

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 XV • NÚMERO/No 53
JANEIRO/JANUARY • JUNHO/JUNE 2024
PERIODICIDADE SEMESTRAL/SEMESTER



INSTITUTO
DE DIREITO
ECONÓMICO
FINANCEIRO
E FISCAL FDL



Autoridade da
Concorrência

REVISTA
DE CONCORRÊNCIA
E REGULAÇÃO

ANO XV • NÚMERO 53
JANEIRO – JUNHO 2024

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

Direção/Editorial Chairs

ANA SOFIA RODRIGUES • MIGUEL SOUSA FERRO

Presidência do Conselho Científico/Scientific Council Chairs

EDUARDO PAZ FERREIRA • NUNO CUNHA RODRIGUES

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

RICARDO BAYÃO HORTA • FILIPA CALADO LOPES CASTANHEIRA

Conselho Consultivo/Advisory Board

JOÃO E. GATA



INSTITUTO
DE DIREITO
ECONÓMICO
FINANCEIRO
E FISCAL FDL



Autoridade da
Concorrência

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

Ano XV • Número 53

janeiro – junho 2024

DIRETORES

ANA SOFIA RODRIGUES

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 DE REDAÇÃO/EDITOR

Avenida de Berna, 19

1050-037 Lisboa

EXECUÇÃO GRÁFICA

UNDO, L.^{DA}

Estrada do Algueirão, 64

2725-019 Mem-Martins

DEZEMBRO 2024

N.º DE REGISTO NA ERC

126126

ESTATUTO EDITORIAL

http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Paginas/Revista-CR.aspx

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

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

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

ÍNDICE

- 9 EDITORIAL
- 11 DOUTRINA
- 11 **Doutrina geral**
- 13 Nuno Cunha Rodrigues – *O regime de proteção de informação confidencial na lei da concorrência*
- 35 Evelyne Ameye – *How collateral effects of competition law enforcement occasionally impede a full attainment of competition law goals.*
- 47 Tânia Luísa Faria, Afonso Marques dos Santos, Maria de São José Bogalho – *When a concentration is a restrictive practice: the road ahead and lessons learnt*
- 75 Filipe Matias Santos e Gonçalo Le Terrien Fragoso – *Panorama sobre o redesenho do mercado elétrico europeu*
- 109 Gonçalo Sá Gomes – *Auxílios de estado e o critério da seletividade regional*
- 139 JURISPRUDÊNCIA GERAL
- 141 Jurisprudência de concorrência da União Europeia – janeiro a junho de 2024
- 151 **Notas Curriculares**
- 157 **Índice consolidado por temas**
- 185 **Colaboração com a Revista de Concorrência e Regulação**
- 187 **Órgãos Sociais**

EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

Ana Sofia Rodrigues

Miguel Sousa Ferro

Este número da Revista de Concorrência & Regulação junta temas de direito da concorrência e de regulação da energia.

Nuno Cunha Rodrigues contribui com um artigo académico sobre o regime da proteção de informação confidencial na lei da concorrência e o modo como este tem vindo a ser implementado pela Autoridade da Concorrência (numa lógica de *public enforcement*). Este tema continua a ter um enorme peso nos processos contraordenacionais, apesar dos inúmeros progressos legais, jurisprudenciais e de prática administrativa e *soft-law* feitos, como se descreve.

Evelyne Ameye discute uma questão na interseção entre o direito e a política de concorrência. Com base em casos de estudo espanhóis,

This issue of the Revista de Concorrência & Regulação brings together topics of Competition Law and of Energy Regulation Law.

Nuno Cunha Rodrigues contributes with an academic paper on the regime on the protection of confidential information in the Competition Act and the way in which this has come to be implemented by the Portuguese Competition Authority (from a public enforcement perspective). This topic continues to weigh very heavily in administrative proceedings, despite the countless steps forward in law, case-law, administrative practice and soft law, as described.

Evelyne Ameye discusses an issue at the intersection between competition law and policy. On the basis of Spanish

a Autora argumenta que a maneira como se faz, por vezes, o *public enforcement* da concorrência leva a efeitos colaterais indesejáveis e contrários aos objetivos da política de concorrência e, especificamente, à redução da concorrência no mercado.

Tânia Luísa Faria, Afonso Marques dos Santos e Maria de São José Bogalho dão sequência às discussões nas páginas desta Revista sobre o alargamento do leque de meios de controlo de concentrações entre empresas, nomeadamente decorrente da preocupação com as ditas “killer acquisitions”. Com tantas mudanças e inovações, este artigo permite uma visão de conjunto. Os autores debatem e deixam sugestões sobre como alcançar maior segurança jurídica.

Filipe Matias Santos e Gonçalo Le Terrien Fragoso descrevem e analisam a mais recente reforma da regulação do mercado elétrico europeu, nascida, sobretudo, das lições aprendidas com a crise criada pela invasão da Ucrânia pela Rússia.

Gonçalo Sá Gomes regressa à sempre problemática temática (sobretudo em Portugal) do critério da seletividade regional para identificação de auxílios de Estado ao abrigo do artigo 107.º do TFUE.

case studies, the Author argues that the way in which public enforcement has, on occasion, been carried out has led to collateral effects which are undesirable and contrary to the objectives of competition policy and, specifically, to the reduction of competition on the market.

Tânia Luísa Faria, Afonso Marques dos Santos and Maria de São José Bogalho continue the ongoing discussions in the pages of this Journal on the broadening of the range of means of controlling concentrations between undertakings, namely arising from the concerns with so-called “killer acquisitions”. With so many changes and innovations, this article allows for an ensemble view. The authors debate and provide some suggestions on how to achieve greater legal certainty.

Filipe Matias Santos and Gonçalo Le Terrien Fragoso describe and analyse the most recent reform of the regulation of the European electricity market, born, most of all, from the lessons learned from the crisis created by the invasion of Ukraine by Russia.

Gonçalo Sá Gomes returns to the always problematic issue (particularly in Portugal) of the criterion of regional selectivity in order to identify State aid under article 107 TFEU.

C&R

DOCTRINA

Doutrina geral

O REGIME DE PROTEÇÃO DE INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL NA LEI DA CONCORRÊNCIA

*Nuno Cunha Rodrigues**

ABSTRACT *This article outlines the protection of confidential information by the Portuguese Competition Authority. It aims to provide a comprehensive description of its framework and significance in the context of the implementation of the Portuguese Competition Law.*

SUMÁRIO 1. O dever de sigilo das entidades reguladoras: enquadramento geral. 2. O dever de sigilo da AdC. 3. O tratamento de confidencialidades pela AdC. 3.1. Segredo de negócio. 3.2. O âmbito de proteção do segredo de negócio e os seus limites. 3.3. A classificação de documentação no contexto geral da atividade da AdC. 3.4. Instrução de processos relativos à aplicação da Lei da Concorrência.

KEY-WORDS Antitrust Law, Law Enforcement, Compliance, Legal Procedure

1. O DEVER DE SIGILO DAS ENTIDADES REGULADORAS: ENQUADRAMENTO GERAL

A regulação de sectores de atividade económica surge, tradicionalmente, em consequência da verificação de falhas de mercado e da consequente necessidade de intervenção pública em ordem a atenuá-las ou eliminá-las.

Existem diferentes falhas de mercado que podem motivar abordagens distintas por parte dos reguladores¹. Estão em causa falhas tão diversas como a informação assimétrica – que motiva a regulação no sector segurador ou dos

* Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. As opiniões expressas no presente artigo são emitidas a título pessoal e não vinculam qualquer entidade na qual o autor desempenhe funções. O presente artigo corresponde, em larga medida, ao texto publicado no livro organizado por Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Eurico Bitencourt Neto (eds.), *Em Nome da Transparência no Direito Administrativo: Um diálogo Luso-Brasileiro*, Almedina, Coimbra, 2023, pp. 265-286.

1 Descrevendo diversas falhas de mercado no sector da saúde e a forma como são colmatadas pela Entidade Reguladora da Saúde, cfr. Rodrigues, 2009: 613-651.

valores mobiliários – o risco sistémico – que justifica a necessidade de ser evitado ou prevenido através da supervisão prudencial (micro e macro) exercida pelo Banco de Portugal – ou a transição de sectores monopolizados para sectores liberalizados – como ocorreu no sector energético e no sector das comunicações móveis –, que determinam a específica regulação económica existente em certos sectores e, bem assim, justificam a existência de entidades reguladoras competentes para exercer a função regulatória.²

Nem sempre é fácil distinguir qual a específica tarefa regulatória prosseguida, em particular no que se refere à distinção entre regras técnicas, económicas e de concorrência.

As primeiras – regras técnicas – compreendem todas as que se destinam a assegurar a compatibilidade entre equipamentos e sistemas; a garantir a segurança, a proteção da privacidade de dados ou a preservar o ambiente.

A regulação económica, de forma diversa, diz respeito ao conjunto de medidas destinadas a colmatar falhas de mercado, que alicerçam a intervenção económica pública indireta.³

Por fim, a regulação da concorrência visa permitir a adoção de medidas (a) pró-ativas destinadas a promover, *ex-ante*, a concorrência e a estimular o funcionamento das regras de mercado (o que pode ser feito pelos reguladores sectoriais ou através da avaliação periódica dos mercados, bem como do regime de controlo prévio de concentrações), ou (b) reativas, relativas a práticas coletivas ou individuais que distorçam a concorrência, sendo, portanto, *ex-post* (*verbi gratia* acordos entre empresas, decisões de associação de empresas, práticas concertadas ou ainda abusos de posição dominante).

Estas formas de regulação são prosseguidas por entidades que estão genericamente abrangidas pela lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo aprovada em 2013: a Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto⁴.

2 V. Rodrigues & Fonseca, 2017: 71-106.

3 V. Rodrigues, 2017: S09-S16.

4 Esta Lei surgiu na decorrência do Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica, assinado pelo Governo português, em 17 de maio de 2011. Procurava-se, dessa forma, preencher um vazio legislativo uma vez que as entidades administrativas independentes não eram, nem são, reconduzíveis à noção de instituto público de natureza administrativa, dada a independência de que gozam, nem à noção de empresa pública, pois não visam prosseguir uma atividade empresarial ou comercial. Porém, o âmbito subjetivo de aplicação daquela Lei é menor do que a noção de entidade administrativa independente comporta. Com efeito, a Constituição admite, no artigo 267.º, n.º 3, que podem ser criadas, por lei (lei *lato sensu*, podendo ser lei ou decreto-lei), entidades administrativas independentes. Como se sabe, cabem no conceito de entidade administrativa independente entidades tão diversas como as enti-

No domínio do exercício da atividade de regulação económica, e partindo do princípio fundamental da administração aberta e transparente⁵, o regime de proteção de informação confidencial apresenta-se como uma exceção ou restrição àquele princípio⁶, que atende à especificidade que envolve a atividade de cada regulador.

No presente artigo iremos analisar o regime de proteção de informação confidencial subjacente à regulação da concorrência deixando assim de lado outros regimes específicos nesta matéria como sucede, por exemplo, no setor bancário – com o segredo bancário⁷ – ou no setor das comunicações eletrónicas.⁸

2. O DEVER DE SIGILO DA ADC

No contexto da específica atividade prosseguida pela Autoridade da Concorrência (doravante “AdC” ou “Autoridade”) o enquadramento jurídico relativo ao tratamento das confidencialidades a que as partes envolvidas e os possíveis terceiros intervenientes estão vinculados encontra-se tratado em diversa legislação, europeia e nacional e, bem-assim, em múltiplos instrumentos de *soft law*⁹.

No primeiro caso – legislação diretamente aplicável – assinala-se o seguinte enquadramento jurídico dos deveres de sigilo e regime de proteção de informação confidencial que se aplicam à atividade da AdC:

dades reguladoras abrangidas pela nova Lei ou outras como a Comissão Nacional de Eleições (CNE) ou a Comissão de Acesso a Documentos Administrativos (CADA). Por essa razão o legislador procurou limitar o âmbito de aplicação da Lei definindo, no artigo 3.º do anexo, entidades reguladoras como “*peças coletivas de direito público, com a natureza de entidades administrativas independentes, com atribuições em matéria de regulação da atividade económica.*” Ficariam, deste modo, dissipadas dúvidas relativas à eventual aplicação do diploma. Não obstante, o n.º 3 do artigo 3.º da Lei-Quadro elimina essas dúvidas porquanto procede ao elenco, em nosso entender, taxativo, das entidades subordinadas à Lei. Neste contexto, foram excluídos do âmbito subjetivo de aplicação da Lei o Banco de Portugal e a Entidade Reguladora da Comunicação Social. V. Rodrigues, 2014: 88-94.

5 Cfr. artigo 268.º, n.ºs 1 e 2 da Constituição da República Portuguesa. Sobre o equilíbrio entre acesso à informação e segredo à luz da Constituição, v. Catarino, 2019: 53-57.

6 Assim, v. Lopes, 2010: 81.

7 Cfr. artigos 78.º a 80.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras. Sobre os deveres de segredo no setor financeiro, v. Catarino, 2019: 31-82.

8 Cfr. artigos 10.º, n.º 5; 12.º, n.º 4 e 88.º, n.º 4 da Lei n.º 16/2022, de 16 de agosto – Lei das Comunicações Eletrónicas.

9 Cfr. Comissão Europeia, 2005 (doravante designada por Comunicação da Comissão relativa às regras de acesso ao processo).

- a) Lei-Quadro das entidades reguladoras – Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto;
- b) Estatutos da Autoridade da Concorrência (AdC) – aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto;
- c) Lei da Concorrência – Lei n.º 19/2012, de 8 de maio;

No segundo caso – *soft law* – deve assinalar-se as Linhas de orientação sobre instrução de processos¹⁰.

Todas as entidades reguladoras estão sujeitas, de harmonia com o artigo 14.º da lei-quadro, a respeitar os deveres de diligência e sigilo profissional¹¹.

Estes deveres vinculam, assim, todos os que colaboram com a AdC estando previstos de forma idêntica no artigo 43.º dos estatutos da AdC¹². A propósito deste preceito devem fazer-se duas observações.

Por um lado, os deveres nele previstos vinculam não apenas os titulares de órgãos e os trabalhadores da AdC mas igualmente os prestadores de serviços, abrangendo, portanto, todas as entidades externas à AdC que lhe prestem serviços, no contexto das funções exercidas.

Por outro lado, os deveres devem ser respeitados sem prejuízo do disposto na parte final do n.º 1 e no n.º 2 do artigo 18.º dos estatutos da AdC.

Esta última norma prevê que os membros do conselho de administração estão sujeitos a um dever de reserva sobre processos em curso ou questões concretas relativas a entidades que tenham intervenção nestes processos. Porém, o dever de reserva – relativo a processos em curso – pode ceder perante a necessidade de defesa da honra ou para a realização de outro interesse legítimo. Esta cedência deve ser naturalmente ponderada face ao princípio da proporcionalidade e, bem-assim, à necessidade de não ofender o segredo de

10 Cfr. Autoridade da Concorrência, 2023, e respetivo anexo referente a Linhas de Orientação sobre proteção de confidencialidades no âmbito de processos sancionatórios (doravante designadas por “Linhas de orientação”).

11 O artigo 14.º dispõe da seguinte forma: “Os titulares dos órgãos das entidades reguladoras, bem como o pessoal e os prestadores de serviços e seus colaboradores, estão sujeitos aos deveres de diligência e sigilo sobre todos os assuntos que lhes sejam confiados ou de que tenham conhecimento por causa do exercício das suas funções.” Sobre o dever de segredo profissional no contexto da regulação económica cfr., por todos, Catarino, 2019: 35-41.

12 De harmonia com este preceito, “os titulares dos órgãos, os trabalhadores, os titulares de cargos de direção ou equiparados e os prestadores de serviços estão sujeitos aos deveres de diligência e sigilo quanto aos assuntos que lhes sejam confiados ou de que tenham conhecimento por causa do exercício das suas funções.”

negócio que tenha sido acolhido nos processos em causa, como veremos mais adiante.¹³

3. O TRATAMENTO DE CONFIDENCIALIDADES PELA ADC

3.1. Segredo de negócio

A atividade da AdC encontra-se sujeita genericamente ao princípio da transparência e ao direito de acesso à informação, que vigora relativamente à atividade da administração pública.

Porém, e à semelhança do que ocorre com qualquer outra entidade pública, tal direito pode ser afastado quando o processo “*contenha documentos classificados ou que revelem segredo comercial ou industrial ou segredo relativo à propriedade literária, artística ou científica*”.¹⁴

O conceito de “segredo de negócio” não se encontra estabelecido na Lei da Concorrência¹⁵ sendo retirado, atualmente, da jurisprudência do TJUE.

Assim, a noção de segredo de negócio – que deve ser separada da noção de segredo comercial¹⁶, ainda que as duas sejam utilizadas de forma indistinta

13 Como bem observa o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (TCRS): “*é aceitável, do ponto de vista da proporcionalidade, que haja compressão do direito de defesa perante informação em relação à qual não haja dúvidas quanto à sua classificação como segredo de negócio. Por outro lado, com este entendimento também não se está a esvaziar de utilidade o referido artigo 31.º, n.º 4, do NRJC, pois a demonstração de uma prática restritiva da concorrência pode incluir factos que consubstanciam procedimentos, métodos ou outras práticas negociais legalmente admissíveis.*” (proc. n.º 244/18.9YUSTR-B, Modelo Continente, S.A.).

