente, permitindo abarcar os diversos tipos de pessoas que podem ser objeto de um processo (pessoas singulares e coletivas de diversos tipos), e que não suscitou quaisquer dúvidas ao longo dos últimos anos.

### **3.3. Soluções não submetidas a consulta pública**

*Como quadro final, chamamos a atenção para algumas soluções que a AdC introduziu na versão enviada ao Governo e que não constavam do Projeto submetida a consulta pública, e relativamente às quais, sem prejuízo de eventuais apreciações futuras mais aprofundadas, apresentamos desde já a nossa discordância.*

Em primeiro lugar, consideramos claramente atentatório dos direitos constitucionais e das prerrogativas dos advogados em qualquer Estado de Direito, e mais ainda na UE, a parte final do n.º 6 do proposto artigo 17.º-A, que impede a intervenção na inquirição do advogado que acompanha a pessoa inquirida no âmbito de uma diligência conduzida pela AdC.

Também atentatório dos direitos dos advogados entendemos ser o n.º 8 do artigo 19.º do Projeto, nos termos do qual não é considerada uma busca em escritório de advogado a realizada em instalações ou locais afetos a trabalhadores de uma empresa que detenham o título profissional de advogado.

Totalmente injusta e inaceitável é também, na nossa opinião, a possibilidade, proposta no artigo 32.º, n.º 6 do Projeto, de a AdC publicar na sua página

eletrónica “as informações essenciais sobre processos pendentes”, alegadamente “para realização do interesse público de disseminação de uma cultura favorável à liberdade de concorrência”. Esse invocado e nobre interesse público não pode de forma alguma abrir a porta a atentados graves ao princípio da presunção da inocência, ao direito ao bom nome e à privacidade de visados por um processo da AdC que tal divulgação poderia acarretar, sendo especialmente inaceitável a identificação pública dos visados, em momentos processuais em que os mesmos ainda não tiveram oportunidade de se pronunciar sobre qualquer acusação, ou sequer consultar o processo. Para além de inconstitucional, tal divulgação precoce é claramente desproporcionada e obviamente desnecessária atenta a enorme presença do tema da concorrência nos *media*.

Acrescidamente, é incompreensível a solução que resulta da proposta de n.º 3 do artigo 86.º-A do Projeto, do qual resulta que das decisões do Ministério Público relativas à validade dos seus atos apenas pode haver reclamação para o superior hierárquico imediato. De forma alguma deve ser suprimido o direito de recurso judicial desse tipo de decisões, sob pena de violação do direito a uma tutela judicial efetiva.

Finalmente, lamentamos que a AdC tenha, entre a versão que submeteu a consulta pública e a versão que apresentou ao Governo, recuado na consagração da regra geral do efeito suspensivo da interposição de recurso das decisões da AdC. Certamente que esta inflexão se relaciona com a decisão de validação pelo Tribunal Constitucional (após múltiplas decisões contraditórias e pela maioria mínima), mas certo é que o efeito suspensivo do pagamento das coimas até trânsito em julgado é claramente o que melhor serve melhor a justiça, em particular numa área em que as coimas têm uma dimensão sem paralelo noutros domínios do direito.

#### 4. CONCLUSÃO

Em suma, cremos que, na globalidade, a AdC operou um saudável, eficiente e profícuo diálogo com a comunidade de todos os que trabalham em prol da defesa da concorrência em Portugal, ainda que não tenha aproveitado totalmente as suas virtualidades.

Fazemos votos para que a aprovação do diploma de transposição da Diretiva ECN+ constitua mais um passo no sentido do robustecimento, eficácia e justiça dessa defesa, e para que o reforço de poderes da AdC que do mesmo resulta seja interpretado como uma muito séria responsabilidade acrescida e acompanhado de um efetivo reforço das garantias das empresas.

# 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

*Inês Neves\**

In case C-462/19<sup>1</sup>, the Court of Justice (“CJ”) rules that a request for a preliminary ruling from the Spanish Competition Authority is inadmissible, since it does not satisfy the features of a “court or tribunal” for the purposes of Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union (“TFEU”).

## 1. LEGAL FRAMEWORK

According to Articles 19(3)(b) of the Treaty on European Union (“TEU”)<sup>2</sup>, and 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union (“TFEU”)<sup>3</sup>, any court or tribunal of a Member State “may, if it considers that a decision on the question is necessary to enable it to give judgment, request the Court to give a ruling” “concerning: (a) the interpretation of the Treaties [and/or] (b) the validity and interpretation of acts of the institutions, bodies, offices or agencies of the Union”.

It is nowadays widely accepted that this instrument not only promotes legal unity in a European Union (“EU”) of “variable geometry”, but also contributes to further developing the Law. Being an EU mechanism, and given

---

\* Guest Lecturer at the Faculty of Law, University of Porto; Junior Lawyer at Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados; Collaborator Researcher at Centro de Investigação Jurídico-Económica (CIJE); PhD candidate. Email: [ineves@direito.up.pt](mailto:ineves@direito.up.pt).

1 Judgment of the Court of 16 September 2020, in case C-462/19, *Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarios de Buques (Anesco) and Others*, EU:C:2020:715 (“CJ’s judgement”).

2 OJ C 326, 26.10.2012.

3 OJ C 326, 26.10.2012.

the volatility of realities among Member States, the CJ understood that a “concept of EU law” was needed. Consequently, in order to give some meaning to the words “court” and “tribunal”, the CJ developed a variable case law, according to which some criteria are to be considered, in order to ascertain whether a given entity may refer questions to the CJ for a preliminary ruling. So far, the following factors are to be taken into account: *i)* the bodies’ statutory origin; *ii)* its permanence; *iii)* whether its procedure is *inter partes*; *iv)* its compulsory jurisdiction; *v)* whether it applies rules of law; *vi)* its independence; and *vii)* whether its final decision is judicial in nature. Though this methodology is undoubtedly best suited to adapt the wording of the Treaties to new realities as well as to ensure the respect for Member States’ organisational autonomy, the truth is that from *Vaassen-Göbbels*<sup>4</sup> until now, the CJ adopted dissonant rulings, frequently putting forward solutions in strong contradiction with the proposals of the Advocates General in their Opinions. The result seems to be a “too flexible and not sufficiently consistent [case law], with the lack of legal certainty that entails”<sup>5</sup>.

In spite of that casuistic approach, and inspired by the need to apply the same treatment to similar realities, regardless of how “formally” designated or treated by the Law of a certain Member State, the CJ has already appreciated the admissibility of references from *i)* different types of “courts”, such as arbitration courts, economic and administrative courts, courts of audit, or even patent courts; *ii)* competition authorities; *iii)* administrative bodies; *iv)* professional bodies; *v)* Ombudsmen; and *vi)* appeal committees. While being abundant, the results of such casuistic path tend to be a little deceiving, which might justify a switch in the CJ’s approach.

## 2. FACTS

In the course of proceedings brought by the *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* (Spanish National Commission on Markets and Competition, hereinafter “CNMC”), against a group of operators and employee representatives, concerning an alleged infringement to competition law rules, in particular to Article 101 of the TFEU, the CNMC decided to stay

4 Judgment of the Court of 30 June 1966, in case C-61/65, *G. Vaassen-Göbbels (a widow) v Management of the Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf*, EU:C:1966:39.

5 Opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer, in case C-17/00, *François de Coster v Collège des Bourgmestre et Echevins de Watermael-Boitsfort*, EU:C:2001:366, §14.

the proceedings and refer four questions to the CJ for a preliminary ruling. According to its own understanding, the CNMC meets the criteria for being considered a “court or tribunal” for the purposes of Article 267 of the TFEU, since “it has a legal basis, it is permanent and it is a compulsory jurisdiction, it makes rulings in accordance with an adversarial procedure, it is an independent body and, when performing its duties, it complies with the requirement for objectivity and impartiality vis-à-vis the parties to the proceedings and their respective interests with regard to the subject matter of those proceedings” (see §33 of the CJ’s judgement). By judgement of 16 September 2020, the CNMC’s request for a preliminary ruling was declared inadmissible by the CJ.

### 3. BRIEF COMMENTARY

This is not the first time the CJ is called upon to decide on the admissibility of a reference for a preliminary ruling from a competition authority. In the *Syfait* case<sup>6</sup>, contrary to what the Advocate General Jacobs sustained, the Court considered that it lacked jurisdiction to answer the questions referred by the Greek Competition Commission, since it did not enjoy full independence. Differently, in the case *Asociación Española de Banca Privada and others*<sup>7</sup>, the CJ expressly admitted the reference for a preliminary ruling from the Spanish Competition Court.

Now, in the judgement under review, the CJ concludes that the Spanish Competition Authority is not a “court or tribunal” for the purposes of Article 267 of TFEU, since it “cannot be regarded as having the standing of a ‘third party’ in relation to the authority which adopts the decision” (see §40 of the CJ’s judgement) and its decisions are much closer to administrative decisions than to judicial ones. In order to support its conclusion, the Court indicated and analyzed, in particular, the following circumstances: *i*) the proceedings at issue in the main suit may be initiated *ex officio*; *ii*) the CNMC is required to work in close collaboration with the European Commission and it may be denied jurisdiction in favour of the latter; *iii*) the penalty proceedings shall be terminated within a termination period of 18 months; *iv*) its decisions

6 Judgment of the Court of 31 May 2005, in case C-53/03, *Synetairismos Farmakopoiou Aitolias & Akarnanias (Syfait) and Others v GlaxoSmithKline plc and GlaxoSmithKline AEVE*, EU:C:2005:333.

7 Judgment of the Court of 16 July 1992, in case C-67/91, *Dirección General de Defensa de la Competencia v Asociación Española de Banca Privada and others*, EU:C:1992:330.

may be appealed to the administrative courts; *v*) the CNMC may withdraw its own decision, in case of appeal and, finally; *vi*) its decisions do not benefit from some of the most relevant attributes of judicial decisions, *inter alia*, the capability of acquiring the force of *res judicata* (see §§41-49 of the CJ's judgement). This being said, the CJ concluded that the situation could not be compared with the one that the Court had to deal with in case *Asociación Española de Banca Privada and others*, already referred to above (see §50 of the CJ's judgement).

#### 4. PRACTICAL SIGNIFICANCE

As the Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer correctly puts it, the aim of the preliminary ruling is not “to assist an agency of the executive”, but instead to promote a channel of direct communication between the CJ and the national courts, in this way introducing an instrument of “technical dialogue” between them (see its *Opinion in Case C-17/00*, already referred to above, §§76-82). There are undoubtedly reasons that plead for a comprehensive reassessment of the legitimacy to resort to the mechanism provided for in Article 267 of the TFEU, such as *i*) considerations of judicial economy; *ii*) the competition authorities' ability to identify the relevant issues and doubts on the application of competition rules; *iii*) the need to ensure uniformity in an ever more decentralized system of application and enforcement of competition law; *iv*) the competition authorities' duty to disapply national legislation contrary to the law of the EU, among others (see, for instance, Opinion of Advocate General Jacobs<sup>8</sup>, in case C-53/03, *Syfait and others*, already mentioned above). However, while this might be true in abstract, we do not think that the rationale behind the reference for a preliminary ruling is such as to entitle national competition authorities (“NCAs”) to resort to such instrument.

On the one hand, because the “court or tribunal” to this end is supposed to be a third-party, that is, an entity that besides being above the parties, does not have any personal interest in the decision to be adopted. In this regard, despite being entrusted with the prosecution of missions of general interest, national competition authorities have at least an indirect interest in that the courts uphold its decisions. Moreover, as accurately pointed out by the CJ in this judgement, authorities such as the CNMC act as parties (defendant

---

<sup>8</sup> EU:C:2004:673, §45.

or appellant) in the proceedings before courts which are perfectly capable of identifying the doubts or problems regarding the interpretation or validity of the Law of the European Union, if necessary, upon application by the parties. Thus, as the Romans used to say, “*nemo debet esse iudex in propria causa*”.