14 Cfr. artigo 83.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo.

15 Como se reconheceu no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18 de dezembro de 2019, proc. n.º 228/18.7YUSTR-E.L1 “*a lei não define o segredo de negócio, embora se considere, no artigo 43.º n.º 4 do RJC que é confidencial a informação respeitante à vida interna das empresas quando estas demonstrem que o conhecimento dessa informação por terceiros lhes pode causar prejuízo sério.*” A mesma sentença concluir que “*a densificação proposta nas linhas de orientação emanadas da Autoridade da Concorrência afigura-se-nos como adequada e razoável.*” (proc. n.º 228/18.7YUSTR-E.L1, Modelo Continente Hipermercados, S.A.)

16 Sobre a noção de segredo de negócio, juridicamente operativa noutros ramos de direito, como a propriedade intelectual e a concorrência desleal v. Sousa e Silva, 2014: 223-257, que identifica múltiplas noções meios de tutela dos segredos de negócio (cfr., em especial, pp. 225 e 236) e Paul, 2002: 148. A noção de “segredo comercial” é tipicamente utilizada no contexto do Direito da propriedade intelectual. A este propósito v. Rendas, 2019: 273 e ss. & Oliveira Geraldês, 2022, 407-485. Definindo, para efeitos de aplicação do Código da Propriedade Intelectual, segredo de negócio de forma ampla que abrangeria o segredo industrial – entendido como todo o conjunto de conhecimentos técnicos patenteáveis ou não patenteáveis e de técnicas, fórmulas ou práticas industriais inovadoras – e o segredo comercial- que abrange os conhecimentos aplicáveis no sector comercial da empresa (técnicas de gestão, contabilidade, comercialização, publicidade, marketing, métodos de trabalho, etc.), v. Couto Gonçalves, , 2017: 403. Sobre a distinção entre segredo de negócio e segredo comercial, plasmado no artigo 313.º, do Código da Propriedade Intelectual, aprovado

por instituições europeias¹⁷ – implica a verificação dos seguintes requisitos cumulativos: (i) as informações têm de ser do conhecimento de um número restrito de pessoas; (ii) deve tratar-se de informações cuja divulgação possa causar um prejuízo sério à pessoa que as forneceu ou a terceiro; (iii) é necessário que os interesses que possam ser lesados pela divulgação da informação sejam objetivamente dignos de proteção.¹⁸

Constituem exemplos de segredos de negócio as informações técnicas e/ou financeiras relativas ao saber fazer, métodos de cálculo dos custos, segredos e processos de produção, fontes de abastecimento, quantidades produzidas e vendidas, quotas de mercado, listagens de clientes e de distribuidores, estratégia comercial, estruturas de custos e de preços e política de vendas de uma empresa¹⁹.

Para além dos segredos de negócio, e de forma semelhante à anteriormente descrita, são consideradas confidenciais as informações cuja divulgação seja

pelo Decreto-Lei n.º 110/2018, de 10 de dezembro, v. sentença do TCRS, de 18 de junho de 2020, proc. n.º 244/18.9YUSTR-B, na qual se afirma que o “conceito de segredo comercial, utilizado no domínio da propriedade intelectual, parece estar direcionado para as informações comerciais que as empresas não protegem através de patentes, para não as divulgarem, na medida em que é a sua não divulgação ou não conhecimento por terceiros que garante o seu valor comercial”. A mesma sentença procura distinguir o conceito de segredo de negócio de segredo comercial, concluindo que:

- (i) “o primeiro exige a demonstração de que a divulgação das informações pode causar um prejuízo sério à pessoa que as forneceu ou a terceiro, o segundo não;
- (ii) o elemento de que as informações em causa têm valor comercial pelo facto de serem secretas, exigido pelo conceito do CPI, inclui, por inerência, a demonstração do elemento do conceito de segredo de negócio de que os interesses que podem ser lesados pela divulgação da informação são objetivamente dignos de proteção, na medida em que apenas tem valor comercial informação que seja lícita e, conseqüentemente, objetivamente digna de tutela;
- (iii) contudo, consoante a interpretação que se faça, esse segundo elemento do conceito de segredo comercial do CPI pode ir para além disso;
- (iv) por último, o terceiro elemento do conceito do CPI – a demonstração de que as informações foram objeto de diligências razoáveis, atendendo às circunstâncias, por parte da pessoa que detém legalmente o controlo das informações, no sentido de as manter secretas – não faz parte do conceito de segredo de negócio.”

17 V. Comissão Europeia, 2005: pp.7-15 onde se utiliza de forma indistinta a noção de “segredo de negócio e “segredo comercial”. V. igualmente C-53/85, *AKZO Chemie BV/Comissão*, ECLI:EU:C:1986:256 e T-353/94, *Postbank NV/Comissão*, ECLI:EU:T:1996:119.

18 Neste sentido cfr. T-474/04, *Pergan Hilfsstoffe fur industrielle Prozesse v Comissão* EU:T:2007:306, p. 65 e T-88/09, *Idromacchine v Comissão*, EU:T:2011:641, p. 45 e, a nível nacional, v a sentença do TCRS, de 18 de junho de 2020, proc. n.º 244/18.9YUSTR-B, *Modelo Continente Hipermercados, S.A.* e a sentença do TCRS, de 13 de março de 2020, proc. n.º 272/19.7YUSTR-A, *Vodafone Portugal – Comunicações Pessoais, S.A.*

19 V. Comissão Europeia, 2005: ponto 18 e Autoridade da Concorrência, 2023: parágrafo 212, bem como parágrafo 12 do respetivo anexo.

suscetível de lesar gravemente uma pessoa ou empresa²⁰. Neste último cenário estão em causa informações que não contenham segredos de negócio ou comerciais e cuja divulgação seja suscetível de prejudicar significativamente pessoas ou empresas e que permitam exercer uma pressão considerável a nível económico ou comercial sobre os seus concorrentes ou sobre os seus parceiros comerciais, clientes ou fornecedores.^{21, 22}

A contrario sensu não são consideradas como confidenciais as informações relativas a uma empresa quando estas já sejam conhecidas fora da empresa (o que significa, no caso de um grupo de empresas, serem conhecidas fora desse grupo) ou fora da associação a que foram comunicadas por essa empresa. Também não devem ser consideradas como confidenciais informações que sejam disponibilizadas contra pagamento; através de serviços de informação especializados ou bases de dados, caso sejam conhecidas de círculos especializados ou caso seja possível inferi-los a partir de informações disponíveis ao público²³.

Igualmente, não poderão ser consideradas confidenciais as informações que perderam importância comercial, por exemplo devido ao decurso do tempo. Observe-se que, indicativamente, presume-se que as informações relativas ao volume de negócios, às vendas e às quotas de mercado das partes e outras informações semelhantes deixaram de ser confidenciais quando datam de há mais de cinco anos.²⁴

20 V. Comissão Europeia, 2005: ponto 18 e Autoridade da Concorrência, 2023: parágrafo 13 do anexo às Linhas de orientação da AdC.

21 A noção de outras informações confidenciais pode, por exemplo, englobar informações que permitam às partes identificar os autores das denúncias ou terceiros que desejam, legitimamente, manter o anonimato. As outras informações confidenciais incluem ainda os demais tipos de segredos que beneficiem de proteção legal específica, como segredos militares, bancários, médicos, entre outros.

22 A este propósito v. Comissão Europeia, 2005: parágrafo 19: “*O Tribunal de Primeira Instância e o Tribunal de Justiça reconheceram que é legítimo recusar revelar a essas empresas determinadas cartas recebidas dos seus clientes, uma vez que esta divulgação poderia facilmente expor os autores ao risco de represálias. Os tribunais comunitários pronunciaram-se acerca desta questão tanto em casos de alegado abuso de posição dominante (processo T-65/89, BPB Industries e British Gypsum, Col. 1993, p. II-389 e processo C-310/93P, BPB Industries e British Gypsum, Col. 1995, p. I-865), como em processos de concentrações (processo T-221/95 Endemol / Comissão, Col. 1999, p. II-1299, ponto 69 e processo T-5/02 Laval / Comissão, Col. 2002, p. II-4381, pontos 98 e seguintes).*”

23 Cfr. Autoridade da Concorrência, 2023: parágrafos 14 e 20 do anexo às Linhas de orientação. No mesmo sentido, v. Ruiz, 2013: 435.

24 Como foi assinalado pelo TJUE no passado, o decurso do tempo sobre alguns segredos pode diminuir a essencialidade da sua tutela jurídica face à data da análise inerente ao pedido de acesso. Assim, v. C-450/06, Varec SA, EU:C:2008:91; C-362/08, *Internationaler Hilfsfonds*, EU:C:2010:40, e T-341/12, *Evonik Degussa GmbH*, EU:T:2015:51. Cfr. Autoridade da Concorrência, 2023: parágrafo 19 do anexo às Linhas de orientação. Conforme é referido no parágrafo 84 deste último aresto, “(...) não são secretas nem confidenciais as informações

3.2. O âmbito de proteção do segredo de negócio e os seus limites

A contração do princípio da transparência que ocorrerá perante a existência de segredos de negócio, no contexto da atividade prosseguida pela AdC, pode ter lugar em diferentes ocasiões, nomeadamente no contexto do regime de controlo prévio de concentrações; da realização de estudos e inquéritos de mercado ou da instrução de processos relativos à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei da Concorrência e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE.

Destarte, no âmbito do regime de controlo de concentrações, a Autoridade da Concorrência pode solicitar documentos e outras informações a empresas ou a quaisquer outras pessoas, singulares ou coletivas, devendo fazê-lo²⁵ com a menção de que devem identificar, de maneira fundamentada, atento o regime processual aplicável, as informações que consideram confidenciais no acesso legalmente determinado à informação administrativa²⁶, ou seja, invocando eventuais segredos de negócio.

Na verdade, a redução da transparência que é exigida a uma entidade reguladora decorre, tipicamente, da necessidade de salvaguardar segredos de negócio envolvidos, o que justifica o consequente tratamento de confidencialidades.

No caso da instrução de processos, esta atenuação – emergente da existência de segredos de negócio – deve ser proporcional à necessidade de assegurar o direito à consulta do processo, que visa assegurar direitos de defesa²⁷.

A nível europeu, a tutela do direito de acesso ao processo encontra-se prevista no artigo 15.º, n.º 2 do Regulamento n.º 773/2004 da Comissão, de 7 de abril de 2004²⁸.

que o foram, mas que datem de cinco anos ou mais e devam, por isso, ser consideradas históricas, a menos que, exceionalmente, o recorrente demonstre que, apesar da sua antiguidade, tais informações continuam a constituir elementos essenciais da sua posição comercial ou de um terceiro”.

25 A violação do dever de colaboração com a Autoridade da Concorrência nos termos descritos determinará a abertura de inquérito nos termos previstos no artigo 58.º, alínea c) da Lei da Concorrência.

26 Cfr. artigo 43.º, n.ºs 2, alínea c) a 5 da Lei da Concorrência.

27 De harmonia com o artigo 32.º, n.º 10 da Constituição o arguido, visado em processo contraordenacional, goza de um direito de defesa constitucionalmente tutelado, de matriz idêntica ao conferido ao arguido visado em sede de processo penal. Neste sentido v. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 7 de outubro de 2021, proc. n.º 292/20.9YUSTR-ALL-PICRS. Como observa Lopes, 2010: 94, se existir uma situação de confronto entre a preservação da confidencialidade decorrente de documentos que contenham segredos de negócio e a necessidade de respeitar os direitos de defesa de uma empresa arguida, a AdC terá de fazer uma minuciosa ponderação no sentido de melhor acautelar os interesses em jogo, conciliando-os.

28 O artigo 15.º, n.º 2 do Regulamento dispõe da seguinte forma: “2. O direito de acesso ao processo não abrange segredos comerciais e outras informações confidenciais ou documentos internos da Comissão ou das autoridades responsáveis em matéria de concorrência dos Estados-Membros.”

A este propósito, pode suscitar-se a hipótese de a nota de ilicitude suportar-se, em parte ou no todo, em documentos que contenham segredos de negócio o que contraria a necessidade de salvaguarda destes segredos. Aqui o Regulamento dispõe que a Comissão pode divulgar e utilizar as informações necessárias para fazer prova de uma infração, ainda que contenham segredos de negócio²⁹.

A Lei da Concorrência prevê norma idêntica, no artigo 31.º, n.º 3³⁰, nos termos da qual a qualificação de um elemento de informação como confidencial não constitui um impedimento para a sua divulgação, se o mesmo for considerado necessário para provar uma infração.³¹

É por isso justificado que sempre que a AdC pretenda juntar ao processo documentos que contenham informações suscetíveis de ser classificadas como segredos de negócio, deva conceder ao visado prazo, não inferior a dez dias úteis, para identificar, fundamentadamente, as informações recolhidas que considere confidenciais por motivo de segredos de negócio. O visado deverá juntar, nesse caso, uma cópia não confidencial dos documentos que contenham tais informações, expurgada das mesmas, incluindo descrição concisa, mas completa, da informação omitida.³²

A concessão de prazo aos visados para se pronunciarem sobre as informações recolhidas e identificarem eventuais confidencialidades, prevista nas citadas normas europeias e nacionais traduz a jurisprudência do TJUE, afirmada desde o acórdão *Akzo Chemie BV*, de harmonia com o qual, perante o risco de emergência de *“prejuízo extremamente grave que poderia resultar da comunicação irregular de documentos a um concorrente, a Comissão, antes de executar a sua decisão, deve dar à empresa a possibilidade de recorrer ao Tribunal com vista a controlar as apreciações feitas e impedir que se proceda à comunicação”*³³.

29 Cfr. artigo 15.º, n.º 3 do Regulamento.

30 O artigo 31.º, n.º 3 da Lei da Concorrência determina que a utilização deste tipo de prova pode ser feita ao abrigo da alínea c) do n.º 3 e do n.º 6 do artigo 15.º e dos n.ºs 2 e 3 do artigo 30.º da mesma Lei.

31 Esta decisão é suscetível de recurso judicial, nos termos do artigo 84.º da Lei da Concorrência.

32 Cfr. artigo 30.º, n.º 2 da Lei da Concorrência.

33 V. C-53/85, *Akzo Chemie BV/Comissão*, ECLI:EU:C:1986:256.

A garantia de audiência prévia permite, desta forma, que a AdC pondere a prevalência do interesse na não divulgação dos segredos de negócio face à garantia dos direitos de defesa do visado³⁴, em face do caso concreto³⁵.

Com efeito, e como foi reconhecido pelos tribunais no passado, é axilar que as autoridades administrativas tenham esta ponderação e este imperativo comportamental e procedimental sempre presente.³⁶

Na verdade, a vantagem competitiva que as empresas dispõem, e que lhes permite concorrer pelo mérito, respeitando o direito da concorrência, assenta num determinado modelo de negócio que, em rigor, não pode naturalmente ser partilhado com concorrentes, sob pena de infringir as regras de concorrência.

Ora a eventual quebra do segredo de negócio e a sua conseqüente divulgação implicará um grave prejuízo não apenas para a empresa que dela sofre, mas igualmente para a garantia do funcionamento eficiente dos mercados.³⁷

No passado, também o TJUE sublinhou a obrigação de tomar em consideração o legítimo interesse das empresas na não divulgação dos seus segredos comerciais³⁸, exprimindo assim um princípio geral que se aplica no decurso do processo administrativo, de harmonia com o qual não podem, em nenhum caso, ser comunicados ao terceiro queixoso documentos que contenham segredos comerciais uma vez que qualquer outra solução conduziria ao resultado inadmissível de uma empresa poder ser incitada a apresentar queixa junto da Comissão com o único objetivo de ter acesso aos segredos comerciais dos concorrentes³⁹.

Não obstante, a decisão de classificação de um documento como confidencial, em sede de direito da concorrência, está condicionada pelo cumprimento pelo visado de um triplo ónus, que resultam do artigo 30.º, n.ºs 2 e 4, do Lei da Concorrência, a saber: (a) de identificação das informações que considera confidenciais; (b) de fundamentação de tal entendimento e; (c) de

34 Sobre os direitos de defesa do visado nos processos sancionatórios da concorrência no ordenamento jurídico português e no direito comunitário da concorrência, v. Lopes, 2010: 73-77.

35 Assim, cfr. Autoridade da Concorrência, 2023: parágrafos 244 e 245.

36 Neste sentido v. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 7 de outubro de 2021, proc. n.º 292/20.9YUS-TR-A.L1-PICRS.

37 Como bem observa Silva, 2020: 343, está em causa a necessidade de “evitar uma lesão irreversível do seu interesse particular na preservação do segredo do negócio”.

38 V. C-53/85, *Akzo Chemie BV/Comissão*, ECLI:EU:C:1986:256, p. 28. Neste aresto o TJUE utiliza a expressão “segredo comercial” como sinónimo de “segredo de negócio”.

39 Assim, v. C-53/85, *AKZO Chemie BV/Comissão*, ECLI:EU:C:1986:256, p. 28.

fornecimento de cópia não confidencial dos documentos pertinentes, expurgado das informações confidenciais.⁴⁰

Ainda que o segredo de negócio deva ser protegido pelo Direito da Concorrência, salvaguarda-se que a sua quebra possa, por regra, ocorrer – de forma irreversível⁴¹ – face à necessidade de assegurar os direitos de defesa dos visados⁴².

Dito de outra forma, a tutela do segredo de negócio tem por limite a não restrição infundada da publicidade do processo e os direitos de defesa dos demais visados no caso concreto⁴³.

Como bem observa o Tribunal da Relação de Lisboa, e depois da revelação do segredo, “*subsistem outros interesses, designadamente o de afirmar a ilicitude do meio instrutório com vista a abalar a decisão final e até o de estabelecer perante a comunidade em geral e os intervenientes em particular a importância micro e macroeconómica do segredo comercial e sua defesa. Trata-se, porém, já de interesses não intercalares, mas de tutela final ligados à questão magna da procedência ou improcedência da imputação do «labéu»*”⁴⁴.

40 Assim, v. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18 de dezembro de 2019, proc. n.º 228/18.7YUSTR-G.L1-3, *Modelo Continente Hipermercados, S.A.*

41 Sobre o regime de tutela legal dos segredos de negócio enquanto mecanismo de possível resolução do paradoxo de Arrow, descrito por Kenneth Arrow, que identificou a dificuldade que há em comercializar informação: para que um “comprador” possa avaliar o seu valor tem que a inspecionar primeiro, no entanto, após a inspeção, o “comprador” já possui a informação e não tem razão para pagar por ela, razão pela qual para evitar que, após a revelação confidencial de informação, outrem pudesse utilizá-la livremente, a proteção de segredos de negócio (de forma análoga à Propriedade Intelectual) limita esse uso, criando assim condições necessárias para a comercialização e exploração de informação, v. Sousa e Silva, 2014: 232.

42 Considerando que a tutela do segredo de negócio tem por limite a não restrição infundada da publicidade do processo e os direitos de defesa dos demais visados, v. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18 de dezembro de 2019, proc. n.º 228/18.7YUSTR-G.L1-3, *Modelo Continente Hipermercados, S.A.*

43 Assim, v. sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 15 de fevereiro de 2007, no proc. n.º 766/06.4TYLSB, *Nestlé Portugal, S.A.*; acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18 de dezembro de 2019, proc. n.º 228/18.7YUSTR-G.L1-3, *Modelo Continente Hipermercados, S.A.*, e Autoridade da Concorrência, 2023: parágrafo 188. V. igualmente Ruiz, 2013: 435.

44 Neste sentido v. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 7 de outubro de 2021, proc. n.º 292/20.9YUSTR-A.L1-PICRS.

3.3. A classificação de documentação no contexto geral da atividade da AdC

À semelhança do que sucede com os entes regulados de todas as entidades reguladoras⁴⁵, as empresas têm, perante a AdC, um dever de colaboração que implica o fornecimento de todas as informações solicitadas e que pode, conseqüentemente, obrigar à comunicação de segredos de negócio ou outras informações confidenciais.

Sem prejuízo da regulação normativa prevista na Lei da Concorrência já enunciada, a AdC tem emitido instrumentos de *soft law* que procuram detalhar o tratamento de informação considerada como confidencial por constituir segredo de negócio pela Autoridade; pelas empresas; pelos visados ou por terceiros, constituindo as “Linhas de orientação sobre instrução de processos” o núcleo central desses instrumentos.

A classificação de documentação como confidencial deve pressupor, como vimos, que as informações apenas sejam conhecidas por um número restrito de pessoas e que a divulgação possa causar um prejuízo sério à entidade que as forneceu ou a terceiros, no que se refere a interesses que sejam objetivamente dignos de proteção.

Em qualquer cenário compete às empresas ou outras entidades a quem tenha sido solicitada ou que preste informação que invoquem a existência de segredo de negócio através da apresentação de um pedido de confidencialidade, contendo a indicação e fundamentação dos segredos de negócio e das outras informações confidenciais. Adicionalmente devem ser fornecidas uma ou mais versões não confidenciais distintas dos documentos/declarações, em que as informações em causa tenham sido ocultadas e substituídas pelas expressões «[SEGREDO DE NEGÓCIO]», «[INFORMAÇÃO LEGALMENTE PROTEGIDA]» ou «[OUTRA INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL]».

Caso não seja dado cumprimento à indicação e fundamentação de confidencialidades, a AdC pode considerar que os elementos disponibilizados não contêm segredos de negócio ou outras informações confidenciais e, conseqüentemente, que a entidade remetente ou declarante não levanta objeções à divulgação, na íntegra, desses elementos.

45 Cfr. artigo 40.º da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras. Como bem observa Catarino, 2019: 42, a observância pelos regulados deste dever de colaboração não significa “*que a atribuição legal de poderes com características intrusivas e potencialmente limitadoras da liberdade individual converta estas relações jurídicas regulatórias em relações de sujeição especial, pois existem limites e garantias constitucionais e legais no seu exercício.*”

3.4. Instrução de processos relativos à aplicação da Lei da Concorrência

a) O segredo de justiça e o direito de acesso ao processo

O segredo de justiça aplicável nos processos contraordenacionais⁴⁶ em curso na AdC constitui um segredo administrativo especial⁴⁷ previsto no artigo 32.º da Lei da Concorrência. O âmbito do segredo de justiça foi igualmente explicado, pela AdC, nas linhas de orientação, que acolhem, em grande medida, a jurisprudência e a doutrina existente.

A AdC pode, oficiosamente ou mediante requerimento do visado, determinar a sujeição do processo a segredo de justiça até à decisão final, quando entender que os direitos daquele o justificam ou ainda determinar o seu levantamento em qualquer momento do processo (cfr. artigo 32.º, n.º 4 da Lei da Concorrência).

Este segredo apresenta-se como excecional uma vez que, em regra, os processos contraordenacionais estão sujeitos ao princípio da publicidade (cfr. artigo 32.º, n.ºs 1 a 3 da Lei da Concorrência)⁴⁸.

Por esse motivo, tanto os visados no processo como quaisquer terceiros não envolvidos na investigação que demonstrem interesse legítimo⁴⁹ podem – mediante requerimento escrito fundamentado, demonstrando um interesse atendível, que justifique, razoavelmente, conceder-se ao requerente o acesso ao processo – consultar o processo ou os elementos dele constantes, bem como obter os correspondentes extratos, cópias ou certidões, independentemente da fase processual em que se encontre a investigação⁵⁰. Neste caso a Autoridade poderá solicitar explicações adicionais aos terceiros requerentes, de forma a apreciar o pedido de acesso.

O direito de acesso ao processo não abrange o conhecimento de segredos de negócio e outras informações confidenciais que possam constar dos autos, aos quais se aplicará o regime de proteção constante do artigo 30.º, n.º 1 da Lei da Concorrência, anteriormente explicitado.

46 Relativamente à aplicação do segredo de justiça em processos contraordenacionais, v. o Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 84/2007, publicado no Diário da República, 2.ª Série, n.º 68, de 7 de abril de 2008, p. 15223.

47 Neste sentido v. Catarino, 2019: 69.

48 V. Catarino, 2019: 70-71.

49 V. artigo 33.º, n.ºs 3 e 5 da Lei da Concorrência.

50 Cfr. Autoridade da Concorrência, 2023: parágrafo 205.

Este direito também não abrange a documentação constante dos autos relativa a eventuais pedidos de dispensa ou redução de coima, nos termos do artigo 81.º da Lei da Concorrência.

Por fim, o acesso ao processo, bem como a obtenção dos correspondentes extratos, cópias ou certidões, terá lugar, por regra, nas instalações da Autoridade, mediante apresentação de prévio requerimento escrito por parte dos interessados.

As restrições de acesso ao processo em segredo de justiça por parte dos visados são determinadas pela Autoridade da Concorrência, podendo ocorrer até à decisão final (cfr. artigo 32.º, n.ºs 2 e 4 da Lei da Concorrência).

Por fim, o acesso a processos transitados em julgado é apreciado ao abrigo do regime legal de acesso à documentação administrativa, nos termos da Lei n.º 46/2007, de 24 de agosto⁵¹.

b) A proteção do segredo de negócio e de outras informações confidenciais no contexto de processos contraordenacionais

A proteção dos segredos de negócio de empresas no âmbito de inquéritos contraordenacionais, tanto na fase de inquérito como na fase da instrução, encontra-se prevista no artigo 30.º da Lei da Concorrência. Nesta fase não é aplicável o regime jurídico de acesso a documentos administrativos uma vez que devem ser respeitados os princípios aplicáveis a processos sancionatórios de natureza contraordenacional⁵².

Esta proteção abrange as empresas ou outras entidades visadas nos processos contraordenacionais, mas também terceiros não envolvidos na investigação.

Também aqui, os visados pelo processo, os denunciantes ou quaisquer terceiros deverão ter em conta o ónus de identificação dos seus segredos de negócio, respetiva fundamentação e apresentação de versões não confidenciais, sempre que disponibilizem, voluntariamente, quaisquer documentos à Autoridade⁵³. A Autoridade poderá solicitar explicações adicionais relati-

51 V. os pareceres da Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA) n.º 247/2008, de 17 de setembro de 2008, e n.º 531/2010, de 22 de dezembro de 2010. V. ainda Catarino, 2019: 75, assinalando os pareceres da CADA n.º 70/2006, de 29 de março de 2006, processo n.º 3711 e n.º 12/2011, de 9 de janeiro de 2011 e Lopes, 2010: 85.

52 V. Lopes, 2010: 84.

53 Na preparação da fundamentação dos segredos de negócio e das versões não confidenciais das respostas a pedidos da Autoridade, os requerentes poderão ter em consideração as orientações informais da Comissão Europeia (Comissão Europeia, 2012).

vamente aos segredos de negócio invocados por empresas na sequência das diligências de prova referidas, ou em relação às versões não confidenciais apresentadas.

De forma equivalente, após a realização das diligências de busca, exame, recolha e apreensão de extratos da escrita e demais documentação, bem como de selagem de locais⁵⁴, a Autoridade deve notificar o visado no processo para identificar, de forma fundamentada, os documentos ou informações recolhidas que considere confidenciais por motivos de segredo de negócio, devendo no prazo fixado – não inferior a 10 dias úteis – juntar ao processo uma cópia não confidencial dos documentos que contenham tais informações, expurgada das mesmas⁵⁵.

A Autoridade procederá à mesma solicitação na sequência das diligências de inquirição previstas no artigo 18.º, n.º 1, alíneas *a)* e *b)* da Lei da Concorrência ou sempre que pretenda juntar ao processo documentos que contenham informações suscetíveis de ser classificadas como segredos de negócios de empresas, associações de empresas ou outras entidades, que não tenham sido obtidos pela Autoridade.

Se a AdC não concordar, no todo ou em parte, com a classificação da informação como contendo segredo de negócios ou outra informação confidencial, deverá informar a empresa, associação de empresas ou outra entidade da sua discordância, após ter sido concedido prazo razoável para se esta pronunciar. Se não concordar com os esclarecimentos apresentados, as informações consideram-se não confidenciais, sendo essa decisão, devidamente fundamentada, notificada à entidade titular das informações em causa. Bem assim, a AdC poderá aceitar provisoriamente a classificação da informação como confidencial até decisão final do processo.⁵⁶

As informações consideram-se não confidenciais sempre que a empresa, associação de empresas ou outra entidade não identificar as informações que considere confidenciais, não fundamentar tal confidencialidade ou não fornecer cópia não confidencial dos documentos que as contenham, quer em resposta a pedidos escritos nos termos do artigo 15.º da Lei da Concorrência, ou na sequência de solicitação da Autoridade ao abrigo do artigo 30.º, n.º 2 da Lei da Concorrência.

54 Cfr. artigo 18.º, n.º 1, alíneas *c)* e *d)* da Lei da Concorrência.

55 Neste sentido v. igualmente C-53/85, *AKZO Chemie BV/Comissão*, ECLI:EU:C:1986:256, p. 30.

56 Cfr. artigo 30.º, n.º 5 da Lei da Concorrência.

Em qualquer caso, as empresas, associações de empresas ou outras entidades poderão, a qualquer momento do inquérito ou da instrução, desistir da qualificação de determinados documentos ou elementos como contendo segredos de negócio ou outra informação confidencial, no todo ou em parte, através de requerimento.

O acesso aos documentos que, contendo segredos de negócio, sejam considerados necessários para efeitos de prova de uma infração às normas de concorrência, será permitido apenas aos advogados dos visados no processo ou aos seus assessores económicos externos, quando o requeiram expressamente e desde que devidamente mandatados para o efeito pelo visado no processo.

O acesso terá, por regra, lugar nas instalações da AdC, através dos chamados “data rooms”. A nível europeu o acesso pode ser igualmente concedido através da definição de “confidentiality rings”, prática que tem sido seguida pela Comissão Europeia⁵⁷.

A entrada a “data rooms” é concedida exclusivamente para preparação da pronúncia à nota de ilicitude ou da impugnação judicial da decisão da Autoridade em que tais documentos sejam referidos como meios de prova da infração⁵⁸.

O acesso aos documentos contendo segredos de negócios será objeto de autorização escrita, notificada ao requerente, na qual a Autoridade o advertirá quanto à proibição da sua reprodução, total ou parcial e por qualquer meio, ou da sua utilização para qualquer outro fim que não o da preparação da pronúncia ou impugnação judicial referidas⁵⁹.

Também neste contexto, e sempre que uma empresa identificar um documento ou elemento de informação confidencial por conter segredos de negócio, terá de fornecer uma versão não confidencial desse documento ou elemento de informação.

A Autoridade poderá solicitar explicações adicionais relativamente aos segredos de negócio invocados por empresas em resposta a pedidos escritos, ou em relação às versões não confidenciais apresentadas em cumprimento do disposto do artigo 15.º, n.º 1, alínea c) da Lei da Concorrência.

57 Sobre *data rooms* v. Comissão Europeia, 2021a. Sobre *confidentiality rings* v. Comissão Europeia, 2021b.

58 Cfr. artigo 33.º, n.º 4 da Lei da Concorrência e Autoridade da Concorrência, 2023: parágrafo 239.

59 Cfr. Autoridade da Concorrência, 2023: parágrafo 240: “A Autoridade poderá impor condições especiais de acesso ao processo, quando estejam em causa elementos contendo segredos de negócio ou outras informações confidenciais ou protegidas, para garantir o respeito por esta advertência.”

c) O sigilo profissional do advogado

O sigilo profissional do advogado⁶⁰ é igualmente acautelado no contexto da atividade da Autoridade da Concorrência e da definição de confidencialidades.

Assim, nos termos da legislação nacional sobre o regime de proteção legal aplicável ao sigilo profissional do advogado, não pode ser apreendida a correspondência, seja qual for o suporte utilizado⁶¹, respeitante ao exercício da profissão de advogado⁶².

A proteção do sigilo profissional do advogado no âmbito de processos contraordenacionais por infração às regras nacionais de concorrência abrange quer os advogados independentes quer os advogados que exercem a sua atividade em regime de subordinação (advogados de empresa ou *in-house lawyers*), desde que se encontrem registados na Ordem dos Advogados portuguesa ou em entidades congéneres de outros países⁶³. Esta questão tem sido discutida em vários Estados-Membros⁶⁴, sendo esta opção aplicada em quatro Estados (Bélgica, Hungria, Irlanda e Portugal)⁶⁵.

A proibição estende-se à “correspondência” aberta trocada entre o advogado e aquele que lhe tenha cometido ou pretendido cometer mandato e lhe tenha solicitado parecer, ainda que não dado ou já recusado⁶⁶.

60 V. Vasconcelos Abreu, 2019: 213-238.

61 Em caso de dúvida em relação à sujeição de documentos concretos à proteção conferida pelo regime do segredo profissional do advogado, a Autoridade procede a sua apreensão, catalogando-os e colocando-os em envelope fechado e lacrado, para posterior avaliação pelo Tribunal competente.

62 V. artigo 180.º, n.º 2 do CPP e artigo 71.º, n.º 1 do Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA). Neste sentido V. também Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa (3.º Juízo), de 17 de janeiro de 2008, proc. n.º 572/07.9TYLSB *Unilever Jerónimo Martins, Lda*. A única exceção a esta proibição é o caso de a correspondência ser relativa a facto criminoso pelo qual o próprio advogado tenha sido constituído arguido. V. Autoridade da Concorrência, 2023: parágrafo 82.

63 Equiparam-se aos advogados inscritos na Ordem dos Advogados os advogados estrangeiros inscritos em organismos equivalentes de outros países. Neste sentido, v. sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa (3.º Juízo), de 17 de janeiro de 2008, proc. n.º 572/07.9TYLSB, *Unilever Jerónimo Martins, Lda*, e Autoridade da Concorrência, 2023: parágrafo 86.

64 A este propósito v. a decisão do Supremo Tribunal da Holanda, de 24 de maio de 2022, HR 24 de maio de 2022, ECLI:NL:HR:2022:760.

65 A este propósito v. Parecer da Autoridade da Concorrência sobre a proposta de lei n.º 8/XV/1 que Transpõe a Diretiva (UE) 2019/1, 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, p. 44 (máxime parágrafo 183) disponível em <https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/processos/eprt/Parecer%20AdC%20-%20Proposta%20de%20Lei%208-XV-1.pdf>.

66 V. artigo 180.º, n.º 2 do CPP e o artigo 71.º, n.º 1 do Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA), bem como parágrafo 84 das Linhas de orientação. Neste sentido v. também Sentença do Tribunal de Comércio de Lis-

De igual modo, as buscas e diligências equivalentes, a aposição de selos e o arrolamento no escritório de advogados ou em qualquer outro lugar onde façam arquivo só podem ser decretados e presididos por juiz, devendo ser convocados para estarem presentes o advogado e um representante da Ordem dos Advogados.