On the other hand, we do not believe that concerns about judicial economy or the need for uniformity benefit only NCAs, since those same arguments also apply and could be used to sustain the right of private individuals and companies to directly refer questions to the CJ for a preliminary ruling. After all, it follows from the principle of equality that both parties in the proceedings shall be given the same rights. Furthermore, since the administrative decisions are subject to judicial review by courts which “are able to assess the need to make a reference for a preliminary ruling to the Court of Justice, there is therefore no danger that Community law will not be uniformly applied” (see *Opinion of Advocate General in Case C-17/00*, already referred to above, §28).

In short, we are thus of the opinion that the CJ has properly addressed the problem in the judgement under review. Though it is true that some of the features that the CJ considers when assessing the admissibility of references for a preliminary ruling are common both to the administrative bodies and to the judiciary, the former are still administrative bodies, different from “courts” or “tribunals” for the purposes of Article 267 of the TFEU. At least, as long as they remain (interested) parties, the independence requirement is not sufficiently fulfilled.





ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE  
24 DE NOVEMBRO DE 2020, PROCESSO C-59/19,  
*WIKINGERHOF GMBH & CO. KG V. BOOKING.COM BV\**  
*Marcelo Sequeira de Sousa\*\**

## 1. INTRODUÇÃO

No dia 24 de novembro de 2020, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) pronunciou-se sobre o reenvio prejudicial relativo ao caso *Wikingerhof GmbH & Co. KG v. Booking.com BV* (Caso C-59/19), proferindo uma decisão de teor bastante otimista na matéria de *private enforcement* do direito da concorrência em litígios transfronteiriços comunitários entre partes contratantes – mais especificamente no que toca à distinção entre matéria contratual e extracontratual à luz do Regulamento n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e Conselho (Bruxelas I *Bis*).

A decisão aborda, diretamente, a natureza da ação que possíveis vítimas de condutas relacionadas com abuso de posição dominante podem invocar perante os tribunais nacionais, bem como (consequentemente) qual a competente jurisdição territorial perante a qual poderão tais lesados interpor a ação.

No âmbito de tais questões, o TJUE aproveita conceitos e definições de variada jurisprudência anterior (como veremos *infra*) e conclui com um verdadeiro *follow-up* do Acórdão *Brogstetter*<sup>1</sup>, confirmando o seu critério apesar de alcançar uma solução diferente: o reconhecimento da causa de pedir como “matéria extracontratual”.

---

\* *Key-Words*: Jurisprudência do TJUE; *Private Enforcement* de Direito da Concorrência; Abuso de Posição Dominante; Natureza da Causa de Pedir; Jurisdição Competente. *JEL Code* K210.

\*\* Estudante finalista da Licenciatura em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

1 C-548/12, *Brogstetter*, EU:C:2014:148.

## 2. DOS FACTOS

O litígio subjacente a este caso reporta-se a um contrato celebrado em 2009 entre a empresa hoteleira *Wikingerhof GmbH & Co. KG* (daqui em diante “Wikingerhof”), que gere um hotel no norte da Alemanha, e a *Booking.com BV* (daqui em diante “Booking.com”), conhecida plataforma online de reservas de hotel com sede em Amsterdão, Holanda.

Tal contrato, celebrado pelas partes com o fim de fazer constar o hotel alemão na listagem da plataforma online, continha uma cláusula referente às condições gerais disponíveis no *website* da plataforma, onde consta uma cláusula atribuidora de exclusividade jurisdicional aos tribunais de Amsterdão.

Desconsiderando a cláusula supramencionada, a Wikingerhof interpôs ação contra a plataforma Booking.com perante os tribunais alemães por alegada imposição de termos contractuais injustos com base em posição dominante, procurando meter um fim a práticas contratualmente estipuladas como a cobrança de uma taxa de comissão superior a 15% para o hotel se posicionar melhor no motor de pesquisa da plataforma e a indicação de valores descontados nos preços do hotel, bem como exigindo obter contacto direto com os clientes provenientes desta plataforma de reservas.

O tribunal alemão de primeira instância julgou-se incompetente para conhecer da ação, considerando a cláusula de jurisdição aplicável *in casu*. Em sede de recurso, foi confirmada a primeira decisão de incompetência dos tribunais alemães, desta vez com fundamento no artigo 7.º, n.º 1 do Regulamento Bruxelas I *Bis* – considerou o tribunal de *appeal* que o pedido era de natureza contratual, pelo que seria irrelevante ponderar sequer a validade da cláusula de jurisdição. Finalmente, recorrendo o autor ao *Bundesgerichtshof* – Supremo Tribunal Alemão – aproveitou este último para submeter uma singela questão prejudicial ao TJUE em dezembro de 2018: é o artigo 7.º, n.º 2 do Regulamento Bruxelas I *Bis* passível de ser aplicável a uma ação como a respetiva sub-júdice, onde se requer ordem judicial de interrupção de condutas implementadas entre partes contratantes e possivelmente com cobertura em provisões contratuais, tendo em conta que tal acusação se funda no abuso de posição dominante por parte da demandada?

O *main point* da questão reside na caracterização do pedido do autor como sendo de matéria contratual ou extracontratual, *ex vi* artigo 7.º, n.º 1 – segundo o qual a jurisdição competente seria a do local onde foi ou deva ser cumprida a obrigação (tribunais alemães não teriam competência) – e artigo 7.º, n.º 2 – segundo o qual a jurisdição competente seria a do local onde se verificou o dano contestado (seriam considerados competentes os tribunais

alemães) – do Regulamento Bruxelas I *Bis*, bem como qual o papel das normas concorrenciais na determinação da resposta à pergunta anterior. Serão abusos de posição dominante entre partes contratantes matéria contratual ou extracontratual na perspetiva deste Regulamento?

### 3. ANÁLISE DO ACÓRDÃO

O TJUE começa por abordar, no par. 25 deste acórdão, a exigência de interpretação autónoma do artigo 7.º, n.ºs 1 e 2 do Regulamento Bruxelas I *Bis* face ao direito interno dos Estados Membros, de maneira a assegurar uma interpretação comunitária uniforme destes conceitos autónomos de Direito da União Europeia. Cabendo aos tribunais nacionais qualificar a disputa como contratual ou extracontratual de acordo com a natureza da obrigação que constitui a causa de pedir (par. 31)<sup>2</sup>, não o poderão fazer à luz do seu direito nacional, mas sim de acordo com a interpretação europeia destas disposições.

Em sentido geral, estaremos em domínio contratual aquando da violação de uma obrigação contratual (caso típico das ações cujo fundamento reside nas cláusulas de determinado contrato ou nas regras de direito a eles aplicável)<sup>3</sup> e em domínio extracontratual perante violação de disposições legais gerais

Prossegue o TJUE, de seguida, a uma densificação de tal problemática, definindo e distinguindo as ações judiciais de matéria contratual e extracontratual entre partes contratantes, recorrendo a jurisprudência prévia sobre o tópico (par. 32-33):

- Uma ação terá cariz contratual nos termos do artigo 7.º, n.º 1, de acordo com a jurisprudência *Brogstetter*<sup>4</sup>, quando a interpretação do contrato que liga o demandado ao demandante é indispensável para aferir do carácter lícito ou ilícito da conduta do demandado.
- *A contrario*, poder-se-á classificar a ação entre partes contratantes como extracontratual quando, se baseada num pedido de responsabilidade extracontratual de violação da lei, não se considere indispensável

2 Adota aqui a mesma opinião expressada pelo AG Saugmandsgaard Øe nas suas Conclusões sobre o caso.

3 Vide C-47/14, *Holterman Ferho Exploitatie e o*, EU:C:2015:574, par. 53, e C-249/16, *Kareda*, EU:C:2017:472, par. 30 a 33.

4 C-548/12, *Brogstetter*, EU:C:2014:148, par. 25 e 26.

examinar o conteúdo do contrato celebrado com o demandado para apreciar o caráter lícito ou ilícito do comportamento censurado – visto que tal obrigação se imporia ao demandado independentemente desse contrato.

Decorre que é desde logo possível aplicar o artigo 7.º, n.º 2 e estabelecer jurisdição extracontratual se a causa de pedir não tiver qualquer conexão com o contrato. Além disto, ainda poderemos estabelecer jurisdição extracontratual em causas que, não obstante existir uma ligação entre a causa de pedir e o contrato, não seja indispensável examinar o conteúdo do último para aferir a legalidade da conduta (o que denominamos de critério *Brogstetter*).

É nesta última hipótese que o TJUE vai enquadrar o caso concreto sub-júdice. Sendo o pedido fundamentado numa infração de direito alemão da concorrência, mais especificamente num abuso de posição dominante, esclarece o TJUE – citando o *reasoning* do AG Saugmandsgaard Øe nos par. 122 e 123 das suas conclusões – que não será indispensável *in casu* proceder à interpretação do contrato entre as partes para avaliar a licitude do comportamento da demandada (par. 35), daí resultando que a ação intentada pela demandante Wikingerhof, fundada no abuso de posição dominante da demandada Booking.com, se enquadra no conceito de matéria extracontratual no termos do artigo 7.º, n.º 2 do Regulamento Bruxelas I *Bis*.

Assim chega o TJUE à conclusão geral do Acórdão *Wikingerhof v. Booking.com*, respondendo à questão prejudicial que lhe foi colocada: o artigo 7.º, n.º 2 do Regulamento Bruxelas I *Bis* entende-se aplicável a ações destinadas a fazer cessar determinados comportamentos configurantes de uma violação do direito da concorrência como o abuso de posição dominante, ainda que tais comportamentos tenham sido adotados no âmbito de uma relação contratual (par. 37).

Destaca-se ainda o par. 38 do acórdão, onde o tribunal europeu aproveita para salientar os objetivos de proximidade e de boa administração da justiça subjacentes ao artigo 7.º, n.º 2 do Regulamento<sup>5</sup>.

#### 4. CONCLUSÕES FINAIS

O Acórdão *Wikingerhof v. Booking.com* representa outro passo em frente do TJUE à consolidação do *private enforcement* do Direito da Concorrência

5 Princípios que, a nosso ver, muito importam para aferir o mérito desta decisão ao nível do cumprimento do princípio da efetividade e do direito fundamental de acesso à justiça, como explicaremos *infra*.

no espaço comunitário, em especial no que toca à *trend* atual de reforço do direito de acesso a tutela jurisdicional por parte dos lesados por práticas anti concorrenciais.

Deste acórdão é finalmente possível extrair, sem quaisquer reservas, que o TJUE é contra a máxima de que a mera existência de um contrato entre as partes excluiria a hipótese de jurisdição extracontratual na matéria do mesmo, no que se afigura (como apontado *supra*) um oportuno e valioso afluoramento – a nosso ver acertado – da jurisprudência *Brogsitter*, expressamente estendendo o critério diferencial para a matéria concorrencial do abuso da posição dominante através da aplicação do critério da indispensabilidade previsto neste de forma *a contrario*.