BIBLIOGRAFIA CITADA

VASCONCELOS ABREU, Luís

2019 “O segredo do advogado no direito profissional: alguns aspetos,” in Carla Amado Gomes, Ana F. Neves, Pedro Lomba, *Os segredos no direito: atas de conferências*, Lisboa: AAFDL editora, pp. 213-238.

CATARINO, Luís Guilherme

2019 “Segredos da administração: segredos de supervisão e de sanção”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 38, pp. 31-82.

GERALDES, João de Oliveira

2022 “Sobre a proteção jurídica dos segredos comerciais no espaço digital”, in *Revista da FDUL-LLR*, LXIII 1 e 2, pp. 407-485.

GONÇALVES, Luís Couto

2017 *Manual de Direito Industrial Propriedade Industrial e Concorrência Desleal*, 7ª Edição, Coimbra: Almedina.

LOPES, Patrícia

2010 “Segredos de negócio versus direitos de defesa do arguido nas contraordenações da concorrência”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 4, pp. 65-107.

PAUL, Patrício

2002 “Concorrência desleal e segredos de negócio”, in *AAVV, Direito industrial*, Vol. II, Almedina.

RENDAS, Tito

2019 “O segredo dos segredos de negócio: Breves reflexões acerca da justificação para a atribuição de proteção à luz da Diretiva (UE) 2016/943”, in Carla Amado Gomes, Ana F. Neves, Pedro Lomba, *Os segredos no direito: atas de conferências*, Lisboa: AAFDL editora, pp. 273-301.

boa (3.º Juízo), de 17 de janeiro de 2008, proc. n.º 572/07.9TYLSB, *Unilever Jerónimo Martins, Lda.*. A única exceção a esta proibição é o caso de a correspondência ser relativa a facto criminoso pelo qual o próprio advogado tenha sido constituído arguido.

RODRIGUES, Nuno Cunha

- 2009 “A regulação da Saúde”, in *AAVV, Regulação em Portugal, novos tempos, novo modelo?*, Coimbra: Almedina, Coimbra, pp. 613-651.
- 2014 “A nova Lei-Quadro das Entidades Reguladoras”, in *Revista Direito & Política*, n.º 6, pp. 88-94.
- 2017 “Regulação em geral e regulação da saúde”, in *Anais do Instituto de Higiene e Medicina Tropical*, 16 (supl. 3), S09-S16.

RODRIGUES, Nuno Cunha & FONSECA, Rui Guerra da

- 2017 “O quadro da responsabilidade civil extracontratual das entidades reguladoras do setor financeiro”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 29, pp. 71-106.

RUIZ, Nuno

- 2013 *Comentário Conimbricense à Lei da Concorrência*, 2.ª Ed., Almedina, p. 433-439.

SILVA, Miguel Moura e

- 2020 *Direito da Concorrência*, AAFDL

SILVA, Nuno Sousa

- 2014 “Um retrato do regime Português dos segredos de negócio”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, A. 75, n.º 1 e 2, pp. 223-257.

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de junho de 1986, *AKZO Chemie BV/ Comissão*, C-53/85, ECLI:EU:C:1986:256.

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 18 de setembro de 1996, *Postbank NV/ Comissão*, T-353/94, ECLI:EU:T:1996:119.

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 12 de outubro de 2007, *Pergan Hilfstoffe für industrielle Prozesse v Comissão*, T-474/04, EU:T:2007:306.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de fevereiro de 2008, *Varec SA*, C-450/06, EU:C:2008:91.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de janeiro de 2010, *Internationaler Hilfsfonds*, C-362/08, EU:C:2010:40.

Acórdão do Tribunal Geral de 28 de janeiro de 2015, *Evonik Degussa GmbH*, T-341/12, EU:T:2015:51.

Acórdão do Tribunal Geral de 13 de janeiro de 2017, *Idromacchine v Comissão*, T-88/09, EU:T:2011:641.

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 15.02.2007, *Nestlé Portugal, S.A.*, processo n.º 766/06.4TYLSB.

Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa (3.º Juízo), de 17.01.2008, *Unilever Jerónimo Martins, Lda.*, processo n.º 572/07.9TYLSB.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18.12.2019, *Modelo Continente Hipermercados, S.A.*, processo n.º 228/18.7YUSTR-E.L1, disponível em <https://extranet.concorrencia.pt/pesquisAdC/Litigation.aspx?isEnglish=False&Ref=IDI/2019/12>

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 13.03.2020, *Vodafone Portugal – Comunicações Pessoais, S.A.*, processo n.º 272/19.7YUSTR-A, disponível em <https://extranet.concorrencia.pt/pesquisAdC/Litigation.aspx?isEnglish=False&Ref=IDI/2019/37>

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 18.06.2020, *Modelo Continente Hipermercados, S.A.*, processo n.º 244/18.9YUSTR-B, disponível em <https://extranet.concorrencia.pt/pesquisAdC/Litigation.aspx?isEnglish=False&Ref=IDI/2020/6>

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 9.10.2020 processo n.º 73/20.0YUSTR-A, disponível em https://extranet.concorrencia.pt/pesquisAdC/PRC_OR_INC_OR_PCC_Page.aspx?Ref=PRC_2017_8&IsEnglish=False

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 7.10.2021, processo n.º 292/20.9YUSTR-A.L1-PICRS, disponível em <https://www.dgsi.pt/jtr1.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/23dacb97e69c95cf-8025879d0030076a?OpenDocument>

DOCUMENTOS OFICIAIS

COMISSÃO EUROPEIA

2005 *Comunicação da Comissão relativa às regras de acesso ao processo nos casos de aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE; artigos 53.º; 54.º e 57.º do Acordo EEE e do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho*, 2005/C 325/07, de 22.12.2005, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELLAR:01b3406b-1dff-4276-8542-89d62ca8d658> [consultado em 09.08.2024]

2012 *DG Competition informal guidance paper on confidentiality claims*, de março de 2012, disponível em http://ec.europa.eu/competition/antitrust/information_en.html

- 2021a *Best Practices on the disclosure of information in data rooms in proceedings under Articles 101 and 102 TFEU and under the EU Merger Regulation*, disponível em https://competition-policy.ec.europa.eu/index/data-rooms-and-confidentiality-rings_en
- 2021b *The use of confidentiality rings in antitrust access to file proceedings*, disponível em https://competition-policy.ec.europa.eu/index/data-rooms-and-confidentiality-rings_en

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA (AdC)

- 2023 *Linhas de Orientação sobre a instrução de processos relativos à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE*, de dezembro de 2023, disponível em https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/documentos/LO_InstrucaoProcessos_Dez2023_0.pdf, [consultado em 09.08.2024].

HOW COLLATERAL EFFECTS OF COMPETITION LAW ENFORCEMENT OCCASIONALLY IMPEDE A FULL ATTAINMENT OF COMPETITION LAW GOALS.

*Evelyne Ameye**

ABSTRACT *The present article explores how unintended collateral effects of competition law enforcement by competition authorities sometimes impede competition law to fully reach its goals. This is illustrated with Spanish competition case-law showing that, notwithstanding competition authority's proactivity and high fines, collateral enforcement effects occasionally lead to less competition rather than more competition on the affected markets.*

INDEX 1. Introduction. 2. Competition law goals: a jellyfish hard to nail down. 3. The competition goals of the Spanish Markets and Competition Authority. 4. Collateral effects of competition law enforcement impeding the full attainment of the goals of competition law on the side of the complainants. 5. Collateral effects of competition law enforcement impeding the full attainment of the goals of competition law from an infringer's perspective. 6. Conclusion

KEY-WORDS & JEL CLASSIFICATION CODES Competition law enforcement – competition law goals – Spanish Markets and Competition Authority. K21.

* Spanish and EU competition lawyer at the Madrid and Brussels Bar, founder of EA Law (eameye.com), evelyne@eameye.com.

1. INTRODUCTION.

Competition law, working at the confluence of law and economics and at the confluence of private and public power in the marketplace, is aimed at guaranteeing a level playing field for market operators, which benefits price, quality, and boosts innovation to the benefit of the consumer. It shapes global business conduct and indirectly determines which products are produced and consumed.

The enforcement of competition law by competition authorities world-wide is aimed at securing that competition law attains its goals.

However, the tools provided to competition authorities to attain these goals are sometimes not fully adequate in order to effectively attain them.

This article illustrates this stance in Spain, where the instruments to duly counter competition law infringements have occasionally come to trigger collateral effects impeding that the goals of competition law be fully attained, both on the side of the complainants and on the side of the infringers.

2. COMPETITION LAW GOALS: A JELLYFISH HARD TO NAIL DOWN.

Despite the key role of competition law in the economy, it is relatively rare that objectives of competition law are spelled out explicitly in constitutions, treaties or implementing legislation¹. Competition laws are usually succinct and cryptic. Where spelled out, the goals of competition law are broadly defined, open for interpretation and sometimes even potentially conflicting.

According to the OECD, well-designed competition law, effective enforcement and competition-based economic reform promote consumer welfare and economic growth while making markets more flexible and innovative².

However, these broadly defined goals are open for a variety of interpretations and evolve over time. EU institutions, scholars and practitioners attribute a multitude of values and goals to EU competition law based on the Treaties, the case-law of the European Courts and the decision-making practice of the European Commission, reflecting “*a multitude of primarily interdependent and consistent goals which culminate in, but are not limited to, the protection of consumer welfare*”³. Inherent to the discipline is its evolutionary nature and the lack of sole permanent benchmarks for intervention.

1 Weber Waller, 2022.

2 OECD, 2024.

3 Ezrachi, 2018.

To further add to the wooliness of the goals of competition law, there are regional differences. E.g. since the 1970s, US competition law has been almost exclusively dominated by the concern for efficiency and consumer welfare⁴, with limited efforts to incorporate broader, non-economic policy goals into the law, even though there is a passionate debate as to whether this should encompass total welfare or fairness, address inequality and development needs, promote and protect democracy or support climate change⁵. EU competition law, by contrast, has always had broad goals, including European integration and the creation of a single market alongside the protection of consumer welfare⁶, as well as the protection of small and medium-sized enterprises, employment, regional development, and the preservation of a competitive market structure⁷. In terms employed by the European Commission, “*competition policy is about applying rules to make sure businesses and companies compete fairly with each other*” and “*this encourages enterprise and efficiency, creates a wider choice for consumers and helps reduce prices and improve quality*”⁸. It defines the goals, therefore, as low prices for all, better quality, more choice, innovation, and better competitors in global markets⁹.

Due to the multitude of goals promoted by EU competition law, it has become a versatile enforcement tool that is particularly useful in dynamic markets: (i) consumer welfare is useful to solve welfare consequences on various customer groups, both from a price and non-price perspective, e.g. a drop in quality; (ii) protecting an effectively competitive market structure aims at avoiding distortions that can potentially block innovation or access and consumer choice; (iii) promoting efficiencies is key to foster innovation; (iv) fairness is useful to address discrimination; (v) economic freedom, plurality and democracy is valuable to tackle market manipulations that can potentially impact on consumers’ freedom and plurality; (vi) market integration aims at avoiding artificial barriers between EU Member States, e.g. by ensuring equal access to domestic markets or guaranteeing substitutability between

4 Weber Waller, 2022.

5 Fox, 1997.

6 C-56/64 and C-58/64, *Consten and Grundig-Verkaufs-GmbH v. Commission of the European Economic Community*, ECLI:EU:C:1966:41.

7 Bradford; Chilton; Linos & Weaver, 2019.

8 European Commission, 2024.

9 *Idem*.

regional technologies¹⁰. Interestingly, an empirical investigation on the goals of EU competition law came to the conclusion that different Commissioners seem to emphasize different goals during their terms (“*with Kroes promoting welfare and Vestager promoting fairness*”), that the Commission places emphasis on different goals than the Court and Advocate Generals and that Commissioner speeches reflect yet different emphasis too. “*The Commission assigns more value to welfare and to the protection of competitors and commercial freedom, but less value to efficiency than the Court and the Advocate Generals. Speeches emphasise welfare and fairness more than EU institutions in their decisions.*”¹¹ The same investigation concludes that the research shows that no goal has ever been predominant and no goal has ever subsumed other goals¹².

The multitude of goals does, however, not trigger unpredictability or far-stretched discretion. Rather, it leads competition authorities to carefully balance these goals, with various tools such as sector studies, market enquiries, information requests, dawn raids and leniency. Market operators may challenge the chosen competition policy tools before these authorities and, further down the line, in appeal proceedings.

3. THE COMPETITION GOALS OF THE SPANISH MARKETS AND COMPETITION AUTHORITY.

The Spanish Markets and Competition Commission (*Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* or CNMC) is, as per its own task description, “*the body that promotes and ensures the proper operation of all markets in the interest of consumers and corporations*”¹³.

Since the merger of regulatory and competition authorities in 2013, the CNMC intervenes both in the regulatory and competition arena. As regards competition, its objective is to “*preserve and guarantee the existence of effective competition in the markets throughout Spain, since this is fundamental for proper functioning of a free market economy and for the well-being of consumers*”¹⁴.

¹⁰ Ezrachi, 2018.

¹¹ Stylianou & Iacovides, 2022.

¹² *Idem*.

¹³ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 2024a.

¹⁴ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 2024b.

The CNMC is known as being an efficient, proactive competition authority in the international arena.

4. COLLATERAL EFFECTS OF COMPETITION LAW ENFORCEMENT IMPEDING THE FULL ATTAINMENT OF THE GOALS OF COMPETITION LAW ON THE SIDE OF THE COMPLAINANTS.

Occasionally, competition law enforcement triggers collateral effects that impede a full achievement of the goals of competition law from a perspective of complainants.

This is illustrated with an example in Spain. In 2011, the CNMC was informed in detail on a fully confidential basis of the existence of the Spanish Milk Cartel¹⁵, *inter alia*, by small farmers grouped in unions and cooperatives. Very few milk farmers so far had dared to complain about the generalised practice of the major dairy companies to share the milk-supplying farmers among themselves, to buy their raw milk at artificially high, fixed prices and to keep farmers captive. Milk farmers can easily be made captive because they need to sell their milk to retain their quotas, because production cannot be stopped and because surplus milk cannot simply be thrown away due to its polluting nature and farmers need to bear the costs of having surplus milk destroyed¹⁶.

The milk farmers' bravery allowed the CNMC to pull the thread and sanction Spain's major dairy companies with a fine totalling €81 million for a cartel that lasted from 2000 until 2013. Yet, even though they unravelled one of the major Spanish cartels, most farmers involved in the complaint went out of business. Indeed, somehow the dairy industry eventually became aware of the farmers' involvement. As a result, no single dairy company agreed to purchase their milk following the CNMC's decision, despite the fact that Spain is a milk-deficient country. And there was nothing illegal in doing so: contractual freedom implied that dairy companies could legitimately choose not to trade with some milk farmers. This retaliatory boycott made those farmers sell their cows and go out of business. Yet some farmers had repeatedly requested the CNMC to allow for interim measures that would oblige

15 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Decision S/0425/12 – *Indústrias Lácteas 2*.

16 In accordance with the Ascola Declaration of Ethics, the author discloses that she formerly acted for the complainant in this case but has not been involved in the case since 2015. The views in this post are strictly her own and have not been requested nor paid for by any party. The present statements are of general relevance to competition law and not case-specific.

a randomly designated dairy company to purchase their milk and avoid that they be penalized for having decried a major economic crime. The competition authority did not act upon those requests which would have saved the farmers from going out of business. The very large fine imposed on the Spanish dairy industry was not able to avoid this from happening. Harming complainants of a cartel is certainly not one of the goals of competition law.

Paradoxically, even though these few farmers became the victims of their bravery, it opened the way for many milk farmers to file massive damages claims following-on from the Spanish Milk Cartel’s decision¹⁷.

The milk farmers’ fate proves that the competition enforcement tools, which have carefully set out comprehensive and meticulous rules regarding whistle-blowing by cartel-members and their corollary protection against the negative consequences of leniency, are perhaps not sufficiently carefully crafted when it comes to protecting complainants against the negative effects of their complaints, e.g. for cartels on upstream purchasing markets. The legislator did not sufficiently consider all potential effects of competition law enforcement for a particular type of complaints.

5. COLLATERAL EFFECTS OF COMPETITION LAW ENFORCEMENT IMPEDING THE FULL ATTAINMENT OF THE GOALS OF COMPETITION LAW FROM AN INFRINGER’S PERSPECTIVE.

From a perspective of the infringers in competition law proceedings, some competition law enforcement rules have also led to paradoxical consequences.

This can be illustrated, again, with an example in Spain. The fact that fines are reduced for large companies in order to take account of the fact that they are “multiproduct” companies, without properly defining the concept of “multiproduct” and without accordingly linking it to the Commission’s Market Definition Notice¹⁸, has frequently reduced fines for large multinational corporations in major cartels, whereas small and medium-sized companies condemned in the same cartel have had to bear proportionally much larger fines. And this has led, paradoxically, to the result that, pursuant to the fine, some small and medium-sized firms have had to close part of their business, have had to file for bankruptcy or have been acquired by their large competitors, even, in some cases, fellow cartel members. This has ironically led to less

¹⁷ Bagley, 2022, De Félix Parrondo; Pérez Carrillo; Garralda & Nuñez, 2023.

¹⁸ European Commission, 2024.

competition rather than more competition in the affected markets following the CNMC's decision.

In competition law infringements, the general rule is that fines are imposed on the basis of an individual penalty rate applied to the infringing company's total turnover in the fiscal year preceding the CNMC's decision. A deviation from this general rule for "multiproduct" reasons stems from the Spanish Supreme Court's case-law¹⁹ and implies that infringing companies active in multiproduct operations are allowed to obtain a reduction of their fines.

In the absence of a detailed market analysis to determine what is to be understood by "multiproduct" operations, this rule usually ends-up playing into the hands of multinational corporations. The CNMC's decisions lack transparency on the employed parameters when dealing with the Supreme Court's "multiproduct" reductions. From the CNMC's 2018 fine recalculation communication²⁰ and relevant decisions²¹, one can only infer that the "multiproduct" reductions are based on assumptions of economic parameters, including an estimate of the potential illicit benefit from the cartel. It is noteworthy that this estimate of the potential illicit benefit is essentially based on information provided by the infringing companies themselves in the course of the proceedings. Yet according to settled EU case-law (e.g. Case 107/82 *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken*), competition authorities cannot validly rely in support of their arguments on information contained in documents on which all parties have not had the opportunity to express their opinions. A detailed analysis of the calculation and the assumptions is not set out in a transparent fashion neither in the administrative files nor in the final decisions, albeit with due redaction of confidential data. Yet a duly motivated analysis should be provided to allow for checks and balances on such large fine reductions, with a clear explanation as to how they do not hamper the deterrent effect of the fines. A general duty to state reasons stems from the Charter of Fundamental Rights of the EU²².

The application of the "multiproduct" reductions has led multinational corporations in some cases paying only 1% of the fine that they should have

19 Cases n.ºs 2872/2013, 1476/2014 and 1580/2013.

20 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 2018. The Communication states that the "multiproduct" test is based on a ratio of [turnover on the affected market during the cartel period]/[total turnover in the fiscal year preceding the fine] for each company. See also Suárez Valdés, 2022.

21 E.g. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Decision S/484/13 – *Redes Abanderadas*.

22 The European Parliament, The Council, The Commission, 2012.

been paying had the rule not been applied. Moreover, no exception is foreseen to avoid applying such reductions to the cartel instigators.

The enforcement of competition law leading to more concentrated markets pursuant to the CNMC's decision due to the disappearance or acquisition of the small and medium-sized players is certainly not one of the goals of competition law.

6. CONCLUSION.

Competition laws exist for more than 100 years. The Canadian Act for the Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraint of Trade was adopted in 1889 and the Sherman Act was adopted in 1890 in the US. It has been a cornerstone of EU law since the Treaty of Rome of 1957.

The goals of competition, even though coherent and consistent, are evolving and flexible to constantly adapt to societal changes. However, such goals can only be attained with enforcement tools that enable competition authorities to reach these goals. As has been demonstrated in this article, collateral effects deriving from inadequate competition law enforcement tools both from a complainant's and an infringer's perspective may impede the full attainment of the goals of competition law. The illustrations with Spanish competition case-law show that, notwithstanding competition authority's proactivity and high fines, collateral enforcement effects occasionally lead to less competition rather than more competition on the affected markets. This can surely not be the goal of competition law.

In this context, legislators worldwide should constantly reflect on and monitor their competition authorities' enforcement tools to ensure that those are watertight and evolve in line with the aspired goals. Such enhanced monitoring could avoid or reduce any undesired collateral effects of competition law enforcement.

BIBLIOGRAPHY

BAGLEY, Alex

2022 *Law firms adopt 'novel strategy' in Spanish milk cartel claims*, in *Global Competition Review*, vol. 5, available from <https://globalcompetitionreview.com/article/law-firms-adopt-novel-strategy-in-spanish-milk-cartel-claims> [accessed on 11.06.24]

BRADFORD Anu, CHILTON Adam S., LINOS Katerina & WEAVER Alex

2019 "The Global Dominance of European Competition Law Over American Antitrust Law", in *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 16, p. 731, available at https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2513 [accessed on 11.06.24]

DE FÉLIX PARRONDO, Esther; PÉREZ CARRILLO María; GARRALDA Covadonga & NUÑEZ Raquel

2023 *The 'Boom' in Private Enforcement of Competition Law from a Spanish Perspective: Importance of Economic Side of Private Enforcement Litigation*, Mondaq, 28.02.2023, available from <https://www.mondaq.com/cartels-monopolies/1288040/the-boom-in-private-enforcement-of-competition-law-from-a-spanish-perspective-importance-of-economic-side-of-private-enforcement-litigation> [accessed on 11.06.24]

EZRACHI, Ariel

2018 *EU Competition Law and the Digital Economy*, Oxford Legal Studies Research Paper 17/2018, available from <https://ssrn.com/abstract=3191766> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3191766> [accessed on 11.06.24]

Fox, Eleanor

1997 "EU and US Competition Law: A Comparison", in *Global Competition Policy*, DC Institute of International Economics, p. 340

STYLIANOU, Konstantinos & IACOVIDES, Marios

2022 The goals of EU competition law: a comprehensive empirical investigation, in *Legal Studies*, vol. 42(4), pp. 620-648, available from <https://doi.org/10.1017/lst.2022.8> [accessed on 11.06.24]

SUÁREZ VALDÉS, Álvaro

2022 *Cálculo de sanciones impuestas por el consejo de la CNMC*, Universidad de Valladolid, 8.7.2022, available from <https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/54485/TFG-N.%201797.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [accessed on 11.06.24]

WEBER WALLER, Spencer

- 2022 *Goals of Competition Policy*, 21st Meeting of the OECD Global Forum on Competition, 1 December 2022, available from <https://oe.cd/gcp> [accessed on 11.06.24]

Official Documents

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

- 2018 *Análisis de las resoluciones de recálculo en aplicación de la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de sanciones de competencia*, Documento AE-03/18(0704), available from https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/CNMC/DocumentosReferencia/AE-03-18-0704_An%C3%A1lisis%20de%20las%20resoluciones%20de%20rec%C3%A1culo%20en%20aplicaci%C3%B3n%20de%20la%20nueva%20jurisprudencia%20del%20TS%20en%20materia%20de%20sanciones%20de%20competencia.pdf [accessed on 11.06.24]
- 2024a *Homepage About the CNMC*, available from <https://www.cnmc.es/en/sobre-la-cnmc/que-es-la-cnmc> [accessed on 11.06.24]
- 2024b *Homepage Areas of Activity Competition*, available from <https://www.cnmc.es/en/ambitos-de-actuacion/competencia> [accessed on 11.06.24]

EUROPEAN COMMISSION

- 2024 *Communication from the Commission, Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Union competition law*, C/2024/1645, OJ C, of 22.02.2024.

THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE COMMISSION

- 2012 *Charter of Fundamental Rights of the European Union*, OJ C 326, 26.10.2012.

OECD

- 2024 *Homepage on Competition*, available from <https://www.oecd.org/competition/#:~:text=Well%2Ddesigned%20competition%20law%2C%20effective,markets%20more%20flexible%20and%20innovative> [accessed on 11.06.24]

Jurisprudence EU

Judgment of the Court of Justice of 13 July 1966 *Consten and Grundig-Verkaufs-GmbH v. Commission of the European Economic Community*, C-56/64 and C-58/64, ECLI:EU:C:1966:41

National Jurisprudence

Judgment of the Spanish Supreme Court (Tribunal Supremo) of 29.01.2015, case 2872/2013; 30.01.2015, cases 1476/2014 and 1580/2013

Case Practice

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Decision of July 2nd 2015, S/484/13 *Redes Abanderadas* Decision of July 11th 2019 S/0425/12 *Indústrias Lácteas 2*

WHEN A CONCENTRATION IS A RESTRICTIVE PRACTICE: THE ROAD AHEAD AND LESSONS LEARNT

*Tânia Luísa Faria**, *Afonso Marques dos Santos***, *Maria de São José Bogalho****

ABSTRACT *The purpose of the article is to analyse if the emerging new methods of ensuring jurisdiction for merger control are actually helpful, justified and, most of all, lawful. To this end, we will review the new approaches to merger control in the European Union, as well as at Member States level, including legislative and jurisprudential innovations: amendments to merger control thresholds, the new interpretation of Article 22 by the European Commission, the subsequent judicial reaction and the emergence of other regimes with references to merger control, such as the Digital Markets Act, and, in particular, the application of the restrictive practices prohibitions, Articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union, to merger cases in a context where Article 22 has become a less viable tool after the European Court of Justice judgement on Illumina / Grail.*

TABLE OF CONTENTS 1. Introduction. 2. Enforcement Gap vs. Benefits of M&A for Start-ups. 3. Attempts at a Solution. 3.1. Adjustment to Existing Merger Control Thresholds. 3.2. Article 22 of the EUMR. 3.3 Digital Markets Act. 4. When a Concentration is a Restrictive Practice. 4.1. Article 102 of the TFEU and Merger Control. 4.2. Article 101 of the TFEU and Merger Control. 5. Conclusion.

KEY WORDS & JEL CLASSIFICATION CODES Merger control; EUMR; killer acquisitions; enforcement gap; Article 22 of the EUMR; Article 101 of the TFEU; Article 102 of the TFEU; Illumina/Grail; Towercast.

* Head of Competition and EU Law Practice at Uría Menéndez, Lisbon; PhD in Law and Economics; Lecturer at the Law Faculty of the University of Lisbon and at the Law Faculty of Universidade Lusófona.

** Associate at the Competition and EU Law Practice at Uría Menéndez, Lisbon.

*** Associate at the Mergers and Acquisitions Practice at Uría Menéndez, Lisbon.

1. INTRODUCTION

The European Union (“EU”) merger control system is one of the fundamental pillars of the Competition Law framework, aiming to promote economic efficiency and, to a significant extent, the development of an integrated internal market. The European Commission (the “EC”), alongside national competition authorities, plays a pivotal role in assessing and regulating mergers and acquisitions and the setting up of joint ventures. This body of law, including the EU Merger Regulation¹ (“EUMR”) and the national merger control provisions, has been increasingly important over the years, preventing, *ex ante*, transactions resulting in limitations to competition in the relevant markets. In this context, during the last 10 years, the EC issued 3,380 clearance decisions in Phase I, 125 clearance decisions with remedies in Phase I, 11 clearance decisions in Phase II, 48 clearance with remedies decisions in Phase II, and 8 prohibition decisions.²

However, the setting up of a merger control framework and its implementation at EU and at national level was a slow and hesitant construction. Indeed, the EU has taken its time to adopt a merger control system. While jurisdictions as the US have adopted and developed merger control policies since the beginning of the XX century, the first EUMR was adopted only in 1989. By then, there were already several Member States with an implemented merger control system, such as Italy, France, Great Britain and Germany, but a significant number of Member States did not have merger control provisions, and some Member States have only recently set up merger control systems (for instance, Luxembourg only implemented an *ex ante* merger control review in 2023).³

To assert jurisdiction, the EU and national merger control provisions have, in general, focused on turnover figures as thresholds, except for Portugal and Spain that also have alternative market share thresholds, controversial in what concerns legal certainty, but often useful to track business with limited turnover but a relevant market position.⁴

1 Council Regulation (EC) no. 139/2004, dated 20 January 2004.

2 According to the information made available by the EC at the competition case search, available at: <https://competition-cases.ec.europa.eu/search>.

3 Indeed, the aim of limiting barriers to investment and the reliance on the EU-level merger control led to delays in setting up a merger control framework at national level.

4 For instance, interesting transactions on online markets, including the markets for online advertising were, in Portugal in Spain notified in result of the triggering of market share thresholds. For example, FixeAds, who

The debate on the alleged insufficiencies of the turnover threshold regimes has become a popular trending topic on competition law forums, when several acquisitions with apparent competition law relevance were not assessed by the competition authorities, as they did not trigger the EU merger control thresholds⁵, including the one billion-dollar acquisition of Instagram, in 2012, by Facebook, as, at the time, Instagram did not generate any revenue (it registered a turnover, in 2024, above USD 51 billion) and only had 13 employees (it has more than 15,000 employees nowadays).⁶

Also, the actual outcome of the merger assessment of concentrations that are, indeed, subject to merger control proceedings, has been increasingly subject to criticism. The EC itself acknowledged that recent studies suggest a certain degree of under enforcement of competition rules, with some potentially harmful mergers allegedly escaping antitrust scrutiny.⁷ In particular, research by Stiebale and Szücs examined the impact of 194 horizontal mergers assessed by the EC. Their findings indicate that, following these mergers, the mark-ups of rival firms increased by 2% to 4%, suggesting that some mergers may have been insufficiently scrutinized.

Indeed, the alleged enforcement gap and material assessment insufficiencies have generated reactions that we could characterize as rather erratic, and that, fortunately, have been judicially challenged, as we will further explain below, in terms of legal uncertainty and procedural complexity, which may affect market participants and their ability to effectively predict and navigate the regulatory outcomes.

2. ENFORCEMENT GAP VS BENEFITS OF M&A FOR START-UPS

As mentioned above, traditional merger control criteria were quite straight-forward, which provided legal certainty to market players. In general, companies could know, in advance, when they would be subject to a

controlled OLX, a Portuguese marketplace platform, intended to acquire CustoJusto, another marketplace platform, a transaction that was ultimately abandoned – Ccent. 26/2015 – FixeAds / Ativos Custo Justo. Similarly, in Spain, based on market share thresholds, APAX notified the Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (“CNMC”) regarding its acquisition of Idealista, as included in the proposal and resolution report issued by the CNMC – C/0680/15 – Apax / Idealista.

5 Faria, Martins & Pedreira, 2021: p. 152-158.

6 According to the information made available by RocketReach, available at: https://rocketreach.co/instagram-profile_b5e4f407f42e66e5.

7 EC, 2024: p. 109.

merger filing obligation, with the support of their legal teams. However, there are some *indicia* that seem to suggest that these criteria could be more suited for traditional markets.

In digital markets, leading market players appeared, within the last few years, to consistently seek out promising start-ups with the intent to acquire them. The objectives of such acquisitions are, apparently, diverse, ranging from the integration of specific technologies into the acquirer's products, to the recruitment of highly skilled personnel to contribute to the acquirer's ongoing projects, or, as some authors, stakeholders and opinion makers seem to imply, eliminate potential competitors, since by acquiring them at such early stage it is possible to prevent them from becoming a competitive threat, enabling big market players to strengthen their market leadership⁸.

In this context, it is noteworthy that out of 1,149 mergers involving big tech, from 1987 to July 2022, the EC reviewed only 21 mergers. Most of these mergers fell below the EU and national merger control thresholds due to the low or non-existent turnover of the merger target.⁹

On the other hand, it should be noted that, in general, according to the available data, these acquisitions did not result in the discontinuation of the acquired business, even though it seems that there is a certain degree of product discontinuation, especially when the acquirer and the target are close competitors, however, it is rather uncertain if all products were viable or if product discontinuation was, after all, efficient.¹⁰ Also, innovative and competitive dynamics differ dramatically across industries. Less nimble markets like pharmaceuticals seem to require a different treatment than digital markets, where non-horizontal considerations such as ecosystem building play a larger role in innovation processes and are often behind M&A strategies. Indeed, to address one of the most debated issues on enforcement gap, to a significant degree, it is likely that Instagram has significantly improved its service and its entry and expansion into the market was relevantly swifter after the Facebook acquisition.¹¹

8 On the opinion makers front, please refer, for example to <https://www.nytimes.com/2024/06/13/opinion/big-tech-ftc-ai.html> or <https://www.washingtonpost.com/technology/interactive/2021/amazon-apple-facebook-google-acquisitions/>.

9 Carugati, 2022.

10 Sperry, 2020.

11 Sperry, 2020.

When discussing the alleged enforcement gap we came across, rather broadly, with the idea of killer acquisitions. The concept of killer acquisitions was first introduced in a landmark research paper written by Colleen Cunningham, Florian Ederer, and Song Ma, with a particular emphasis on the pharmaceutical industry¹². The term killer acquisitions does not establish a distinct category of acquisitions; rather, it represents a concept rooted in certain theories of harm, in particular harm to potential competition reflects concerns that acquiring potential competitors can result in innovation loss, as well as restricted access to essential infrastructure.

According to the available data, killer acquisitions remain a rather rare phenomenon, in particular in what concerns digital markets. In pharmaceuticals, where the risk may be arguably the highest, the likelihood is between 5.3% and 7.4%.¹³ In digital markets, the rate is closer to 1 in 175.¹⁴ Nonetheless, the low probability of the phenomenon does not imply that there is no need for intervention, as the merger control framework is a marginal phenomenon itself. Indeed, 5% to 7% corresponds to the average intervention level, in merger cases, in the EU.¹⁵

At the same time, strengthening the merger control framework may result in a real risk of discouraging overall merger activity, which is, according to the available data, responsible for increasing research and development expenditure by as much as USD 13.5 billion annually.¹⁶ Also, there is evidence that revenue growth strategies implemented in a post-concentration scenario, which includes cross selling, expanding into new customer segments, accelerating product launches and continuous innovation, substantially decreasing innovation expenses by capitalizing on research and development (“R&D”) economies of scale.¹⁷

Significantly, smaller firms often pursue its acquisition by established market players for various compelling reasons. In a survey carried out by the Silicon Valley Bank, many start-ups, especially those in the technology sector, with fewer than 25 employees and annual revenues under USD 25 million,

12 Cunningham, Ederer & Ma, 2020: p. 649-702.

13 Cunningham, Ederer & Ma, 2020: p. 649-702.

14 Gautier & Lamesch, 2020.

15 Ivaldi, 2023.

16 Kulick & Card, 2023.

17 Kulick & Card, 2023.

consider being acquired as a long-term goal.¹⁸ According to a PwC's 2024 analysis, this trend remains strong in the technology sector, with start-ups increasingly positioning themselves for acquisitions.¹⁹ This purpose can foster innovation and support the emergence of start-ups that might not otherwise come into existence.²⁰ Choosing acquisition over an initial public offering is increasingly common, as it is made evident in the declining number of initial public offerings ("IPO"), dropping from 486 in 1999²¹ to 154 in 2023²², in the USA.