Pronunciando-se o TJUE no sentido de caracterização das ações inibitórias com base em condutas qualificáveis como abuso de posição dominante como ações de cariz extracontratual, perfilhamos a conclusão de que – *mutatis mutandis* – a mesmo *ratio* será aplicável às ações de indemnização por danos derivados de abuso de posição dominante: em ambas as ações, o lesado procura compensação dos danos provocados por uma infração do Direito da Concorrência, ao invés de uma infração contratual.<sup>6</sup>

Fica patente neste acórdão a colocação das ações relacionadas com o abuso de posição dominante em pé de igualdade com as ações relativas a cartéis (que conheceram tal desenvolvimento com o Acórdão *Hydrogen Peroxide*<sup>7</sup> e o mais recente *Tibor-Trans*<sup>8</sup> no âmbito do caso do cartel dos camiões), tendo o hipotético lesado em ambas a faculdade de escolher interpor ação pela regra geral do artigo 4.º do Regulamento Bruxelas I *Bis* (Estado-Membro do acusado) ou pela regra especial do artigo 7.º, n.º 2 do mesmo diploma (onde ocorreu o facto danoso), respeitando-se os objetivos do diploma de proximidade jurisdicional do sujeito lesado e da boa administração da justiça – destacados pelo presente acórdão. Julgou corretamente o TJUE neste sentido.

Acreditamos também, pela influência dos supramencionados objetivos, que esta solução é não só a mais adequada, como também a única que salvaguarda o *effet utile* do artigo 102.º (e 101.º, em casos análogos de cartéis) do TFUE. A inaplicabilidade do artigo 7.º, n.º 2 do Regulamento Bruxelas I *Bis*,

6 Barennes, M., 2020. *The Booking Judgment Adopted By The ECJ: Greater Access To Justice For Victims Of Abuses Of A Dominant Digital Platform*. Kluwer Competition Law Blog. Disponível em: <<http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2020/11/26/the-booking-judgment-adopted-by-the-ecj-greater-access-to-justice-for-victims-of-abuses-of-a-dominant-digital-platform/>> [26 novembro 2020].

7 C-352/13, *Hydrogen Peroxide*, EU:C:2015:335.

8 C-451/18, *Tibor-Trans*, EU:C:2015:335.

em casos pan-europeus de infração do Direito da Concorrência, pode gerar situações em que o lesado terá de interpor a sua ação em tribunais ligados a um idioma diferente do seu, e/ou até um ordenamento jurídico completamente diferente, o que afiguramos ser uma clara violação do princípio da efetividade<sup>9</sup>, bem como uma injustificada e inadmissível restrição ao direito fundamental do acesso à justiça do lesado. É previsível, *prima facie*, que o autor do processo de *private enforcement* faça valer este recente entendimento jurisprudencial para conseguir litigar no seu Estado-Membro de origem, salvo quaisquer especificidades concretas de dado caso.

Em termos finais, vale a pena relembra que cabe aos tribunais nacionais ponderar caso a caso a verificação do critério de aplicação do artigo 7.º, n.º 2 do Regulamento. Não obstante a sua aparente simplicidade, a questão da indispensabilidade da interpretação do contrato para classificar a conduta como ilegal ainda dará muito que falar, considerando as diferenças sistémico-jurídicas de cada Estado-Membro da União Europeia. Os tribunais terão grande margem de apreciação, o que se revelará fulcral aquando do aparecimento de verdadeiros *hard cases*. Ademais, o previsto impacto deste Acórdão poderá ser mitigado (apesar de tal não ter acontecido no litígio sub-júdice devido à sua inaplicabilidade *in casu*) mediante a prática de introdução de cláusula jurisdicional válida nos contratos – entendimento apoiado na jurisprudência *Apple v. Ebizcuss.com*<sup>10</sup> – pelo que deverá ser prestada especial atenção à *fine print* do contrato pelas partes contraentes.

Resta apelar a tais órgãos jurisdicionais para decidirem conforme o princípio da efetividade e com respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos europeus, promovendo o desenvolvimento do *private enforcement* do Direito da Concorrência e (se e quando necessário) o diálogo juiz-a-juiz através do mecanismo de reenvio prejudicial com o Tribunal da Justiça da União Europeia.

---

9 Princípio aqui aplicado fora do âmbito da autonomia processual dos Estados Membros, à luz de entendimento lato que defendemos existir em relação à dicotomia Direito Primário / Direito Secundário da União Europeia (terá o segundo que respeitar o efeito útil das disposições do primeiro, *mutatis mutandis* com o que acontece no campo da autonomia processual dos Estados Membros).

10 C-595/17, *Apple Sales International*, EU:C:2018:854; onde podemos verificar que “a aplicação, a uma ação de indemnização intentada (...) ao abrigo do artigo 102.º TFUE, de uma cláusula atributiva de jurisdição contida no contrato que vincula as partes não está excluída pelo simples facto de essa cláusula não se referir expressamente aos litígios relativos à responsabilidade decorrente de uma infração ao direito da concorrência” (par. 30).

C&R

JURISPRUDÊNCIA

*Jurisprudência geral*





# JURISPRUDÊNCIA DE CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA – DE OUTUBRO A DEZEMBRO DE 2020

*Elaborado por Fernando Pereira Ricardo*

## **Abuso de posição dominante**

Acórdão do Tribunal Geral de 16 de dezembro de 2020, proferido no âmbito do Processo T-515/18; ECLI:EU:T:2020:620

*Partes:* Fakro sp. z o. / Comissão

*Descritores:* Concorrência – Abuso de posição dominante – Mercado de janelas de telhado – Decisão de rejeição de uma queixa – Artigo 7.º do Regulamento (CE) n.º 773/2004 – Acesso ao processo – Princípio da boa administração – “Prazo razoável” – Erro manifesto de apreciação – Obrigação de fundamentação – Falta de interesse da União – Probabilidade de apurar a existência de uma infração – Preços predatórios – “Marcas de combate” – Desconto – Exclusividade

Acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de novembro de 2020, proferido no âmbito do Processo C-372/19; ECLI:EU:C:2020:1051

*Partes:* Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) / Wearone.World BVBA e o.

*Descritores:* Reenvio prejudicial – Concorrência – Artigo 102.º TFUE – Abuso de posição dominante – Conceito de preços “não equitativos” – Sociedade de gestão coletiva de direitos de autor – Situação de monopólio de facto – Posição dominante – Abuso – Execução de obras musicais em festivais de música – Tabela baseada nas receitas brutas resultantes da venda de bilhetes de entrada – Relação razoável com a prestação da sociedade de gestão coletiva – Determinação da parte do repertório musical da sociedade de gestão coletiva efetivamente executada

Acórdão do Tribunal Geral de 18 de novembro de 2020, proferido no âmbito do Processo T-814/17, ECLI:EU:T:2020:545

*Partes:* Lietuvos geležinkeliai AB / Comissão

*Descritores:* Concorrência – Abuso de posição dominante – Mercado de transporte ferroviário de mercadorias – Decisão que declara a violação do

artigo 102.º TFUE – Acesso de empresas terceiras às infraestruturas geridas pela companhia ferroviária nacional da Lituânia – Desmantelamento de um troço ferroviário – Conceito de “abuso” – Exclusão real ou provável de concorrente – Cálculo do valor da multa – Orientações para o cálculo do valor das multas de 2006 – Medidas corretivas – Proporcionalidade – Competência de plena jurisdição

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

Acórdão do Tribunal Geral de 16 dezembro de 2020, proferido no âmbito do Processo T-93/18; ECLI:EU:T:2020:610

*Partes:* International Skating Union / Comissão

*Descritores:* Concorrência – Associação de empresas – Provas de patinagem de velocidade – Decisão que declara uma infração ao artigo 101.º TFUE – Regulamentação de uma federação desportiva – Conciliação entre direito da concorrência e especificidade do desporto – Apostas desportivas – Tribunal Arbitral do Desporto – Orientações para o cálculo das coimas – Âmbito de aplicação territorial do artigo 101.º TFUE – Restrição da concorrência por objetivo – Medidas corretivas

Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de dezembro de 2020, proferido no âmbito do Processo C-132/19 P; ECLI:EU:C:2020:1007

*Partes:* Groupe Canal + SA. / Comissão e o.

*Descritores:* Recurso de decisão do Tribunal Geral – Concorrência – Acordos, decisões e práticas concertadas – Distribuição televisiva – Regulamento (CE) n.º 1/2003 – Artigo 9.º e artigo 16.º, n.º 1 – Decisão que torna os compromissos obrigatórios – Proteção territorial absoluta – Desvio de poder – Apreciação preliminar – Inexistência de obrigação da Comissão Europeia de ter em conta considerações relativas à aplicação do artigo 101.º, n.º 3 TFUE – Acordos que têm por objetivo compartimentar os mercados nacionais – Inexistência de obrigação da Comissão de analisar um por um os mercados nacionais em causa – Proporcionalidade – Violação dos direitos contratuais de terceiros

Acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de novembro de 2020, proferido no âmbito do Processo C-823/18 P; ECLI:EU:C:2020:955

*Partes:* Comissão / GEA Group AG

*Descritores:* Recurso de decisão do Tribunal Geral – Acordos, decisões e práticas concertadas – Mercados europeus dos estabilizadores térmicos à base de estanho, óleo de soja epoxidado e dos ésteres – Fixação dos preços, repartição dos mercados e troca de informações comerciais sensíveis – Aplicação do limite máximo de 10 % do volume de negócios a uma das entidades que constituem a empresa – Anulação da decisão que altera a coima fixada na decisão inicial de declaração da infração – Coimas – Conceito de “empresa” – Responsabilidade solidária pelo pagamento da coima – Princípio da igualdade de tratamento – Data de exigibilidade da coima em caso de alteração

Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de outubro de 2020, proferido no âmbito do Processo C-611/18 P; ECLI:EU:C:2020:868

*Partes:* Pirelli & C. SpA / Comissão

*Descritores:* Recurso – Concorrência – Acordos, decisões e práticas concertadas – Mercado europeu de cabos elétricos – Partilha do mercado no contexto de projetos – Regulamento (CE) n.º 1/2003 – Artigo 23.º, n.º 2 – Competências da Comissão Europeia em matéria de coimas – Imputabilidade de uma infração – Presunção do exercício efetivo de uma influência determinante – Obrigação de fundamentação – Direitos fundamentais – Benefício da ordem ou de discussão – Competência de plena jurisdição

Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de outubro de 2020, proferido no âmbito do Processo C-702/19 P; ECLI:EU:C:2020:857

*Partes:* Silver Plastics GmbH & Co. KG e o. / Comissão.

*Descritores:* Recurso de decisão do Tribunal Geral – Concorrência – Acordos, decisões e práticas concertadas – Mercado das embalagens para géneros alimentícios para venda a retalho – Decisão que declara uma infração ao artigo 101.º TFUE – Regulamento (CE) n.º 1/2003 – Artigo 23.º – Artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos – Direito fundamental a um processo equitativo – Princípio da igualdade de armas – Direito “à acareação” – Inquirição de testemunhas – Fundamentação – Infração única e continuada – Valor máximo da coima

Acórdão do Tribunal Geral de 5 de outubro de 2020, proferido no âmbito do Processo T-255/17; ECLI:EU:T:2020:460

*Partes:* Les Mousquetaires / Comissão

*Descritores:* Concorrência – Acordos, decisões e práticas concertadas – Procedimento administrativo – Decisões que ordenam inspeções – Exceção de ilegalidade do artigo 20.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 – Direito a um recurso efetivo – Dever de fundamentação – Direito à inviolabilidade do domicílio – Indícios suficientemente sérios – Proporcionalidade – Recurso de anulação – Alegações relativas ao desenrolar de uma inspeção – Recusa em proteger a confidencialidade de dados relativos à vida privada – Inadmissibilidade

Acórdão do Tribunal Geral de 5 de outubro de 2020, proferido no âmbito do Processo T-254/17; ECLI:EU:T:2020:459

*Partes:* Intermarché Casino Achats / Comissão

*Descritores:* Concorrência – Acordos, decisões e práticas concertadas – Procedimento administrativo – Decisão que ordena uma inspeção – Exceção de ilegalidade do artigo 20.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 – Direito a um recurso efetivo – Igualdade de armas – Obrigação de fundamentação – Direito à inviolabilidade do domicílio – Indícios suficientemente sérios – Indícios de participação nas infrações – Proporcionalidade

Acórdão do Tribunal Geral de 5 de outubro de 2020, proferido no âmbito do Processo T-249/17; ECLI:EU:T:2020:458

*Partes:* Casino, Guichard-Perrachon / Comissão

*Descritores:* Concorrência – Acordos, decisões e práticas concertadas – Procedimento administrativo – Decisão que ordena uma inspeção – Exceção de ilegalidade do artigo 20.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 – Direito a um recurso efetivo – Igualdade de armas – Obrigação de fundamentação – Direito à inviolabilidade do domicílio – Indícios suficientemente sérios – Proporcionalidade

## **Auxílios de Estado**

Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de dezembro de 2020, proferido no âmbito dos Processos C-431/19 P e C-432/19 P; ECLI:EU:C:2020:1051

*Partes:* Inpost Paczkomaty sp. z o. / Comissão

*Descritores:* Recurso de decisão do Tribunal Geral – Auxílios de Estado – Artigo 106.º, n.º 2 TFUE – Serviços de interesse económico geral (SIEG) – Enquadramento da União Europeia – Aplicação aos auxílios de Estado sob a forma de compensações de serviço público – Setor postal – Diretiva 97/67/CE – Artigo 7.º – Compensação do custo líquido resultante das obrigações de serviço universal – Decisão que declara o auxílio compatível com o mercado interno

Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de dezembro de 2020, proferido no âmbito do Processo C-160/19 P; ECLI:EU:C:2020:1012

*Partes:* Comune di Milano / Comissão

*Descritores:* Recurso de decisão do Tribunal Geral – Auxílios de Estado – Setor do transporte aéreo – Serviços de assistência em escala nos aeroportos de Milão-Linate e de Milão-Malpensa (Itália) – Injeções de capitais efetuadas pelo gestor daqueles aeroportos na sua filial detida a 100 % que presta esses serviços – Estrutura acionista pública do gestor – Decisão que declara as referidas medidas auxílios de Estado ilegais e incompatíveis com o mercado interno – Artigo 107.º, n.º 1 TFUE – Conceitos de “recursos estatais”, de “medida imputável ao Estado” e de “vantagem económica” – Princípio do operador privado – Critério do investidor privado – Ónus da prova – Apreciações económicas complexas – Intensidade da fiscalização jurisdicional – Desvirtuação de elementos de prova

Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de novembro de 2020, proferido no âmbito do Processo C-445/19; ECLI:EU:C:2020:952

*Partes:* Viasat Broadcasting UK Ltd / TV2/Danmark A/S

*Descritores:* Reenvio prejudicial – Auxílios de Estado – Sociedade pública de radiodifusão – Artigo 106.º, n.º 2 TFUE – Serviços de interesse económico geral – Auxílio compatível com o mercado interno – Artigo 108.º, n.º 3 TFUE – Notificação – Falta – Obrigação de o beneficiário pagar juros relativos ao período de duração da ilegalidade desse auxílio – Cálculo dos juros – Montantes a ter em conta

Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de outubro de 2020, proferido no âmbito do Processo C-608/19; ECLI:EU:C:2020:865

*Partes:* Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL) / Zennaro Giuseppe Legnami Sas di Zennaro Mauro & C.

*Descritores:* Reenvio prejudicial – Auxílios de Estado – Regulamento

(UE) n.º 1407/2013 – Artigo 3.º – Auxílio *de minimis* – Artigo 6.º – Monitorização – Empresas que ultrapassam o limiar *de minimis* em razão da acumulação com outros auxílios obtidos anteriormente – Possibilidade de optar entre a redução ou a renúncia a um auxílio anterior a fim de respeitar o limiar *de minimis*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de outubro de 2020, proferido no âmbito do Processo C-556/19; ECLI:EU:C:2020:844

*Partes:* Eco TLC / Ministre d'État, ministre de la Transition écologique et solidaire

*Descritores:* Reenvio prejudicial – Auxílios de Estado – Artigo 107.º, n.º 1 TFUE – Conceito de “recursos estatais” – Responsabilidade alargada dos produtores – Eco-organismo autorizado pelos poderes públicos a cobrar contribuições financeiras às pessoas que colocam no mercado certos produtos para proceder, por conta das referidas pessoas, à sua obrigação legal de tratamento dos resíduos resultantes desses produtos – Apoios financeiros pagos pelo eco-organismo aos operadores de triagem convencionados

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de outubro de 2020, proferido no âmbito do Processo T-316/18; ECLI:EU:T:2020:489

*Partes:* První novínová společnost a.s. / Comissão

*Descritores:* Auxílios de Estado – Setor postal – Obrigação de serviço universal – Decisão de não colocar objeções – Salvaguarda dos direitos processuais – Duração do processo – Análise completa e suficiente do processo pela Comissão – Compensação pela execução de obrigação de serviço universal – Serviço de interesse económico geral – Diretiva 97/67/CE – Método dos custos líquidos evitados – Obrigação de fundamentação

Acórdão do Tribunal Geral de 5 de outubro de 2020, proferido no âmbito do Processo T-597/18; ECLI:EU:T:2020:467

*Partes:* Hermann Albers e K. / Comissão

*Descritores:* Auxílios de Estado – Transporte público de passageiros – Compensação dos custos inerentes às obrigações de serviço público – Obrigação de fixação de tarifas máximas para alunos, estudantes, aprendizes e pessoas com mobilidade reduzida – Artigo 7.º-A do Niedersächsisches Nahverkehrsgesetz (Lei dos transportes locais do Land da Baixa Saxónia – Decisão de não colocar objeções – Artigo 3.º, n.ºs 2 e 3, do Regulamento

(CE) n.º 1370/2007 – Transferência de recursos financeiros de um Land para autoridades organizadoras do transporte a nível municipal – Conceito de auxílio – Obrigação de notificação

Acórdão do Tribunal Geral de 5 de outubro de 2020, proferido no âmbito do Processo T-583/18; EC ECLI:EU:T:2020:466

*Partes:* Gesamtverband Verkehrsgewerbe Niedersachsen e V. (GVN) / Comissão

*Descritores:* Auxílios de Estado – Transporte público de passageiros – Compensação dos custos inerentes às obrigações de serviço público – Obrigação de fixar tarifas máximas para alunos, estudantes, aprendizes e pessoas com mobilidade reduzida – Artigo 7.º-A do Niedersächsisches Nahverkehrsgesetz (Lei dos transportes locais do Land da Baixa Saxónia) – Decisão de não colocar objeções – Artigo 3.º, n.ºs 2 e 3, do Regulamento (CE) n.º 1370/2007 – Transferência de recursos financeiros de um Land para autoridades organizadoras de transporte a nível municipal – Conceito de auxílio

Acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de outubro de 2020, proferido no âmbito do Processo C-603/19; ECLI:EU:C:2020:774

*Partes:* TG e o. / Úrad špeciálnej prokuratúry Generálnej prokuratúry Slovenskej republiky e o.

*Descritores:* Reenvio prejudicial – Proteção dos interesses financeiros da União Europeia – Artigo 325.º TFUE – Processo penal relativo a infrações em matéria de fraude às subvenções parcialmente financiadas através do orçamento da União Europeia – Direito nacional que, no âmbito de um processo penal, não permite que os organismos do Estado recuperem subvenções a título de indemnização do prejuízo causado pelas infrações

Acórdão do Tribunal Geral de 5 de outubro de 2020, proferido no âmbito dos Processos T-479/11 RENV e T-157/12 RENV; ECLI:EU:T:2020:461

*Partes:* França / Comissão

*Descritores:* Auxílios de Estado – Exploração de petróleo – Regime de auxílios implementado pela França – Garantia implícita e ilimitada do Estado concedida ao IFPEN pela concessão do estatuto de EPIC – Vantagem – Presunção de existência de uma vantagem – Proporcionalidade

## **Concentrações de empresas**

Acórdão do Tribunal Geral de 16 de dezembro de 2020, proferido no âmbito do Processo T-430/18; ECLI:EU:T:2020:603

*Partes:* American Airlines, Inc. / Comissão

*Descritores:* Concorrência – Concentrações – Mercado do transporte aéreo – Decisão que declara a concentração compatível com o mercado interno e o Acordo EEE – Compromissos – Decisão que concede direitos de anterioridade – Erro de direito – Conceito de uso adequado

Acórdão do Tribunal Geral de 5 de outubro de 2020, proferido no âmbito do Processo T-380/17; ECLI:EU:T:2020:471

*Partes:* HeidelbergCement AG e o. / Comissão

*Descritores:* Concorrência – Concentrações – Mercado do cimento cinzento na Croácia – Decisão que declara a concentração incompatível com o mercado interno e o Acordo EEE – Empresas em causa – Mercado relevante – Parte substancial do mercado interno – Avaliação dos efeitos da operação sobre a concorrência – Compromissos – Direitos de defesa – Remessa parcial às autoridades nacionais



# NOTAS CURRICULARES

## **EDSON DA GRAÇA FRANCISCO MACUÁCUA**

Doutorando em Direito, Doutorando em Paz, Democracia, Movimentos Sociais e Desenvolvimento Humano. É Mestre em Direito e Mestre em Administração Pública. É, atualmente, Docente na Faculdade de Direito da Universidade Católica de Moçambique.

*Edson da Graça Francisco Macuácuá is a Doctoral Student in Law, Doctoral Student in Peace, Democracy, Social Movements and Human Development. He holds a Master in Law, a Master in Public Administration. At present, Edson is a Lecturer in the Faculty of Law of the Universidade Católica of Mozambique.*

## **GONÇALO ANASTÁCIO**

Sócio Coordenador do Departamento de Concorrência da SRS Advogados e Presidente da Comissão de Concorrência da Câmara de Comércio Internacional – ICC Portugal.

É referenciado na top band dos diretórios internacionais de advogados e foi sócio da Simmons & Simmons, tendo trabalhado nos escritórios de Lisboa e Londres.

Orador regular em conferências nacionais e internacionais de Direito da Concorrência e pós-graduações, Gonçalo é cocoordenador e autor de obras de referência no Direito da Concorrência, UE e Regulação.

Advogado Especialista em Direito da Concorrência pela Ordem dos Advogados e membro (cofundador) do Círculo Português de Advogados da Concorrência.

É licenciado pela Universidade de Coimbra, tem uma Pós-Graduação em Estudos Europeus pelo *Collège des Hautes Études Européennes* da Sorbonne (Paris I) e um Mestrado em Direito Comunitário pela Faculdade de Direito de Lisboa, a cujo corpo docente pertenceu de 1997 a 2007.