Indeed, building a new product is incredibly hard, even for the most successful tech firms, as evidenced by the epic failures of Microsoft Zune music player, Windows Phone or Google+ social network, so internal growth is not always a realistic alternative to a merger.

Moreover, there are significant differences between the big tech acquisition strategies and there is a clear shift in M&A trends in the digital market, probably already impacted by the merger control uncertainty in the EU. Going through the existing data, we can conclude, for instance, that the average age of the companies acquired by Facebook is considerably lower than of those acquired by Amazon and Google, that typically are not start-ups, and it should be noted, for example that Google's M&A activity has declined and its lead has become less pronounced.²³

Finally, interestingly enough, Albrecht, Auer, Fruits and Manne have demonstrated that calls for antitrust reforms could be rather populist, and most mergers are largely benign. Some recent mergers, such as Amazon/Whole Foods, saw a huge number of dire predictions, despite quickly proving to be procompetitive, allowing a more efficient cost structure and incentivizing price cuts in competitors.²⁴ In contrast, others, such as Facebook/Instagram, drew almost no concerns at the time but are now seen as problematic in retrospect – even though, based on empirical evidence, it is clear that Meta (including Facebook, Instagram and Whatsapp) is losing members,

18 Silicon Valley Bank, 2019.

19 PwC, 2024.

20 EC, 2016.

21 Hardy, 2012.

22 Sinha, 2024.

23 Dave, 2024.

24 Please refer, for example to: <https://www.latimes.com/business/la-fi-amazon-whole-foods-qa-20181106-story.html>.

considering the emergence of other apps, such as SnapChat and, in particular, TikTok.²⁵

In any case, although the size of the enforcement gap is debatable, we will address, in the following sections, the proposed solutions for a problem that exists to a certain degree and in a differentiated manner due to the characteristics of each sector— though, probably to a lesser extent than the doomsday mergers disciples may suggest.

3. ATTEMPTS AT A SOLUTION

Considering the *indicia* of an enforcement gap, mainly in the pharmaceutical and digital sectors, the EC and the national competition authorities have been trying to expand their merger control powers to include the review and control of transactions that fall below both the EU and national thresholds, even though these powers extend, as have been applied, to sectors not identified as “problematic”.

From more limited approaches, as the adjustment of guidelines, to adopt a comprehensive perspective, evaluating if transactions result in future or dynamic competition loss, as the Competition and Markets Authority (“CMA”) has done recently, and changes to the existing merger control thresholds.²⁶

The main obstacle to these changes, as we will further detail below, is the tremendous level of deal uncertainty caused by the possible retroactive assessment of transactions, lengthier M&A procedures and increased costs.

3.1. Adjustment to existing merger control thresholds

As referred, one of the alternatives is to amend the merger control thresholds to cover situations in which the turnover of the target is modest, even though its business is very valuable.

²⁵ Albrecht, Auer, Fruits and Manne, 2023: p. 51-52.

²⁶ The UK Digital Markets, Competition and Consumer Act revised the merger control thresholds to exclude smaller transactions from the CMA review. The turnover threshold has been raised from GBP 70 million to GBP 100 million. Additionally, a “safe harbour” provision exempts small businesses from the CMA’s jurisdiction, even when the share-of-supply threshold is met, as long as each party involved has UK turnover of GBP 10 million or less. The CMA also implemented a new threshold specifically targeting killer acquisitions. This applies when one party holds a 33% or greater share of supply of goods or services in the UK (or a substantial part thereof) and generates more than GBP 350 million in UK turnover, while the other party has a “UK nexus”.

For instance, in 2017, Germany and Austria implemented a new threshold to their merger filing control test, an objective threshold: the transaction value. This means that, besides the thresholds based on turnover figures, there is an alternative threshold corresponding to the value of the payment in exchange for the merger (EUR 400 million in Germany and EUR 200 million in Austria), combined with the target being active on the national market to a significant extent.²⁷

Other jurisdictions have also more recently embraced value-based thresholds, sometimes including additional market share requirements. In 2021, South Korea implemented a size-of-transaction threshold for merger control reviews. Transactions valued over KRW 600 billion are now subject to review if they involve relevant activities in Korea, such as reaching 1 million monthly users or allocating at least KRW 30 billion in annual R&D expenditure over the preceding three years. In the UK, new thresholds for so-called killer acquisitions were established, allowing reviews even in the absence of direct overlap between merging parties, provided one party has at least a 33% market share and significant UK presence (*i.e.*, turnover exceeding GBP 350 million).²⁸

In Australia, new mandatory merger notification thresholds were proposed on 30 August 2024, replacing the previous voluntary regime, which applied only when combined market shares exceeded 20%. The new thresholds are triggered by revenue, transaction value, or market share. Similarly, on 10 September 2024, India's amended Competition Act introduced a value-based threshold for merger control, applicable to transactions exceeding INR 20 billion, provided that the target has substantial business operations in India.²⁹

It is, however, interesting to see what type of transactions have been caught, for instance in Germany, after the value thresholds entered into force. Based on public information, this threshold has caught a very limited number of cases and, in any case, apparently, there are no clear signs of no killer acquisitions.

Indeed, to illustrate this idea, based on public information, from 2017 to 2020 the German Competition Authority (*Bundeskartellamt*) has dealt with

²⁷ Berg & Weinert, 2017.

²⁸ Choi & Lee, 2023.

²⁹ In the United States, value-based thresholds have long been in place. A transaction must be reported if its value exceeds USD 478 million or, alternatively, if one party's net sales or assets exceed USD 23.9 million, while the other party's assets exceed USD 239 million.

a total of 60 cases under the transaction value threshold, of which 34 informal applications were made, with the German Competition Authority informing the parties that no formal filing was required mostly due to a lack of local nexus and in the remaining five cases recommended a formal notification. A total of 31 cases (including the five from above) were formally notified. This resulted in 19 clearance decisions, 10 withdrawn filings, including 6 cases without a local nexus and also including one referral application to the EC in Microsoft's acquisition of GitHub³⁰, which was cleared by the EC and the target has kept its open source DNA after the merger³¹. Interestingly, almost half of the cases related to the pharmaceutical sector and only four cases to the technology sector. 7 cases related to large real estate properties, not yet generating a rent, which is telling in what concerns the blind nature of this criteria, and 6 to other sectors.

On 17 June 2024, the German Competition Authority has cleared the first acquisition, where Phase II proceedings were initiated, under the transaction value threshold. It was the takeover of Olink Holding AB, Sweden³², by Thermo Fisher Scientific, Inc., USA³³. Although Thermo Fisher and Olink did not reach the turnover thresholds required for German merger control, the concentration was notifiable due to the high purchase price of EUR 2.8 billion and substantial operations in Germany identified by the German Competition Authority.³⁴ Although Thermo Fisher and Olink were only active in neighbouring markets, rather than overlapping ones, the Authority paid particular attention to conglomerate effects, such as the future bundling of the products and services offered by the parties involved in the concentration.

The inclusion of a value-based threshold was also considered at EU level. However, several challenges arise when assessing its appropriateness that were highlighted during the evaluation of the existing merger control framework. Firstly, respondents did not see a significant enforcement gap borne out by cogent empirical evidence. Furthermore, “complementary” thresholds

30 Booluck, 2022.

31 Decision (EC) M. 8994 – Microsoft/Github.

32 Thermo Fisher is a provider of research equipment in the scientific services sector, specialising in the manufacture and development of “High Resolution Accurate Mass” mass spectrometers.

33 Olink is a global biotechnology company that utilises its proprietary Proximity Extension Assay (PEA) a technology in multiplex protein biomarker analysis.

34 Badtke & Jarass, 2024.

would generate a significant number of ‘false positive’ cases that did not raise competition concerns in Europe and thereby divert EC resources from those which did, a new threshold not based on turnover could introduce legal uncertainty by incorporating unfamiliar concepts into the existing, well-established framework, in particular since the price is a matter of subjective determination between merger parties. Furthermore, public international law principles require a local nexus, meaning that a concentration must demonstrate substantive effects within the jurisdiction, and it was considered that a value-based threshold alone might not satisfy this requirement. Additionally, transaction values vary significantly across industries, especially those with high capital expenditures, such as pharmaceuticals or technology, where deals naturally involve higher figures. As a result, a value-based threshold could place an undue burden on both companies and the EC, leading to protracted competition assessments.³⁵

Most of all it is rather unlikely that a consensus could exist in the short run on how to adjust the thresholds at EU level. We recall that it took decades for a merger control framework to be implemented in the EU.

3.2. Article 22 of the EUMR

In this context, as it often happens, the EC tried to expand its jurisdiction by reinterpreting an existing provision and the reappraisal of the application of Article 22 of the EUMR was put in motion to address the potential enforcement gap.³⁶

Under Article 22 of the EUMR, a provision included in the 2004 EUMR, that was aimed to provide a tool to Member States without merger control provisions, Member States can ask the EC to analyse a concentration which, despite not having the dimension to be notified under Article 3 of the EUMR, affects trade between Member States and threatens to affect competition in the territory of the Member State making the request. Article 22 was increasingly overlooked over the years, since almost all Member States now have merger control regimes, but, in late 2020, surprisingly, this Article was used to allow the EC to exert jurisdiction over the Illumina/Grail transaction, announced on 21 September 2020.

The Competition Commissioner, Margrethe Vestager, had first publicly mentioned this policy change on 11 September 2020 ten days before the

³⁵ EC, 2019 and 2021a.

³⁶ EC, 2021b: recitals 10 and 11.

Illumina/Grail deal was signed, whilst noting that “this won’t happen overnight”. But it did. Illumina, Inc. (“Illumina”) is an American company which offers solutions for genetic and genomic analysis by sequencing and microarray, developing its business in the cancer screening test market. Grail, LLC. (“Grail”), also an American company, operates in Illumina’s market, developing blood tests for early cancer screening. In September 2020, Illumina, which already held 14.5% of Grail’s share capital, entered into an agreement and merger plan to acquire sole control of Grail.

In December 2020, the EC received a complaint that triggered several interactions between the EC and the complainant, so that the EC’s preliminary conclusion was that the transaction could be subject to a referral request under Article 22 of the EUMR. Following this, the EC informed the Member States of the reasons why it considered that the transaction met the necessary conditions for the application of Article 22 of the EUMR and invited them to make a referral request under that Article.

As a result, several national competition authorities made referral requests under Article 22, the first being the French Competition Authority, in March 2021, followed by the Belgian, Greek, Icelandic, Dutch and Norwegian authorities.³⁷ With this mechanism, the national competition authorities granted the EC jurisdiction to assess an operation over which they themselves had no jurisdiction, since it did not fulfil the national (nor European) notification thresholds.

Indeed, the referral for EU-level review was controversial because the transaction did not satisfy any EU Member State (or indeed any global) turnover threshold, as Grail had not yet generated any EU revenue and Illumina had engaged with regulators in the UK and US, considering that these jurisdictions have thresholds not based solely on revenue.

After conducting its investigation, the EC: (i) prohibited the transaction; (ii) fined Illumina EUR 432 million for gun jumping; and (iii) imposed a symbolic fine of EUR 1,000 on Grail for going ahead with the operation before authorisation was given.

It is interesting to note that it was only after having initiated the Illumina/Grail case that the EC decided to explain its new approach to Article 22 of the EUMR, by publishing the Guidance on the application of the referral mechanism set out in Article 22 of the EUMR to certain categories of cases,

³⁷ Case T-227/21, *Illumina and Grail v. EC*, ECLI:EU:T:2022:447, §14-16.

in 2021, which is a testament to the EC ingenious and proactive approach to overcoming legal difficulties.³⁸

The EC tried to stress and certain degree of continuity between the past use of this provision and the new interpretation, stressing in Recital 7 of the Guidance that the mechanism set out in Article 22 of the Merger Regulation has allowed the European Commission to review a significant number of transactions in a wide array of economic sectors, such as industrial, manufacturing, pharmaceutical and digital, including cases subject to an in-depth investigation and/or authorised only following modification by the remedies offered by the parties.³⁹

Moreover, Recital 12 of the Guidance outlines the types of cases that may be suitable for referral, particularly when the transaction is not notifiable under the national laws of the Member State(s). It provides criteria for the EC to consider when encouraging or accepting a referral and aims to increase transparency, predictability, and legal certainty for a broader application of Article 22.⁴⁰

As for timing, the EC Guidance emphasizes that, while referrals are subject to Article 22 deadlines, the fact that a transaction has already been completed does not preclude a Member State from requesting a referral. However, the EC generally views referrals as inappropriate if more than 6 months have passed since the transaction's completion, unless it was not publicly disclosed. In exceptional cases, the EC understands it may consider a referral beyond this period, depending on the severity of the competition concerns and the potential negative impact on consumers.⁴¹

Illumina appealed the EC's decision to the General Court, maintaining that the EC could not accept a referral request from a national competition authority where a merger review law exists, but the referred transaction does not meet the thresholds for notification, since the EC's interpretation was contrary to the EUMR's "one-stop shop" principle and the principles of legal certainty, subsidiarity and proportionality.⁴²

The General Court, however, upheld the EC judgement and validated the new interpretation of Article 22 of the EUMR, admitting that a Member

38 EC, 2021b.

39 EC, 2021b: recital 7.

40 EC, 2021b: recital 12.

41 EC, 2021b: recital 21.

42 Modrall, 2022.

State could make use of the referral request even in situations where operations do not meet the notification thresholds (neither national nor EU) – which in turn triggered Illumina’s appeal to the European Court of Justice (“ECJ”).

According to the EC and the General Court, based on a literal, historical, constructive, and purposive interpretation of the EUMR there was no legal obstacle to the application of Article 22 where the referring Member States did not themselves have jurisdiction under national laws. It was not relevant that the origin of Article 22 was to address an enforcement gap that existed at the time the EUMR was passed when the Netherlands and other Member States did not have merger control rules. The General Court held, in accordance to the ever present effectivity principle, that if the law was interpreted differently, neither the EC nor Member States would have the ability to review potentially anti-competitive mergers.

However, on a perhaps unexpected plot twist, the ECJ disagreed with the General Court’s assessment, holding that Article 22 does not enable the EC to accept the referral of concentrations from national competition authorities that are not themselves competent to review the relevant deals⁴³.

The ECJ understood that General Court had erred in its historical interpretation of the EUMR: the documents that it relied on for that exercise did not provide a clear answer on whether Article 22 allows Member States to refer transactions not covered by national merger control rules; and, although the objectives of the EUMR had been “successively extended over time” to strengthen the application of EU competition law, that did not support the EC’s attempts to broaden its use of the Article 22 referral mechanism.

The ECJ found that the General Court had further erred in its contextual and purposive interpretation of Article 22. Several elements that the General Court had taken into account, *e.g.*, the recitals to the EUMR describing the provision as a “corrective mechanism” to remedy deficiencies in the merger control system, did not, in fact, in the Court’s view, support the EC’s position.

Conversely, the ECJ found that the General Court had failed to take proper account of several factors that it found determining from a “systemic perspective”. It noted, in this sense, that the aim of the EUMR was to establish an effective system that took account of the need for legal certainty with a clear allocation of powers between the EC and national competition authorities and a predictable system of prior merger control.

43 C-611/22 P, *Illumina, Inc v. European Commission*, ECLI:EU:C:2024:677, §222.

The ECJ stressed that Article 1(5) EUMR enabled the Council, following a proposal by the EC, to revise the jurisdictional thresholds under the EUMR, which would provide a lawful a solution to the jurisdictional issues of concern; and certain differences between the operation of Article 22 and other referral mechanisms under the EUMR (notably the circumstance that an Article 22 referral does not disapply the EUMR for non-referring Member States) weighed against an expansive interpretation of Article 22.

As the opinion of Advocate General Emiliou puts it, the EC would otherwise have the power to review almost any concentration, occurring anywhere in the world, regardless of the undertakings' turnover and presence in the EU and the value of the transaction. The ECJ concluded this could not be the case, based on a mere EC Guidance, adding that it would be “*at odds with the principle of institutional balance*”.⁴⁴

Consequently, the ECJ's judgment has rendered the EC's March 2021 policy to Article 22 referrals unlawful, after several cases were notified and decided under the reinterpretation of this provision, including Phase II cases Facebook Kustomer⁴⁵ and EEX / Nasdaq Power⁴⁶, with the latest transaction being abandoned, to a relevant extent, due to the EC scrutiny.

Furthermore, by late 2023 the EC had, according to its own admission, “seriously considered” more than 60 potential candidate cases, some of which were not notifiable anywhere in the EU and Member States, after an initial period of surprise and distrust, were increasingly keen in using this mechanism. As for Portugal, even though it refused to refer the Illumina / Grail transaction, since the target had no activity in this territory, it has subsequently joined the referral in several cases under Article 22. These included the Qualcomm/Autotalks deal, as well as Cochlear's acquisition of Oticon Medical (in the past, notably, in 2005, Portugal also referred the proposed takeover of Endesa by Gas Natural, marking its proactive use of the referral mechanism).⁴⁷

The impact of this judgment, in our view, correctly restating the applicable legal principles to a disruptive intervention in the market by the competition authorities, that should, in an case, be exceptional, will strength the relevance of the other available alternatives, including the reform of the EUMR

44 C-611/22 P, Illumina, Inc v. European Commission, ECLI:EU:C:2024:677, §215.

45 Decision (EC) M. 10262 – Meta (formerly Facebook / Kustomer).

46 Decision (EC) M. 11241 – EEX / NASDAQ Power.

47 EC, 2005.

that would require support from the Member States and/or the continuing reform of the merger control provisions at a national level.