*Gonçalo is the Partner in charge of the Competition Department at SRS Advogados (Lisbon) and a regular lecturer and speaker at national and international conferences in Competition Law as well as postgraduate studies. He is President of the Competition Commission of the International Chamber of Commerce – ICC Portugal – and is ranked as one of the top reference names in Competition Law in Portugal.*

*Gonçalo is widely published and is co-editor of several reference books on Competition, EU and Regulatory Law. He is listed as a Specialist Lawyer in Competition Law with the Portuguese Law Society, co-founder of the Portuguese Circle of Competition Lawyers and was previously a Partner at Simmons & Simmons, having worked in their Lisbon and London offices. Gonçalo graduated from the Universidade de Coimbra and has a Postgraduate in European Studies from the Collège des Hautes Études Européennes of Sorbonne (Paris I) and a Masters in EU Law from the Faculty of Law of Lisbon, where he also taught from 1997 to 2007.*

### INÊS NEVES

Assistente convidada na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, onde leciona, desde setembro de 2018, as unidades curriculares de Direito Constitucional, Ciência Política, Introdução ao Direito, Direito Comercial e Direito da União Europeia. Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto (2018). Pós-graduada (2019) em Direito das Empresas (Sociedades, CPI), pelo IDET – Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Frequenta o curso de Doutoramento em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade do Porto. É atualmente Advogada Estagiária, na Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, no Departamento de Direito Europeu e Concorrência. Colaboradora Externa do CIJE – Centro de Investigação Jurídico-Económica –, desde 2017 e Investigadora Colaboradora, desde setembro de 2018. Tem artigos publicados nas áreas do Direito da Concorrência e do Direito Privado. Fluente em inglês, francês e espanhol.

*Guest Lecturer at the Faculty of Law, Universidade do Porto, since September 2018, where she teaches Constitutional Law, Political Science, Introduction to Law, Commercial Law and European Union Law. Graduated in Law, from the Faculty of Law, Universidade do Porto (2018). Post-graduate degree (2019) in Corporate Law (Companies, IPC), at IDET – Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Faculty of Law, Universidade de Coimbra. Currently attends the Doctorate in Law at the Faculty of Law, Universidade do Porto. Junior Lawyer at Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associates, working with the European law and competition team. External Collaborator at CIJE – Centro de Investigação Jurídico-Económica –, since 2017 and Collaborator Researcher since September 2018. She has published articles in the areas of Competition Law and Private Law. Fluent in English, French and Spanish.*

**MARCELO SEQUEIRA DE SOUSA**

Estudante finalista da Licenciatura em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2020/2021). Tutor da unidade curricular de Direito da Economia na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2020).

*Law Finalist at University of Lisbon Law Faculty (2020/2021). Tutor of the Economic Law curricular unit at Universidade de Lisboa Law Faculty (2020).*

**OCTÁVIO DE JESUS GONÇALVES**

Licenciado pela Escola Superior de Contabilidade e Gestão da Universidade Pedagógica de Moçambique em 2016. Em 2020 ingressou na Universidade Católica de Moçambique, Faculdade de Engenharia – Chimoio, onde se encontra a frequentar o Curso de Mestrado em Direito Administrativo. Exerce funções técnico-administrativo da Universidade Púnguè, como Técnico Superior afeto à Direção de Recursos Humanos, onde assiste aos funcionários e docentes, no que concerne a área de Recursos Humanos. Endereço eletrónico: odejesusgoncalves@gmail.com

*Octávio de Jesus Gonçalves completed his degree at the School of Accounting and Management of the Pedagogical University of Mozambique in 2016. In 2020 he joined the Universidade Católica of Mozambique, Faculty of Engineering – Chimoio, where he is attending the Master's Degree in Administrative Law. He performs Administrative Technical functions at the Púnguè University, as a Senior Technician assigned to the Human Resources Department, where he assists employees and teachers, with regard to the Human Resources area. Email address: odejesusgoncalves@gmail.com*

**RICARDO BAYÃO HORTA**

Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (2000). Grau LLM – Master of Laws in Commercial and Corporate Law, atribuído pela Faculdade Queen Mary, Universidade de Londres (2003). Advogado (inscrição suspensa). Estágio no Office of the General Counsel do European Bank for Reconstruction and Development (2003). Jurista Sénior na Autoridade da Concorrência, no Departamento de Controlo de Concentrações (2003 – Abril 2010 e desde Julho 2014) e no Gabinete de Estudos e Acompanhamento de Mercados (Maio 2010-Junho 2014). Membro da Associação Portuguesa de Direito Europeu. Membro da Associação Portuguesa de Direito Europeu e Individual Observer do European Law Institute. Membro da Rede Alumni – UCP Direito Lisboa. Membro do European Law Institute Competition Law Special Interest Group.

Presidente do Conselho de Redação da Revista “C&R – Concorrência & Regulação”. Membro da ICA – International Compliance Association. Certificado ICA em Compliance (Mérito). Em representação da Autoridade da Concorrência, copresidiu o Merger Working Group da ECN (European Competition Network) nos anos de 2018-2020.

*Ricardo Bayão Horta holds a law degree from Universidade Católica Portuguesa Law School (2000). LLM – Master of Laws in Commercial and Corporate Law from Queen Mary College, University of London (2003). Lawyer (with suspended registry at the Portuguese Law Bar Association). Internship at the Office of the General Counsel of the European Bank for Reconstruction and Development (2003). Senior Legal Adviser at the Autoridade da Concorrência (AdC), the Portuguese Competition Authority, Merger Department (2003–April 2010, and as from July 2014) and at the Bureau of Studies and Market Monitoring (May 2010–June 2014). Member of the Portuguese Association of European Law and an individual observer of the European Law Institute. Member of the Alumni Network (Universidade Católica Portuguesa Law School). Member of the European Law Institute Competition Law Special Interest Group. President of the Executive Editorial Board of the “C&R – Competition and Regulation” Journal. Member of ICA – International Compliance Association; Certificate in Compliance (Merit). On behalf of AdC, he co-chaired the Merger Working Group of ECN (European Competition Network) for the period of 2018-2020.*

## **RITA PRATES**

Rita Prates é LLM em EU and Competition Law pelo King’s College – University of London e detém duas Pós-Graduações: uma em Direito da Energia, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, e outra em Direito Comercial, pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. É licenciada em Direito pela Universidade Católica de Lisboa. A Rita é Jurista da Autoridade da Concorrência (AdC) e, em representação da AdC, copresidiu o Merger Working Group da ECN (European Competition Network) nos anos de 2018-2020. Desenvolveu uma vasta experiência em processos de controlo de concentrações de empresas e em processos contraordenacionais, em diversos setores da Economia. Antes de se juntar à AdC, a Rita foi Advogada do Departamento de Direito da UE e da Concorrência da Sociedade de Advogados PLMJ.

*Rita Prates holds an LLM degree in EU and Competition Law from King’s College – University of London, a Post-Graduation in Energy Law from the Universidade de Lisboa – Faculty of Law, a Post-Graduation in Corporate Law from*

*Universidade Católica Portuguesa (Lisboa) – Faculty of Law and a law degree also from Universidade Católica Portuguesa (Lisboa). Rita is a Legal Adviser at Autoridade da Concorrência (AdC), the Portuguese Competition Authority and, on behalf of AdC, co-chaired the Merger Working Group of ECN (European Competition Network) from 2018 through 2020. She has also developed extensive merger analysis and infringing proceedings involving several economic activities. Before joining the AdC, Rita was a competition lawyer at a top tier Portuguese law firm.*



# REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

## ÍNDICE TEMÁTICO CONSOLIDADO – N.ºS 1 a 43

- 2 Concorrência – Questões gerais
- 2 *Questões processuais*
- 4 *Private enforcement*
- 6 *Nemo tenetur se ipsum accusare*
- 7 *Outros*
- 7 Concorrência – Práticas restritivas
- 8 *Geral*
- 8 *Abuso de posição dominante*
- 9 *Restrições verticais*
- 10 *Restrições horizontais*
- 11 Concorrência – Controlo de concentrações
- 12 Concorrência – Auxílios de Estado
- 13 Financeiro e bancário
- 16 Seguros
- 16 Comunicações eletrónicas
- 16 Energia
- 17 Saúde
- 18 Autoridades Reguladoras e Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
- 20 Regulação do comércio e concorrência desleal
- 20 Contratação pública
- 21 Direito contraordenacional e processual penal
- 22 Ambiente
- 23 Transportes
- 23 Artigos transversais e outros

## Concorrência – Questões gerais

### *Questões processuais*

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
4	Patrícia Lopes	<i>Segredos de negócio versus direitos da defesa do arguido nas contraordenações da concorrência</i>
4	Helena Gaspar Martinho	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Setembro de 2010 no Processo C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals Ltd e Akros Chemicals Ltd c. Comissão Europeia</i>
6	Sara Rodrigues/ 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, Bundeswettbewerbshbehörde v. Donau Chemie AG</i>
18	Nuno Calaim Lourenço	<i>The European Commission's Directive on Antitrust Damages Actions</i>
19	João Espírito Santo Noronha	<i>Litigância jurídico-privada e Direito da Concorrência – A Diretiva n.º 2014/104/UE, de 26 de novembro de 2014: divulgação de elementos de prova, efeitos das decisões nacionais, prazos de prescrição e responsabilidade solidária</i>
20-21	Marco Botta/Natalie Harsdorf	<i>The Judgement of the European Court of Justice in Kone: Any Real Added Value?</i>
22	Ricardo Alonso Soto	<i>La aplicación privada del Derecho de la competencia</i>
22	Antonio Robles Martín-Laborda	<i>La Directiva 2014/104/UE sobre daños antitrust y la configuración del Derecho español de daños</i>
22	Leonor Rossi/Miguel Sousa Ferro	<i>O “private enforcement” do direito da concorrência e o acesso a elementos de prova</i>
22	Antonio Davola	<i>Empowering consumers through competition: A study on the creation of a European antitrust claims market</i>
22	Vasil Savov	<i>Quel role du regroupement de creances indemnitaires par voie de cession pour la reparation du prejudice subi en raison d'infractions commises au droit de la concurrence ?</i>
26	Maria João Melícias	<i>The art of consistency between public and private antitrust enforcement: practical challenges in implementing the Damages Directive in Portugal</i>
26	Miguel Sousa Ferro	<i>Workshop consultivo sobre o anteprojeto de transposição da diretiva 2014/104/UE – Relatório Síntese</i>
26	Autoridade da Concorrência	<i>Enquadramento da consulta pública da proposta de anteprojeto de transposição da Diretiva Private Enforcement; Relatório sobre a consulta pública da proposta de anteprojeto de transposição da Diretiva Private Enforcement; Exposição de motivos anexa à Proposta de Anteprojeto submetida ao Governo; e Proposta de Anteprojeto de transposição da Diretiva Private Enforcement</i>

27-28	Maria Elisabete Ramos	<i>Situação do “private enforcement” da concorrência em Portugal</i>
31	Catarina Varajão Borges, Inês Neves, Ricardo Tavares & Tiago Monfort	<i>Sobre o prazo de prescrição e outros aspetos da Diretiva 2014/104/UE</i>
40	Guilherme Oliveira e Costa	<i>Otis: another brick in the wall of EU Competition Law’s private enforcement</i>

### *Nemo tenetur se ipsum accusare*

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	Paulo de Sousa Mendes	<i>As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem</i>
1	Helena Gaspar Martinho	<i>O direito ao silêncio e à não auto-incriminação nos processos sancionatórios do Direito da concorrência – Uma análise da jurisprudência comunitária</i>
1	Vânia Costa Ramos	<i>Nemo tenetur se ipsum accusare e concorrência – Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa</i>
1	Catarina Anastácio	<i>O dever de colaboração no âmbito dos processos de contra-ordenação por infração às regras de defesa da concorrência e o princípio nemo tenetur se ipsum accusare</i>
1	Augusto Silva Dias	<i>O direito à não-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários</i>
11-12	Diana Alfafar	<i>O dever de colaboração e o nemo tenetur se ipsum accusare no direito sancionatório da concorrência</i>
23-24	Angélica Rodrigues Silveira	<i>“Nemo tenetur se ipsum accusare” e o dever de colaboração: análise do caso Web c. Áustria da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos</i>
31	Tiago Costa Andrade	<i>Nemo tenetur se ipsum accusare: um novo olhar a partir do Direito da Concorrência, no sentido da sua extensão ao processo contra-ordenacional e às pessoas colectivas</i>
36	Marta Campos	<i>De novo o direito à não autoincriminação em processos de contraordenação por práticas restritivas da concorrência contra pessoas coletivas</i>

**Outros**

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	João Espírito Santo Noronha	<i>Algumas reflexões na perspectiva de uma reforma da Lei da Concorrência</i>
1	Luís Silva Morais	<i>Evolutionary Trends of EC Competition Law – Convergence and Divergence with US Antitrust Law in a Context of Economic Crisis</i>
5	Gonçalo Anastácio	<i>Aspectos normativos decisivos para a modernização do direito da concorrência em Portugal</i>
7-8	Fernando Herren Aguillar/ Diogo R. Coutinho	<i>A evolução da legislação antitruste no Brasil</i>
7-8	Vinícius Marques de Carvalho/Ricardo Medeiros de Castro	<i>Política industrial, campeões nacionais e antitruste sob a perspectiva brasileira: Uma avaliação crítica</i>
10	João Espírito Santo Noronha	<i>A aplicação no tempo do novo Regime Jurídico da Concorrência</i>
10	Paulo de Sousa Mendes	<i>O contencioso da concorrência: Balanço e perspetivas em função da reforma do direito da concorrência português</i>
19	Lúcio Tomé Feteira	<i>Entre eficiência e desenvolvimento: Reflexões sobre o Direito da Concorrência nos países em vias de desenvolvimento</i>
22	Francisco Portugal	<i>Impact of taxes on competition: the legal status quo in the European Union</i>
23-24	António Ferreira Gomes	<i>IV Conferência de Lisboa sobre Direito e Economia da Concorrência: discursos de abertura e de encerramento</i>
26	Miguel Moura e Silva	<i>As operações sobre valores mobiliários e o direito da concorrência</i>
27-28	Mary Catherine Lucey	<i>Economic crisis and competition law in Ireland and Portugal</i>
33-34	Peter Freeman	<i>Things are not what they were – Competition Law in a changing context</i>
33-34	Bruno de Zêzere Barradas	<i>Blockchain e Concorrência – Um novo horizonte de aplicação?</i>
33-34	Danilo Sérgio de Souza	<i>Direito da concorrência e inovação. O uso da tecnologia blockchain e possíveis implicações concorrenciais</i>
35	Marta Borges Campos	<i>Competition Law and the Competition, Regulation and Supervision Court</i>

35	Sofia Oliveira Pais	<i>Considerações de lealdade e equidade no direito da concorrência da União: breves reflexões</i>
35	Abel Mateus	<i>Portugal precisa de uma política de concorrência mais ativa</i>
35	António Ferreira Gomes	<i>Com concorrência todos ganhamos</i>
35	António Saraiva	<i>15 anos ao serviço da concorrência nos mercados</i>
35	Manuel Sebastião	<i>Concorrência. Um valor, uma lei, uma instituição, uma praxis</i>
35	Margarida Matos Rosa	<i>Direito à Concorrência</i>
35	Vasco Colaço	<i>Concorrência, Inovação digital e dados pessoais: os novos desafios das Autoridades de Concorrência</i>
36	José Luís da Cruz Vilaça	<i>Challenges to the judiciary in the enforcement of competition rules in the digital age</i>
36	María Ortiz	<i>Competition enforcement and advocacy in the financial sector in Spain</i>
36	Ana Patrícia Carvalho	<i>Competition compliance: a mudança do paradigma</i>
38	Carlos Pinto Correia	<i>A propósito dos dez anos do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência</i>
38	Margarida Matos Rosa	<i>Concorrência e política industrial</i>
38	Ana Ferreira Neves	<i>Impacto do e-commerce na política de concorrência</i>
39	Margarida Rosado da Fonseca	<i>Amendment of the Competition Act. Notes on past experience on the timing, milestones and scope</i>
39	Tânia Luísa Faria	<i>Review of the Portuguese Competition Act – The Seven Year Itch</i>
40	João Torres	<i>Opportunities and challenges</i>

## Concorrência – Práticas restritivas

### *Geral*

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
3	Cristina Camacho	<i>O sistema de competências paralelas e o princípio “non bis in idem”</i>
3	Ana Perestrelo de Oliveira / Miguel Sousa Ferro	<i>The sins of the son: parent company liability for competition law infringements</i>

9	Nuno Carroulo dos Santos	<i>Like running water? The Interplay Between Antitrust and Online Music Licensing</i>
10	Fernando Xarepe Silveiro	<i>O regime jurídico da clemência na nova Lei da Concorrência: Novas valências, novos desafios</i>
13	Stéphane Rodrigues	<i>Les services sociaux d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne</i>
18	Harry First/Spencer Weber Waller	<i>Antitrust's Democracy Deficit</i>
26	Francisco Hernández Rodríguez/José Antonio Rodríguez Miguez	<i>La aplicación descentralizada del derecho de la competencia: la experiencia española</i>
37	Francisco Marcos	<i>A desordem judicial e a defesa da concorrência</i>
38	Eduardo Maia Cadete	<i>Artigo 101.º, law in books, law in action e o mundo real</i>
38	João Pateira Ferreira	<i>Old classics die hard. A few comments on vertical restraints as object infringements</i>

### *Abuso de posição dominante*

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	João E. Gata/Jorge Rodrigues	<i>Uma perspectiva económica sobre abuso de posição dominante – A distribuição de gelados de impulso a nível europeu</i>
1	Miguel Moura e Silva	<i>A tipificação do abuso de posição dominante enquanto ilícito contra-ordenacional</i>
5	Ioannis Kokkoris	<i>Should the Dominance Test Have Been Changed?</i>
5	António Pedro Santos	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Fevereiro de 2011 no Processo C-52/09, Telia-Sonera (Abuso de posição dominante sob a forma de esmagamento de margens pela empresa TeliaSonera)</i>
6	Damien Neven/Hans Zenger	<i>Some remarks on pricing abuses and exclusionary conduct</i>
6	João Ilhão Moreira	<i>Preços predatórios: Encontros e desencontros de jurisprudência e pensamento económico</i>

7-8	Vicente Bagnoli	<i>Um balanço crítico do desenvolvimento da política de concorrência no Brasil nos últimos 15 anos e o início da repressão das condutas unilaterais – Abuso de posição dominante</i>
7-8	Carlos Emmannuel Joppert Ragazzo	<i>A eficácia jurídica da norma de preço abusivo</i>
9	Miguel Moura e Silva	<i>Os abusos de exploração sobre os consumidores: Uma revolução silenciosa no novo regime nacional de proibição do abuso de posição dominante?</i>
14-15	Konstantina Bania	<i>Abuse of dominance in online search: Google's special responsibility as the new bottleneck for content access</i>
14-15	Lucas Saretta Ferrari	<i>Google e o direito europeu da concorrência: abuso de posição dominante?</i>
29	Tânia Luísa Faria	<i>Direito da concorrência e big data: ponto da situação e perspectivas</i>
37	John Davies & Jorge Padilla	<i>Another look at the role of barriers to entry in excessive pricing cases</i>
38	Luís do Nascimento Ferreira	<i>Breve apontamento sobre os desafios das plataformas digitais em processos de abuso de posição dominante</i>

### *Restrições verticais*

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
4	Miguel Gorjão-Henriques / Miguel Sousa Ferro	<i>The latest reform of EU Competition Law on Vertical Restraints</i>
4	Laurence Idot	<i>La pratique de l'Autorité française de concurrence en matière de restrictions verticales</i>
4	Ioannis Lianos	<i>Upfront access payment, category management and the new regulation of vertical restraints in EU Competition Law: importing the retail side of the story</i>
5	Jean-François Bellis	<i>The new EU rules on vertical restraints</i>
7-8	Paula Vaz Freire	<i>O poder de compra e as restrições verticais determinadas pela procura</i>



7-8	Nuno Cunha Rodrigues	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de outubro de 2011, nos Processos C-403/08 e C429/08, Murphy Football Association Premier League Ltd e o. / QC Leisure e o. e Karen Murphy / Media Protection Services Ltd</i>
33-34	Francisco Espregueira Mendes, Leyre Prieto & Daniela Cardoso	<i>Da natureza das restrições à concorrência nos acordos de distribuição seletiva: a influência de Coty Prestige no comércio eletrónico</i>
37	Tânia Luísa Faria, Maria Francisca Couto e Francisco Chilão Rocha	<i>Comércio eletrónico e restrições verticais da concorrência: regresso ao futuro?</i>

### *Restrições horizontais*

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	João Matos Viana	<i>Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Julho de 2008 – Processo T-99/04 (Os conceitos de autor e cúmplice de uma infração ao artigo 81.º TCE)</i>
2	João Pateira Ferreira	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Junho de 2009 (3.ª secção) no Processo C-8/08, T-Mobile Netherlands BV e o. c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (Práticas concertadas entre empresas, trocas de informações e infrações concorrenciais por objecto e/ou por efeito)</i>
4	Arianna Andreangeli	<i>Modernizing the approach to article 101 TFEU in respect to horizontal agreements: has the Commission's interpretation eventually “come of age”?</i>
4	Silke Obst / Laura Stefanescu	<i>New block exemption regulation for the insurance sector – main changes</i>
6	Donald I Baker/Edward A. Jesson	<i>Adam Smith, modern networks and the growing need for antitrust rationality on competitor cooperation</i>
6	Luís D. S. Morais	<i>The New EU Framework of Horizontal Cooperation Agreements</i>
6	Fernando Pereira Ricardo	<i>As infrações pelo objecto do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia na jurisprudência da União Europeia</i>
6	Cristina Camacho/Jorge Rodrigues	<i>Using Economic Evidence in Cartel Cases: A Portuguese Case Study</i>

6	João Pateira Ferreira	<i>A aplicação da Lei da Concorrência às decisões de associações de empresas na jurisprudência do Tribunal do Comércio de Lisboa</i>
13	Imelda Maher	<i>The New Horizontal Guidelines: Standardisation</i>
13	Margarida Caldeira	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de fevereiro de 2013, no Processo C-1/12, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas v. Autoridade da Concorrência – Aplicação das regras de concorrência a ordens profissionais</i>
16	Margarida Caldeira	<i>Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de janeiro de 2014 e Decisão Sumária do Tribunal Constitucional de 21 de maio de 2014, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas contra Autoridade da Concorrência</i>
18	João Cardoso Pereira	<i>Judgment of the Court (Third Chamber) of 11 September 2014, Groupement des cartes bancaires (CB) v European Commission (Groupement des Cartes Bancaires: Reshaping the Object Box)</i>
19	Margarida Caldeira	<i>Acórdão do Tribunal Constitucional de 16 de Dezembro de 2014, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas contra Autoridade da Concorrência – Aplicação das regras de concorrência a ordens profissionais e foro competente</i>
33-34	Angelo Gamba Prata de Carvalho	<i>Os contratos associativos no direito da concorrência brasileiro</i>
33-34	Marcela Lorenzetti	<i>Contratos associativos no transporte marítimo: análise de VSAs no Brasil</i>
35	Bernardo Sarmento & Jorge Padilla	<i>Another look at the competitive assessment of information exchanges amongst competitors in EU Competition Law</i>
36	Richard Whish	<i>Hub and spoke concerted practices</i>
37	João Miranda Poças	<i>O enquadramento da figura hub-and-spoke na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e dos tribunais britânicos</i>
39	João E. Gata	<i>Controlling Algorithmic Collusion: Short Review of the Literature, Undecidability, and Alternative Approaches</i>
41	Nuno Alexandre Pires Salpico	<i>As restrições à concorrência nas plataformas de cartões de pagamento através das interchange fees</i>