3.3. Digital Markets Act

One of the responses that the EU legislator has given to the enforcement gap regarding merger control, in particular in the digital sector, was the establishment of a new set of rules regarding digital markets transactions, namely the Digital Markets Act (“DMA”), which corresponds to Regulation (EU) 2022/1925, dated 14 September 2022.

The context in which the DMA was adopted is related to the fact that traditional competition law was not adequate to deal with certain behaviours of large technology companies such as *Microsoft, Alphabet, Meta and Apple*.

We will not critically appraise in this article the legal adequacy of creating a regime targeting specifically these entities, or the creation of a kind of abuse of a dominant position without the requirements of this legal tool, as in the DMA, but will acritically mention that the solution to this alleged enforcement gap, now in what concerns restrictive practices, was to create the concept of “gatekeeper”, subject to a series of active and passive obligations. “Gatekeepers” correspond to big digital platforms with significant digital market power, which are basically providers of core platform services⁴⁸ and meet certain quantitative thresholds.⁴⁹

Gatekeepers, which correspond essentially to the big tech companies, in what concerns what is relevant for the purposes of this article, will need to inform the EC about any merger they envisage, irrespective of the value. Indeed, Article 14 of the DMA not only imposes this information obligation on the gatekeepers, but also obliges the EC to inform the national competition authorities of all the information communicated to it by the gatekeepers

48 “The DMA (Recital 14) identifies the main core platform services as “*online intermediation services, online search engines, operating systems, online social networking, video sharing platform services, number-independent interpersonal communication services, cloud computing services, virtual assistants, web browsers and online advertising services*”, Martins & Tarancón 2024: p. 29.

49 “If the provider of core platform services:

(i) has achieved an annual EU turnover equal to or above EUR 7.5 billion in each of the last three financial years; or has had an average market capitalisation or equivalent fair market value of at least EUR 75 billion in the last financial year; and it provides the same core platform service in at least three Member States.

(ii) provides a core platform service that in the last financial year has had at least 45 million monthly active end-users established or located in the EU and at least 10,000 yearly active business users established in the EU...

(iii) ...in each of the last three financial years.”

Martins & Tarancón 2024: p. 29-30.

(§4, Article 14 of the DMA). In addition, the DMA establishes coordination between the mechanism of Article 14 of the DMA and Article 22 of the EUMR, expressly allowing national competition authorities to make use of the referral mechanism to the EC of concentration transactions (that would not be subject to control according to the traditional thresholds applicable) on the basis of information that has come to their attention under Article 14 of the DMA.

However, the outcome of the Illumina/Grail case will have a relevant impact on these provisions, as the mandatory deal reporting by gatekeepers under Article 14 of the DMA will no longer function as expected. The EC will continue to be informed of these deals but may lack the ability to intervene in many of them, unlike the UK CMA under the equivalent Digital Markets, Competition and Consumers Act (“DMCC”).

On its turn, the DMCC, in the UK, shares similar purposes with the DMA, in particular addressing the challenges posed by tech giants acquiring smaller and innovative companies, but, in our view, proposes a more balanced solution. Indeed, as referred above, under the DMCC the CMA reviews transactions, that could fit in the term of the so-called “killer acquisitions”, even if only one party has a significant presence in the UK and the share of the supply test is not met. The CMA will be able to review transactions where at least one party (most likely the acquirer): (i) has a share of supply of goods or services in the UK (or substantial part of the UK) of at least 33%; and (ii) UK turnover of at least GBP 350 million, provided that the other party (*i.e.*, the target) has a UK nexus (essentially this requires that the target has activities in, or supplies goods or services, in the UK). Indeed, this regime includes a market share requirement that corroborates our view as to the usefulness of this threshold, especially in emerging markets.⁵⁰

In any case, the future will tell what is the impact of the case law and how the EC will confer a useful interpretation to Article 14 of the DMA, since an amendment to these provisions is unlikely in the near future.

4. WHEN A CONCENTRATION IS A RESTRICTIVE PRACTICE

In 1973, the ECJ held, in its landmark Continental Can judgment, that an acquisition by a dominant company of a rival that strengthens its dominant position constitutes an abuse of a dominant position, in violation of Article

⁵⁰ Choudhury & Madhia, 2024: p. 1-11.

102 TFEU. Continental Can was then widely perceived as a means of overcoming the absence of express provisions for the control of concentrations.⁵¹

When the first EUMR was adopted, in 1989, introducing a system of *ex ante* merger control review in the EU, increasingly reinforced by the proliferation of national merger control throughout Europe, it seemed that the need for the EC to leverage Article 102 (and 101) of the Treaty on the Functioning of the European Union (“TFEU”) when investigating potentially problematic transactions had ceased to exist.

In addition, the EUMR explicitly conceived that it alone would apply to concentrations, not applying the procedural rules implementing Article 101 and 102, a formulation that was broadly maintained in the current form of the EUMR, adopted in 2004, and, therefore, the resurgence of the restrictive practices prohibitions as a means to tackle a concentration below the applicable thresholds was, indeed, surprising.

It should be noted that this resurgence only takes place at a national level, since, as referred, the EUMR seems to limit incursions by the EC within this ambit, what constitutes a clear difference in what concerns Article 22.

4.1. Article 102 of the TFEU and merger control

The methodology for applying, in general, Article 102 of the TFEU begins by determining the company’s position on the relevant market. It is necessary to assess whether or not the company has a dominant position in the relevant market in which it operates, which is appreciated by analysing certain criteria such as market share, barriers to market entry, consumer purchasing power and other factors.

Nevertheless, competition law does not penalise the existence of a dominant position in itself, but rather the abuse of that position, which brings us to the second point mentioned above. If the dominant company engages in abusive behaviour, this could be because it has engaged in one of two possible behaviours: exploitative abuse, if the abuses directly exploit customers or suppliers; or exclusionary abuse, if the abuses aim to exclude competitors.

Furthermore, Article 102 of the TFEU provides for the possibility of justifying certain conducts that could be considered abusive from the outset. The application of this justification depends on the conduct having made it

⁵¹ Case 6-72, Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v. Commission of the European Communities, ECLI:EU:C:1973:22.

possible to obtain benefits for the consumers, not having effectively eliminated competition and being proportionate to the goals it seeks to pursue.

As referred, it has been understood that the Continental Can case law had ceased to be relevant after the EUMR put in place a dedicated *ex ante* control of concentrations. Nonetheless, throughout the years, the issue has resurged at national level (e.g., Belgium, Luxembourg, Italy), for instance in cases as Alken Maes⁵², Utopia⁵³ and CTS Enventim⁵⁴, even though the competition authorities and national courts have generally been very demanding as to the application of Article 102 to mergers, especially when a merger control regime existed.

It was not until recently, with the *Towercast* judgment, when the ECJ seems to have established a new, *ex post* tool for merger control. This case, which involved an acquisition of the French television broadcasting company Itas by Telediffusion de France (“TDF”), did not fulfil either the notification thresholds under French law nor under the EU notification thresholds, and therefore was not subject to any kind of *ex ante* control.

However, a year later, Towercast, which is another operator in the television broadcasting market, submitted a complaint with the French Competition Authority (*Autorité de la Concurrence*) regarding the abuse of TDF’s dominant position in the referred market, arguing that Article 102 of the TFEU had been infringed.

After conducting an investigation into the alleged violation of Article 102 of the TFEU, the French Competition Authority concluded that it was not competent to apply the rules on abuse of dominant positions to a merger control case, a decision which Towercast appealed against.

Faced with a difficulty in articulating Article 21(1) of the EUMR and Regulation 1/2003 (which regulates the powers of investigation of national competition authorities and the EC regarding dominant position abuse under the terms of Article 102 TFEU), the French court of appeal asked the ECJ to clarify whether Article 21(1) of the EUMR prevents national competition authorities from assessing mergers under Article 102 of the TFEU, even in cases where those mergers have never been notified or reviewed under the EUMR or any national regime.

52 Decision (of the Belgian Competition Authority) VM-16-0029 – Alken Maes/AB InBev.

53 Decision (of the Luxembourg Competition Authority) 2016-FO-04 – Utopia.

54 Judgment (of the Italian Court, *Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio*), case no. 3335/2021 – Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato v. Ticketmaster Italia.

The ECJ made it clear that, although the EUMR constitutes the sole procedural instrument applicable to the prior and centralised examination of merger transactions, this does not mean that the possibility of *ex post* control of merger operations that do not meet the national and European thresholds is excluded⁵⁵.

The ECJ concluded that there is no incompatibility between the EUMR and the assessment of a merger operation (which was not subject to a prior assessment) by national competition authorities under the direct effect of Article 102 of the TFEU and corresponding national provisions.

In determining the relevant criterion for establishing that an abuse has occurred, the ECJ clarified that the strengthening of a dominant position was not sufficient to constitute abuse. Abuse will be found if the degree of dominance attained by the company significantly hinders competition, for example, by causing only the companies dependent on the dominant company to remain in the market.⁵⁶

The Towercast ruling has confirmed that, not only national competition authorities, but also private entities can challenge merger transactions based on Article 102 of the TFEU, even after the transaction has been completed. This approach to merger control allows national authorities to review merger transactions already completed without a time limitation and national authorities to at least impose fines for violations of Article 102 of the TFEU.

Indeed, it remains to be what will be the implications of the finding of an abuse of dominance in these kind of scenarios, as the ECJ declined to limited the time frame for the use on these mechanisms and remained silent on the consequences, even though Advocate General Kokott considered that “*in view of the primacy of behavioural remedies and the principle of proportionality, there is not usually a threat of subsequent dissolution of the concentration, but rather only the imposition of a fine*”⁵⁷.

In the case Proximus/EDPnet, in 2024, the Belgian Competition Authority (“BCA”), applied, for the first time the Towercast case law⁵⁸. Indeed, EDPnet NV and EDPnet BV, two telecom operators which are active in Belgium and the Netherlands respectively were in financial difficulty and had

55 Case C-449/21, Towercast v. Autorité de la concurrence and Ministère de l'Économie, ECLI:EU:C:2023:207, §41.

56 Case C-449/21, Towercast v. Autorité de la concurrence and Ministère de l'Économie, ECLI:EU:C:2023:207, §52.

57 Opinion of the Advocate General Kokott on cases C-611/22 P and C-625/22 P, ECLI:EU:C:2022:777, §63.

58 Decision (of the Belgian Competition Authority), ABC-2023-RPR.17 – Proximus/EDPnet.

to undergo judicial reorganization, in 2023, to transfer their company assets under judicial authority.

Proximus, a Belgian telecom operator, hence, a competitor, appeared to have submitted the best bid to acquire these companies. The Belgian Institute for Postal Services and Telecommunications and Citymesh objected to the sale decision and sought the Enterprise Court to examine whether Proximus's acquisition of EDPnet could distort competition. The Enterprise Court held that parties did not have to notify the acquisition to the BCA because the deal did not meet the merger control thresholds and there was not enough evidence to determine whether the transaction constitutes *prima facie* abuse of Proximus's dominant position.

However, on the same day, the BCA opened an *ex officio* investigation regarding the acquisition of EDPnet's assets to determine if there could be any abuse of dominance. The BCA held that Proximus's acquisition of EDPnet's assets violated competition law as this acquisition amounts to a *prima facie* abuse of a dominant position. The BCA considered that it was not unreasonable to assume that Proximus's only major competitor on the market for detail and wholesale broadband Internet would be eliminated because of the acquisition.

The BCA's ruling therefore countered the decision of the Enterprise Court, which found that there was no a priori violation of competition law. In this regard, the BCA pointed out that it is not bound by court decisions because of the powers given to it as a national competition regulator. In the end, Proximus decided to sell EDPNet to Citymesh. This led to the closing of the competition law investigation into the deal.

4.2. Article 101 of the TFEU and merger control

The traditional application of Article 101 of the TFEU involves a systematic process of identifying anti-competitive agreements and practices, assessing, if necessary, their impact on competition, and determining whether they can be exempted under specific conditions.

Moreover, enforcement, that involves fines not exceeding 10% of the infringing operator, is carried out by the EC and national competition authorities. This framework ensures that competition within the EU internal market is protected and promotes economic efficiency and consumer welfare.

The application of Article 101 of the TFEU to mergers has been less debated, but has gained a new impulse after the Towercast judgement.

Previously, it had been established, in pre-adoption of the EU-wide system of merger control case law, that minority shareholdings that do not bring about a change of ownership and control between the interlinked undertakings, or, otherwise, fall outside merger control, may still be captured by antitrust rules.

Pursuant to Philip Morris⁵⁹, Article 101 TFEU may apply to agreements between undertakings based on which a minority shareholding is acquired when it is shown that, in light of its economic and legal context, such agreement has “*the object or effect of influencing the competitive behaviour of the companies on the relevant market*”. The ECJ further clarified in this case that “*the acquisition by one company of an equity interest in a competitor does not in itself constitute conduct restricting competition*” but it “*may nevertheless serve as an instrument for influencing the commercial conduct of the companies in question so as to restrict or distort competition on the market on which they carry on business*”.

That is, shareholding acquisitions are not a “by object” restriction but need to be evaluated based on their effects. Accordingly, a minority shareholding may be found to be restrictive of competition if it gives rise to either coordination or exchange of commercially sensitive information, or to effective control, at present or in the future, or some degree of influence over the competitor’s commercial conduct.⁶⁰ It is debatable whether the scope of the “influence” standard under Article 101, which is lower than “decisive” influence under the EUMR, is flexible enough to address seemingly passive minority shareholdings that merely give rise to unilateral anticompetitive effects. The main limitation of Article 101 is that it requires a finding of “agreement” or at least “concerted practice”, (*i.e.*, some element of reciprocity rather than a unilateral act) between “undertakings” (rather than an undertaking and an individual with no independent economic activity, for a potentially anticompetitive minority shareholding to come within its ambit).

However, more decisively as to the application of Article 101 in a merger scenario, a couple of months ago, following the Towercast judgement, the

59 Joined cases 142 and 156/84, British American Tobacco Company, Ltd, and R. J. Reynolds Industries, Inc., v. Commission of the European Communities, Philip Morris Incorporated and Rembrandt Group Limited, ECLI:EU:C:1987:490.

60 Joined cases 142 and 156/84, British American Tobacco Company, Ltd, and R. J. Reynolds Industries, Inc., v. Commission of the European Communities, Philip Morris Incorporated and Rembrandt Group Limited, ECLI:EU:C:1987:490, §38 to 40.

French Competition Authority issued its first decision of the application of Article 101 of the TFEU to mergers.⁶¹

In fact, in 2015, 3 French meat-cutting companies, Akiolis, Saria and Verdannet entered into several asset swap transactions which materialized in the form of 5 mergers. None of these mergers was subject to an *ex ante* merger review by the French Competition Authority as they did not exceed the applicable turnover thresholds.

In 2019, the French Competition Authority initiated *ex officio* Article 101 TFEU proceedings relating to these merger agreements based on suspicions of alleged anticompetitive geographic market sharing practices between the referred companies.

In its decision, which ended a 5-year investigation, the French Competition Authority dismissed the case due to lack of evidence. The French Competition Authority found that the information exchange between the companies did not lead to an anticompetitive plan to allocate geographic markets, insofar as the information exchange took place solely in the context of preparatory discussions for the mergers. Also, the investigation found that in parallel to the alleged anticompetitive discussions, the companies continued to exert competitive pressure on each other in order to secure the most advantageous deal.

Although the case was dismissed, the French Competition Authority seized this opportunity to clarify its interpretation of the Towercast ruling.

By reference to the Towercast case, the French Competition Authority found that it can review non-reportable transactions not only under the abuse of dominance rules (Article 102 TFEU and Article L.420-2 of the French Commercial Code) but also under anti-collusion rules (Article 101 TFEU and Article L.420-1 of the French Commercial Code). In particular, the French Competition Authority rejected the non bis in idem defence as the transactions were not reportable under merger control rules.

5. CONCLUSION

In recent years, the EU has witnessed both national and European authorities' determination to broaden the scope of what is subject to control under merger control legislation, using tools beyond conventional mechanisms, allegedly to capture "killer acquisitions", *i.e.*, acquisitions aiming to shut

61 Decision (of the French Competition Authority) 24-D-05 – Akiolis, Saria, Verdannet.

down potential competition, even though doubts persist as to the impact of this theory of harm.

Merger control has shifted from being solely *ex ante* to also being capable of *ex post* scrutiny, and rather than following criteria clearly established in a pre-existing legal framework, companies are impacted by interpretations and reinterpretations made by the EC, national competition authorities and EU Courts of general provisions, whose jurisdictional impact was not fully anticipated.

The most uncontrollable and legally challenging of these mechanisms was the discretionary use of Article 22 of the EUMR, now rejected by the ECJ. Indeed, despite the setback brought about by the ECJ Illumina/Grail judgment, overcoming the now-rejected interpretation of Article 22, uncertainty remains as to how the EC and Member States will respond to the removal of this mechanism to address non-notifiable mergers that raise potential anti-trust concerns.