---

**Concorrência – Controlo de concentrações**

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	António Gomes	<i>Minority Shareholders and Merger Control in Portugal</i>
2	Carlos Pinto Correia / António Soares	<i>Tender offers and merger control rules</i>
4	Fernando Pereira Ricardo	<i>A aquisição de participações ou de ativos da empresa insolvente e o conceito de concentração de empresas</i>
5	Miguel Mendes Pereira	<i>Natureza jurídica e função de compromissos, condições e obrigações no controlo prévio de concentrações</i>
7-8	Pedro Costa Gonçalves	<i>Controlo de concentração de empresas no direito português (uma visão jus-administrativista)</i>
7-8	Ana Paula Martinez	<i>Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil</i>
10	Luis Ortiz Blanco/ Alfonso Lamadrid de Pablo	<i>Del test de posición dominante al test OSCE (Historia y evolución de los criterios de prohibición y autorización de las concentraciones entre empresas en el Derecho europeo, 1989 – 2004)</i>
31	Maria Teresa Capela	<i>Controlo de concentrações e o n.º 14 do artigo 145.º-N do RGICSF: uma exceção à obrigação de notificação prévia?</i>
33-34	Daniela Cardoso	<i>Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 7 de setembro de 2017, processo C-248/16</i>
35	Carlos Oliveira Cruz & Joaquim Miranda Sarmento	<i>A fusão da Estradas de Portugal com a REFER: o caso da integração do operador rodoviário com o operador ferroviário</i>
36	Ricardo 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>

---

## Concorrência – Auxílios de Estado

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
3	Piet Jan Slot	<i>The credit crisis and the Community efforts to deal with it</i>
3	Manuel Porto / João Nogueira de Almeida	<i>Controlo negativo, controlo positivo ou ambos?</i>
3	António Carlos dos Santos	<i>Crise financeira e auxílios de Estado – risco sistémico ou risco moral?</i>
3	Ana Rita Gomes de Andrade	<i>As energias renováveis – Uma luz verde aos auxílios de Estado?</i>
3	Marco Capitão Ferreira	<i>Decisão da Comissão Europeia relativa à garantia estatal concedida pelo Estado português ao Banco Privado Português</i>
11-12	Alexandra Amaro	<i>Auxílios de Estado e contratos públicos: Os limites do concurso</i>
17	Ricardo Pedro	<i>Auxílios de minimis 2014-2010: notas à luz do Regulamento (UE) n.º 1407/2013</i>
20-21	João Zenha Martins	<i>Consultoria em inovação e o redesenho dos apoios ao emprego e à formação no Regulamento (UE) n.º 651/2014</i>
27-28	Edmilson Wagner dos Santos Conde	<i>Poderão as decisões dos órgãos jurisdicionais que atribuem indemnizações constituir auxílios de Estado?</i>

27-28	Luis Seifert Guincho	<i>State aid and systemic crises: appropriateness of the European State aid regime in managing and preventing systemic crises</i>
27-28	Mariana Medeiros Esteves	<i>Os auxílios de Estado sob a forma fiscal e o combate da concorrência fiscal prejudicial na União Europeia</i>
27-28	Ricardo Quintas	<i>A incongruência judicativa de uma deliberação positiva de compatibilidade de um auxílio de Estado não notificado</i>
42-43	Miguel Mendes Pereira & Carla Marcelino	<i>Regras sobre auxílios de estado em tempos pandémicos: flexão ou torção?</i>

## Financeiro e bancário

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
2	René Smits	<i>Europe's Post-Crisis Supervisory Arrangements – a Critique</i>
2	José Nunes Pereira	<i>A caminho de uma nova arquitetura da supervisão financeira europeia</i>
2	Pedro Gustavo Teixeira	<i>The Evolution of Law and Regulation and of the Single European Financial Market until the Crisis</i>
2	Paulo de Sousa Mendes	<i>How to deal with transnational market abuse? – the Citigroup case</i>
2	Luís Máximo dos Santos	<i>A reforma do modelo institucional de supervisão dos setores da banca e dos seguros em França</i>
2	José Renato Gonçalves	<i>A sustentabilidade da zona euro e a regulação do sistema financeiro</i>
2	Paulo Câmara	<i>“Say on Pay”: o dever de apreciação da política remuneratória pela assembleia geral</i>
3	Nuno Cunha Rodrigues	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de julho de 2010 (1.ª secção) no Processo C-171/08 – Comissão c. Portugal (Crónica de uma morte anunciada?)</i>
7-8	Paulo de Sousa Mendes	<i>A derrogação do segredo bancário no processo penal</i>
7-8	Felipe Hochscheidt Kreutz	<i>O segredo bancário no processo penal</i>
7-8	Madalena Perestrelo de Oliveira	<i>As alterações ao Regime Geral das Instituições de Crédito: o fim da era do sigilo bancário?</i>

- 9 Luís Guilherme Catarino *A “agencificação” na regulação financeira da União Europeia: Novo meio de regulação?*
- 9 Luís Máximo dos Santos *O novo regime jurídico de recuperação de instituições de crédito: Aspectos fundamentais*
- 9 Ana Pascoal Curado *As averiguações preliminares da CMVM no âmbito da luta contra a criminalidade financeira: Natureza jurídica e aplicação do princípio nemo tenetur*
- 9 Miguel Brito Bastos *Scalping: Abuso de informação privilegiada ou manipulação de mercado?*
- 11-12 Helena Magalhães Bolina *O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados no mercado de valores mobiliários*
- 11-12 Vinicius de Melo Lima *Ações neutras e branqueamento de capitais*
- 13 Bernardo Feijoo Sánchez *El Derecho Penal Español frente a fraudes bursátiles transnacionales – ¿Protege el derecho penal del mercado de valores los mercados financieros internacionales?*
- 14-15 Bernardo Feijoo Sánchez *Imputación objetiva en el derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares*
- 17 Joseph Dale Mathis *European Payment Services: How Interchange Legislation Will Shape the Future of Retail Transactions*
- 18 José Gonzaga Rosa *Shadow Banking – New Shadow Entities Come to Light*
- 18 Pedro Lobo Xavier *Das medidas de resolução de instituições de crédito em Portugal – análise do regime dos bancos de transição*
- 18 Sofia Brito da Silva *A notação de risco da dívida soberana: O exercício privado de um serviço de interesse público*
- 20-21 Pablo Galain Palermo *Lavado de activos en Uruguay: una visión criminológica*
- 20-21 Sérgio Varela Alves *Da participação da Banca em Sociedades não Financeiras: Mais do que allfinance*
- 20-21 Rute Saraiva *Um breve olhar português sobre o modelo de supervisão financeira em Macau*
- 20-21 Luís Pedro Fernandes *Dos sistemas de Microcrédito na Lusofonia: Problemas e soluções*

20-21	Daniela Pessoa Tavares	<i>O segredo bancário na legislação bancária de Angola, Cabo Verde e Moçambique</i>
20-21	Raluca Ghiurco	<i>As instituições de supervisão financeira em Moçambique</i>
20-21	Francisco Mário	<i>Supervisão bancária no sistema financeiro Angolano</i>
20-21	Catarina Balona/João Pedro Russo	<i>O Banco de Cabo Verde – Principais aspetos orgânicos e funcionais</i>
20-21	José Gonzaga Rosa	<i>União Económica e Monetária da África Ocidental: uma boa ideia, com uma execução pobre</i>
20-21	Tiago Larsen	<i>Regulação bancária na Guiné-Bissau</i>
23-24	Luís Guilherme Catarino	<i>“Fit and Proper”: o controlo administrativo da idoneidade no sector financeiro</i>
23-24	Margarida Reis	<i>A idoneidade dos membros dos órgãos de administração e fiscalização das instituições de crédito</i>
23-24	Inês Serrano de Matos	<i>“Debt finance”: as obrigações como engodo do investidor e a informação externa como um meio de tutela daquele</i>
23-24	João Andrade Nunes	<i>Os deveres de informação no mercado de valores mobiliários: o prospeto</i>
23-24	João Vieira dos Santos	<i>A união dos mercados de capitais e o Sistema Europeu de Supervisão Financeira</i>
27-28	Bruno Miguel Fernandes	<i>A garantia de depósitos bancários</i>
29	Álvaro Silveira de Meneses	<i>Leading the way through: the role of the European Central Bank as pendulum, shield and supervisor of the euro area</i>
31	Miguel da Câmara Machado	<i>Problemas, paradoxos e principais deveres na prevenção do branqueamento de capitais</i>
33-34	Katerina Lagaria	<i>Towards a single capital markets supervisor in the EU: the proposed extension of ESMA’s supervisory powers</i>
33-34	Ivana Souto de Medeiros	<i>A resolução bancária e a salvaguarda do erário público na União Europeia: do bail-out ao bail-in</i>
33-34	Lucas Catharino de Assis	<i>A liberdade de circulação de capitais e a necessidade de se garantir a eficácia dos controlos fiscais nas situações envolvendo Estados terceiros</i>
33-34	Frederico Machado Simões	<i>Sobre o novo regime do concurso de infrações no Código dos Valores Mobiliários e o Princípio do Ne Bis in Idem</i>
39	Lara Tobías Peña, José Luís Rodríguez López & Pedro Hinojo González	<i>Fintech and its Implications for Competition and Regulation</i>

40	Luís Guilherme Catarino	<i>Ofertas Públicas de Criptomoedas: FinTech, Tokens, Smart Contracts, Blockchain, and all that jazz...</i>
40	Armando Sumba	<i>A Regulação e Supervisão de Instituições de Microfinanças na África Ocidental</i>
41	Joana Vaz Baptista	<i>A adoção de sanções pecuniárias compulsórias pelo Banco Central Europeu no âmbito do Mecanismo Único de Supervisão</i>

---

## Seguros

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
25	Catarina Baptista Gomes	<i>Os danos indemnizáveis no seguro financeiro</i>
25	Celina Isabel Dias Videira	<i>O seguro de responsabilidade civil profissional dos advogados</i>
25	Miguel Duarte Santos	<i>O beneficiário nos seguros de pessoas</i>
36	Maria Elisabete Ramos	<i>Distribuição de seguros, proteção do cliente e arbitragem regulatória</i>

---

## Comunicações eletrónicas

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
7-8	Ana Amante/João Vareda	<i>Switching Costs in the Portuguese Telecommunications Sector: Results from a Customer Survey</i>
11-12	Ana Proença Coelho	<i>Entre o dever de colaborar e o direito de não se autoinculpar: O caso da supervisão do ICP-ANACOM</i>
14-15	Manuel da Costa Cabral	<i>A governação da Internet e o posicionamento de Portugal</i>
14-15	Marta Moreira Dias	<i>Perspetiva sobre os 25 anos da Internet em .pt</i>
14-15	Victor Castro Rosa	<i>Digital Piracy and Intellectual Property Infringement: role, liability and obligations of Internet Service Providers. The evolution of European Case-Law</i>
14-15	David Silva Ramalho	<i>A investigação criminal na dark web</i>
19	João Confraria	<i>Perspetivas de mudança na regulação das comunicações</i>

---



## Energia

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
11-12	Miguel Sousa Ferro	<i>Nuclear Law at the European Court in the 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>

## Saúde

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
10	Olívio Mota Amador	<i>Desafios da regulação da saúde em Portugal nos tempos de crise</i>
30	Sofia Nogueira da Silva, Nuno Castro Marques & Álvaro Moreira da Silva	<i>O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: visão da regulação em saúde</i>
42-43	Joaquim Miranda Sarmento & Diogo Nunes da Silva	<i>A eficiência dos hospitais em regime PPP em Portugal</i>

## Autoridades Reguladoras e Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
3	João Confraria	<i>Falhas do Estado e regulação independente</i>
6	Jorge André Carita Simão	<i>A responsabilidade civil das autoridades reguladoras</i>
7-8	Victor Calvete	<i>Entidades administrativas independentes: Smoke &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 *Uma análise económica da Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras Independentes*
- 17 Luis Guilherme Catarino *O Novo Regime da Administração Independente: Quis custodiet ipsos custodes?*
- 17 Tânia Cardoso Simões *Entidades reguladoras: Um ano de Lei-Quadro*
- 29 Nuno Cunha Rodrigues & Rui Guerra da Fonseca *O quadro da responsabilidade civil extracontratual das entidades reguladoras do setor financeiro*
- 30 Francisca Van Dunem *Prefácio ao dossier especial comemorativo do 5.º aniversário do TCRS*
- 30 Carla Câmara *Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: quo vadis?*
- 30 Fernando Oliveira Silva & Fernando Batista *A regulação dos setores da construção, do imobiliário e dos contratos públicos*
- 30 Luís Miguel Caldas, Marta Borges Campos, Alexandre Leite Baptista & Anabela Morão de Campo *Âmbito e desafios do controlo jurisdicional do Tribunal da Concorrência Regulação e Supervisão: a vida íntima dos processos*
- 30 Miguel Sousa Ferro *Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: uma análise jurídico-económica no seu 5.º aniversário*
- 30 Pedro Marques Bom & Ana Cruz Nogueira *Cinco anos, cinco desafios*
- 30 Pedro Portugal Gaspar & Helena Sanches *Deverão os recursos de todas as decisões contraordenacionais adotadas pela ASAE caírem na jurisdição do TCRS?*
- 30 Ricardo Gonçalves & Ana Lourenço *Uma proposta de avaliação de impacto da criação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão*
- 30 Sofia Nogueira da Silva, Nuno Castro Marques & Álvaro Moreira da Silva *O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: visão da regulação em saúde*
- 33-34 Raúl Vieira da Silva *A independência orçamental das entidades reguladoras à luz da nova lei-quadro*
- 33-34 Miguel Pena Machete & Catarina Pinto Xavier *Autoridade da Concorrência – dividir para reinar?*
- 33-34 Vicente Bagnoli *Business strategies to improve antitrust compliance in Brazil and the approach of CADE to advocacy: the Car Wash investigation*

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>

## Regulação do comércio e concorrência desleal

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
2	Jaime Andrez	<i>Propriedade Industrial e concorrência – uma leitura económica da sua inevitável complementaridade</i>
6	Deolinda de Sousa	<i>O alinhamento de preços nas vendas com prejuízo</i>
7-8	Peter Freeman	<i>The UK experience: The Grocery Supply Code of Practice</i>

## Contratação pública

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
19	António Ferreira Gomes/ Ana Sofia Rodrigues	<i>Enhancing Efficiency in Public Procurement in Portugal: An Overview of the Relevant Competition Issues</i>
19	Nuno Cunha Rodrigues	<i>O princípio da concorrência nas novas diretivas sobre contratação pública</i>
19	Raquel Carvalho	<i>As novas Diretivas da Contratação Pública e a tutela da concorrência na execução dos contratos públicos</i>
27-28	Pedro Matias Pereira	<i>O dever de resolver contratos públicos</i>
27-28	Luís Almeida	<i>A Contratação Pública Verde no quadro da nova Diretiva 2014/24/UE</i>
29	Isabel Andrade & Joaquim Miranda Sarmento	<i>Uma análise contratual às renegociações das PPP e concessões no setor das águas em Portugal</i>
32	Nuno Cunha Rodrigues	<i>Contratação Pública e concorrência: de mãos dadas ou de costas voltadas?</i>
38	Fernando Batista	<i>Apresentação de propostas, num mesmo procedimento concorrencial, por operadores económicos ligados entre si</i>

## Direito contraordenacional e processual penal

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
7-8	Luís Greco	<i>Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?</i>
9	Ricardo Oliveira Sousa	<i>A comunicabilidade da prova obtida em direito processual penal para o processo contraordenacional</i>
10	André Mauro Lacerda Azevedo	<i>Bribery Act 2010: Um novo paradigma no enfrentamento da corrupção</i>
13	André Paralta Areias	<i>O valor do princípio da presunção de inocência no novo regime da indemnização por indevida privação da liberdade</i>
13	Tiago Geraldo	<i>A reabertura do inquérito (ou a proibição relativa de repetição da ação penal)</i>
14-15	Miguel Prata Roque	<i>O Direito Sancionatório Público enquanto bissetriz (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo – a pretexto de alguma jurisprudência constitucional</i>

14-15	Milene Viegas Martins	<i>A admissibilidade de valoração de imagens captadas por particulares como prova no processo penal</i>
16	Érico Fernando Barin	<i>Alargar a perda alargada: O projeto Fenix</i>
16	José Danilo Tavares Lobato	<i>Um panorama da relação entre abuso e direito, ações neutras e lavagem de dinheiro</i>
16	Mafalda Melim	<i>Standards de prova e grau de convicção do julgador</i>
16	David Silva Ramalho	<i>O uso de malware como meio de obtenção de prova em processo penal</i>
16	Catiuce Ribas Barin	<i>A valoração das gravações de áudio produzidas por particulares como prova no processo penal</i>
16	José Neves da Costa	<i>Do aproveitamento em processo penal das provas ilicitamente obtidas por particulares – O caso BCP</i>
16	Catarina Abegão Alves	<i>Agente infiltrado ou provocador? Um problema de proibição de prova à luz do caso Teixeira de Castro v. Portugal</i>
23-24	Stephen Mason	<i>Towards a global law of electronic evidence? An exploratory essay</i>
23-24	Daniel Diamantaras de Figueiredo	<i>O direito ao confronto e o caso Al-Kharwaja 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	Antonietta Nóbrega	<i>O jornalista assistente no processo penal português</i>

29	Joana Geraldo Dias	<i>A consagração de um novo paradigma na ordem jurídica: a divisão bipartida dos dados relativos às comunicações eletrónicas</i>
29	Sónia Cruz Lopes	<i>Interceção de comunicações para prova dos crimes de injúrias, ameaças, coação, devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego cometidos por meio diferente do telefone</i>
31	Nivaldo Machado Filho	<i>O agente infiltrado em duelo com o contraditório: aspectos críticos de seu relatório e depoimento</i>
32	Enrico Sanseverino	<i>O crime de corrupção no sector privado e o seu tratamento em uma perspectiva internacional em face dos interesses tutelados</i>
42-43	José Francisco Veiga	<i>O acórdão n.º 123/2018 do Tribunal Constitucional e as suas declarações de voto: breves notas ao efeito da impugnação das decisões contra ordenacionais de entidades reguladoras</i>

---

## Ambiente

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
2	José Danilo Tavares Lobato	<i>Princípio da subsidiariedade do Direito Penal e a adoção de um novo sistema jurídico na tutela ambiental</i>
5	António Sequeira Ribeiro	<i>A revisão da lei de bases do ambiente (algumas notas sobre a vertente sancionatória)</i>
5	Heloísa Oliveira	<i>Eficácia e adequação na tutela sancionatória de bens ambientais</i>
5	José Danilo Tavares Lobato	<i>Acessoriedade administrativa no direito penal do ambiente e os riscos para o princípio da legalidade</i>
5	Annette Bongardt/João E. Gata	<i>Competition Policy and Environmental Protection: a critical overview</i>
5	Giulio Federico	<i>Climate Change and Environmental Policies in the European Electricity Sector</i>

---

## Transportes

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
26	João E. Gata	<i>A economia de partilha</i>
26	Joana Campos Carvalho	<i>Enquadramento jurídico da atividade da Uber em Portugal</i>
30	João Carvalho & Eduardo Lopes Rodrigues	<i>Regulação económica independente no ecossistema da mobilidade e dos transportes</i>
33-34	Carlos Oliveira Cruz & Joaquim Miranda Sarmento	<i>Concorrência e regulação na privatização dos aeroportos num contexto de finanças públicas sob stress: uma análise das motivações do governo e dos investidores</i>

## Artigos transversais e outros

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	Manuel Sebastião	<i>The Portuguese Competition Authority and the Portuguese Competition and Regulation Journal – A meeting of the minds</i>
1	Eduardo Paz Ferreira	<i>Em torno da regulação económica em tempos de mudança</i>
16	Nuno Sousa e Silva	<i>The proposed Directive on multi-territorial licensing for online music – Is competition a good idea?</i>
20-21	Miguel da Câmara Machado	<i>“Corrupção: denuncie aqui” – vale tudo no combate à corrupção?</i>
22	Paulo Alves Pardal	<i>O acidentado percurso da Constituição Económica Portuguesa</i>
32	Miguel Moura e Silva e Manuel Cabugueira	<i>The competition impact of extending the activity of waste and water management concessionaires to competitive markets</i>
35	Carlos Pinto de Abreu	<i>Breves notas sobre segurança da informação, acesso a dados e privacidade</i>
38	Luís Catarino	<i>Segredos da Administração: segredos de supervisão e de sanção</i>
42-43	Miguel Pena Machete & Marlene Sennewald Sippel	<i>Crise do princípio da primazia do direito da União Europeia: algumas considerações sobre o acórdão do Tribunal Constitucional Alemão de 5 de maio de 2020</i>





## 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:** Margarida Matos Rosa/Eduardo Paz Ferreira

### Membros:

António Avelãs Nunes

António Ferreira Gomes

António Menezes Cordeiro

Augusto Silva Dias

Barry Hawk

Bernardo Feijóo Sánchez

Bo Vesterdorf

Carlos Pinto Correia

David Gerber

Diogo Rosenthal Coutinho

Donald Baker

Douglas Rosenthal

Eleanor Fox

Fernando Borges Araújo

Fernando Herren Aguillar

Francisco Marcos

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/Nuno Cunha Rodrigues

#### CONSELHO DE REDAÇÃO

**Presidente:** Ricardo Bayão Horta

#### **Comissão Coordenadora:**

Cristina Camacho  
Fernando Pereira Ricardo  
João Cardoso Pereira  
José Renato Gonçalves

Luís Vale Lima  
Nazaré da Costa Cabral  
Ricardo Bayão Horta  
Vítor Miguel Lourenço

#### **Editores:**

*Concorrência – Questões gerais, europeu e comparado*  
Carlos Pinto Correia/João E. Gata

*Concorrência – Práticas restritivas*  
Fernando Xarepe Silveiro/João Pateira Ferreira

*Concorrência – Auxílios de Estado*  
Miguel Mendes Pereira/António Carlos dos Santos/Marco Capitão Ferreira

*Concorrência – Concentrações*  
Margarida Rosado da Fonseca

*Autoridades reguladoras*  
João Miranda

*Direito contraordenacional e processual penal*  
Teresa Quintela de Brito/João Matos Viana/Vânia Costa Ramos

*Economia*

António Pedro Santos/Jorge Rodrigues/Paulo Gonçalves

*Água e resíduos*

João Miranda

*Ambiente*

Carla Amado Gomes

*Aviação civil*

António Moura Portugal

*Comércio, consumo e concorrência desleal*

Teresa Moreira

*Contratação pública*

Nuno Cunha Rodrigues

*Energia*

Gonçalo Anastácio

*Financeiro*

Rute Saraiva/Hugo Moredo Santos

*Transportes terrestres e marítimos*

Tânia Cardoso Simões

*Saúde*

Nuno Castro Marques

*Direito contraordenacional e processual penal*

Teresa Quintela de Brito/João Matos Viana/Vânia Costa Ramos

*Direito probatório*

Rui Soares Pereira/David Silva Ramalho

**C&R**