The impact of this judgment could encourage Member States to make use of Articles 101 and 102 TFEU which prohibit anti-competitive agreements and abuse of dominance

However, the application of the restrictive practices framework to mergers following the Towercast judgement will not solve the enforcement gap at the EC level, considering the EUMR limitations, and is rather unlikely to be significantly used by competition authorities, due to its more restricted scope, limited to undertakings with a dominant position, but will provide a tool for competitors affected by below-threshold transactions, in particular by dominant market players, to bring claims before national courts to challenge concentrations, even though the consequences of such interventions are unclear.

As with the merger control rules of the DMA, the advantage of using restrictive practices provisions to dismantle a concentration *ex post*, further to potentially sanctioning consequences, is that they do not have the wide spread impact of Article 22, since they are only applicable to certain market players and to certain circumstances, requiring a restrictive conduct and, in particular, a dominant position abusively exerted through the acquisitions.

In any case, as an *ex post* solution, it still generates relevant uncertainty, in particular in what concerns the timing of a potential intervention by the competition authorities. Indeed, when asked to limit the temporal impact of the Towercast judgement, the ECJ has refused to do so considering the direct effect of Article 102 of the TFEU.

Also, it is interesting to note that the Towercast judgement demonstrates that there is no safe harbour for any industry or sector, as telecoms and meat cutting business, the sectors impacted as of late by the referred case law, are not properly digital and pharmaceutical markets, nor the transactions at stake could be qualified as killer acquisitions.

Finally, an alternative approach could be to rely on Member States to reform domestic thresholds to include acquisition value triggers (that apply in Germany and Austria); or share of supply/market share thresholds (that apply in Portugal and Spain) or to join Denmark, Hungary, Italy, Iceland, Ireland, Lithuania, Norway and Sweden in amending national laws to permit call-in, if necessary, in a certain limited period. These alternatives would be beneficial in terms of legal certainty and limitation of false positives and reducing the impact of the Pandora's box opened by a particularly stressful and stressed approach to merger control in the EU in the last few years.

BIBLIOGRAPHY

- ALBRECHT, Brian C, Auer, Dirk, Fruits, Eric & MANNE, Geoffrey A.
2023 *Doomsday Mergers: A Retrospective Study of False Alarms*, available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4407779 [consulted on: 01.10.2024].
- BADTKE, Fabian & JARASS, Lorenz
2024 *Merger control update: first second phase proceedings under the transaction value threshold*, available at: <https://www.noerr.com/en/insights/merger-control-update-first-second-phase-proceedings-under-the-transaction-value-threshold> [consulted on: 01.10.2024].
- BERG, Werner & WEINERT, Lisa
2017 *New Merger Control Threshold in Germany – beware of ongoing transaction*, available at: <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2017/06/07/new-merger-control-threshold-germany-beware-ongoing-transactions/> [consulted on: 01.10.2024].
- BOOLUCK, Sandya
2022 *Assessing the Merger Control Provisions of the COMESA Competition Regulations of 2004: Time for an Overhaul?*, available at: https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/research_paper_932647_laws90073_-_concurrences_submission.pdf?104356/d33502939027d26cf

789a2ddf220f090fa00bf67af5747d13c9ac90ddef8551d [consulted on: 01.10.2024].

CARUGATI, Christophe

2022 *Which mergers should the European Commission review under the Digital Markets Act?*, available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4366703 [consulted on: 01.10.2024].

CHOUDHURY, Monalisa, Madhia, Ankur

2024 “The Future of Competition Law and the Need for Technological Advancement for Digital Markets: A Comparative Study of UK and Indian Competition Law” in *The King’s Student Law Review*, Vol XIV, Issue I, p. 1-11.

CUNNINGHAM, Colleen, Ederer, Florian & Ma, Song

2020 “Killer Acquisitions” in *Journal of Political Economy*, Vol. 129, no. 3, p. 649-702.

DAVE, Paresh,

2024 *Google Filing Reveals It Slashed Spending on Acquisitions in 2023*, available at: <https://www.wired.com/story/google-spending-acquisitions-craftered-in-2023/> [consulted on: 01.10.2024].

GAUTIER, Alex & LAMESCH, Joe

2020 “Mergers in the Digital Economy”, in *CEsifo Working Paper no. 7 8056*, p. 1-36.

HARDY, Quentin

2012 *The Death of the IPO*, available at: <https://www.forbes.com/2009/12/23/software-capital-facebook-intelligent-technology-ipo.html> [consulted on: 01.10.2024].

IVALDI, Mark

2023 *Killer acquisitions in digital markets may be more hype than reality*, available at: <https://www.tse-fr.eu/killer-acquisitions-digital-markets-may-be-more-hype-reality> [consulted on: 01.10.2024]

KIM, Eun Hye & MARQUIS, Mel

2024 “Illumina/Grail, Chapter 1: The Unexpectedly Broad Merger Control Powers of the European Commission”, in *European Competition Law Review* 162, p. 162-174.

KULICK, Robert & CARD, Andrew

2023 *Mergers, Industries, and Innovation: Evidence from R&D Expenditure and Patent Applications*, available at: <https://www.uschamber.com/assets/documents/NERA-Mergers-and-Innovation-Feb-2023.pdf> [consulted on: 01.10.2024].

MARTINS, Margot Lopes & TARANCÓN, Inés Pajares de Dios

2024 “Are competition authorities planning to rule the world? New and expanded approaches to merger control” in *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, no. 64, p. 23-50.

MODRALL, Jay

2022 *Illumina/Grail Prohibition: The End of the Beginning for EU Review of ‘Killer Acquisitions’?*, available at: <https://competitionlawblog.kluwer-competitionlaw.com/2022/09/08/illumina-grail-prohibition-the-end-of-the-beginning-for-eu-review-of-killer-acquisitions/> [consulted on: 01.10.2024].

PODSZUN, Rupperecht,

2023 “Thresholds of Merger Notification: The Challenge of Digital Markets, the Turnover Lottery, and the Question of Re-interpreting Rules” in *Research Handbook in Competition & Technology*.

PwC

2024 *Global M&A Trends in Technology, Media & Telecommunications*, available at: <https://www.pwc.com/gx/en/services/deals/trends/telecommunications-media-technology.html> [consulted on: 01.10.2024].

SILICON Valley Bank

2019 *10 Years of Startup Outlook – US Startup Outlook 2019, Key insights from the Silicon Valley Bank*, available at: https://www.svb.com/globalassets/library/uploadedfiles/content/trends_and_insights/reports/startup_outlook_report/us/svb-suo-us-report-2019.pdf [consulted on: 01.10.2024].

SINHA, Shreyas

2024 *The Stock Market is Roaring Back. 16 Why Isn't the IPO Market*, available at: <https://observer.com/2024/09/us-ipo-sluggish-despite-stock-rise/> [consulted on: 01.10.2024].

ŠMEJKAL, Václav

2023 “A New Era in Assessing Mergers and Takeovers? On the Illumina-Grail Case” in *Charles University in Prague Faculty of Law Research Paper No. I/4*, p. 1-21.

SPERRY, Ben

2020 *Killer acquisition or successful integration: The case of the Facebook/Instagram merger*, available at: <https://thehill.com/blogs/congress-blog/politics/520211-killer-acquisition-or-successful-integration-the-case-of-the/> [consulted on: 01.10.2024].

OFFICIAL DOCUMENTS

European Commission

- 2005 Press Release IP/05/1356, *Mergers: Commission declines Portuguese and Italian requests to consider effects of proposed Gas Natural/Endesa merger on their markets*, COM, 27.10.2005
- 2016 *EU merger control and innovation*, Publications Office of the European Union, 12.10.2016.
- 2019 *Competition policy for the digital era*, Publications Office of the European Union, of 20.05.2019.
- 2021a *Commission Staff Working Document Executive Summary of the Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control*, Public Consultations, of 26.03.2021.
- 2021b *Guidance on the application of the referral mechanism set out in Article 22 of the Merger Regulation to certain categories of cases*, Official Journal of the European Union, of 31.03.2021.
- 2024 *Protecting competition in a changing world – Evidence on the evolution of competition in the EU during the past 25 years*, Publications Office of the European Union, of 24.06.2024.

European Courts of Auditors

- 2020 *Annual Reports, European Court of Auditors Documents*, of 15.07.2021.

EU Case Law

European Court of Justice

Judgement of the European Court of Justice of 21 February 1973, *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v. Commission of the European Communities*, Case 6-72, ECLI:EU:C:1973:22.

Judgement of the European Court of Justice of 17 November 1987, *British American Tobacco Company, Ltd, and R. J. Reynolds Industries, Inc., v. Commission of the European Communities, Philip Morris Incorporated and Rembrandt Group Limited*, joined cases 142 and 156/84, ECLI:EU:C:1987:490.

Judgement of the General Court of 13 July 2022, *Illumina, Inc v. European Commission*, T-227/22 P, ECLI:EU:T:2022:447.

Judgement of the European Court of Justice of 16 March 2023, *Towercast v. Autorité de la Concurrence and Ministère de l'Économie*, Case 449-21, ECLI:EU:C:2023:207.

Judgement of the European Court of Justice of 3 September 2024, *Illumina, Inc v. European Commission*, C-611/22 P, ECLI:EU:C:2024:677.

Opinion of the Advocate General Kokott of 13 October 2022, *Towercast v. Autorité de la Concurrence and Ministère de l'Économie*, Case 449-21, ECLI:EU:C:2022:777.

Opinion of the Advocate General Emiliou of 21 March 2024, *Illumina, Inc. v. European Commission and Grail LLC*, Cases C-611/22 P and C-625/22 P, ECLI:EU:C:2024:264.

Italian Case Law

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

Judgment of the Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio of 24 March 2022, Case no. 3335/2021, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato v. Ticketmaster Italia*.

European Commission Decisions

European Commission

Decision of 19 October 2018, M. 8994 – *Microsoft/Github*

Decision of 27 January 2022, M. 10262 – *Meta (formerly Facebook/Kustomer)*.

Decision of 18 August 2023, M. 11241 – *EEX/NASDAQ Power*.

National Competition Authorities Decisions

Autoridade da Concorrência (Portugal)

Decision of 8 June 2015, Ccent. 26/2015 – *FixeAds / Ativos Custo Justo*.

Autorité Belge de la Concurrence (Belgium)

Decision of 21 November 2017, VM-16-0029 – *Alken Maes/AB InBev*.

Decision of 21 June 2023, ABC-2023-RPR.17 – *Proximus/EDPnet*.

Autorité de la Concurrence (France)

Decision of 2 May 2024, 24-D-05 – *Akiolis, Saria/Verdannet*.

Autorité de la Concurrence (Grand-Duché de Luxembourg)

Decision of 22 June 2016, Case 2016-FO-04 – *Utopia*.

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Spain)

Decision of 12 August 2015, C/0680/15 – *Apax / Idealista*.

PANORAMA SOBRE O REDESENHO DO MERCADO ELÉTRICO EUROPEU

*Filipe Matias Santos**

*Gonçalo Le Terrien Fragoso***

ABSTRACT *Although the Clean Energy Package is still recent (2019), the post-pandemic and Russia/Ukraine crises lessons for EU energy and climate policy has forced a new reform of the electricity market. Beyond the reinforcement of the energy market monitoring and surveillance (REMIT), the new electricity market design rules consist of the amending Directive EU/2024/1711 and the amending Regulation EU/2024/1747.*

The new reform, still considering the energy transition, wants to (i) develop markets, enhancing stability and predictability of the cost of energy contributing to the competitiveness of the EU economy, namely through PPAs and long-term markets (forwards and contracts for differences (CFD)), (ii) accelerate the integration of renewables with flexibility solutions and (iii) higher consumer protection and empowerment.

SUMÁRIO 1. Introdução. 2. As Principais Medidas que Concretizam o Redesenho do Mercado Elétrico Europeu. 2.1. A Razão de Ordem. 2.2. Promoção dos Mercados. 2.3. Aceleração da Integração de Energias Renováveis. 2.4. Proteção e Empoderamento dos Consumidores. 3. Notas Finais

KEY-WORDS Redesenho do Mercado Elétrico, PPAs, CFDs, *Peak Shaving Product*, Electricidade, Renováveis, Interligações, *Offshore*, Armazenamento, Mercados, Estabilidade, Acopolamento Diário, Congestionamento, Baterias, Flexibilidade.

* Advogado, Mestre em Direito, Diretor Jurídico da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE).

** Licenciado em Direito, Jurista na Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE).

1. INTRODUÇÃO

No contexto da concretização transição energética e do “Objetivo 55”¹, a Europa atravessou uma verdadeira crise de preços energéticos. Acontecimentos inesperados, como a pandemia e, depois, a guerra na Ucrânia, afetaram o equilíbrio entre a procura e a oferta de eletricidade e gás, num quadro que já era de diminuição da apetência por investimentos na produção fóssil em virtude de as políticas públicas em várias áreas relevantes do globo, como na Europa, serem decrescentemente compatíveis com a utilização de fontes de energia emissoras de gases de efeito de estufa².

No decurso da crise de preços foram adotados um conjunto de atos legislativos, muitos dos quais temporários, que, de forma coordenada, procuraram dar uma resposta que assegurasse o abastecimento a preços comportáveis³. Importava, porém, uma revisão estruturante que, retirando lições da crise, preparasse o setor elétrico para os desafios futuros.

Assim, a 14 de março de 2023, a Comissão Europeia apresentou uma proposta de reforma das regras de mercado da eletricidade (Diretiva e Regulamento do Mercado Interno da Energia, Diretiva relativa à promoção da utilização de energia de fontes renováveis, bem como do Regulamento relativo à Integridade e à Transparência nos mercados⁴) que constitui o redesenho do mercado que é objeto da presente análise. Esta reforma avançou, a par do pacote hidrogénio e gás descarbonizado, numa altura em que a Comissão Europeia procurou também reagir através do denominado *Green Deal industrial Plan*, que inclui o pacote “Objetivo 55”⁵, à *Inflation Reduction Act*, aprovada nos Estados Unidos da América, que prevê avultada subsídição alocada às questões climáticas e da transição energética para a produção local, em termos capazes de fazer atrair e deslocalizar empresas de outros continentes.

1 Sobre os objetivos fixados no denominado pacote “Objetivo 55” – Disponível em <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/green-deal/fit-for-55-the-eu-plan-for-a-green-transition/> [Consultado em 26.07.2024].

2 Sobre este tema e as regras do funcionamento do mercado *Vd.* Santos, Coelho & Veiga, 2024.

3 As medidas então adotadas constituíram o elemento central do artigo de Santos, 2023: pp. 355-365. *Vd.* também ACER, 2023.

4 Regulamentos (UE) 2019/943 e 2019/942, Diretivas n.º 2019/944 e 2018/2001 e o Regulamento (UE) 1227/2011.

5 Regulamentos Eficiência Energética, CELE; CBAM, LULUCF, AFIR, Normas de emissão de CO₂ para automóveis, ReFuel Aviação, ReFuel transportes marítimos, Partilha de Esforços; Fundo Social para a Ação Climática, Tributação da energia, Novas Diretiva e Regulamento da descarbonização do gás, Diretiva (UE) 2023/2413 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de outubro de 2023 (RED III).

O redesenho do mercado constitui, no fundo, uma atualização do Clean Energy Package, aprovado em 2019, que concretizara o “quarto pacote” (2019) do setor elétrico tendo em vista a concretização do mercado interno da energia. Este último «pacote» era composto por oito atos legislativos⁶ e veio atualizar o quadro político-legislativo europeu (*policy*) do setor elétrico, de modo a promover a transição dos tradicionais combustíveis fósseis para fontes renováveis de energia e a tornar o mercado interno da energia mais efetivo.

A proposta da Comissão Europeia foi apresentada ao Conselho e ao Parlamento Europeu.

Em setembro e outubro de 2023, o Parlamento Europeu (PE) deliberou, por larga maioria, que se iniciassem as negociações com o Conselho. O acordo político, após diversos trilogos, foi alcançado no Conselho, entre os Estados-Membros, no final de 2023. A nova legislação veio ser publicada em 13 de junho de 2024.

Neste artigo procuramos expor, em razão de três eixos, (i) o desenvolvimento dos mercados, reforçando a estabilidade e previsibilidade do custo da energia como contributo para a competitividade da economia, através de PPAs e mercados de longo prazo (futuros e CfDs), (ii) a aceleração da integração de energias renováveis com soluções de flexibilidade, e (iii) reforço da proteção e empoderamento dos consumidores.

6 A Diretiva (UE) 2018/844, que altera a Diretiva 2010/31/UE relativa ao desempenho energético dos edifícios e a Diretiva 2012/27/UE sobre a eficiência energética; a Diretiva (UE) 2018/2002, que altera a Diretiva 2012/27/UE relativa à eficiência energética; a Diretiva (UE) 2018/2001, que veio reformular a Diretiva 2009/28/CE, relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis; a Diretiva (UE) 2018/2002, que altera a Diretiva 2012/27/UE relativa à eficiência energética; o Regulamento (UE) 2018/1999, relativo à Governança da União da Energia e da Ação Climática; o Regulamento (UE) 2019/941, relativo à preparação para riscos no setor da eletricidade e que revoga a Diretiva 2005/89/CE; Regulamento (UE) 2019/942, que institui a Agência da União Europeia de Cooperação dos Reguladores da Energia (reformulação); o Regulamento (UE) 2019/943, relativo ao mercado interno da eletricidade (reformulação); a Diretiva (UE) 2019/944, relativa a regras comuns para o mercado interno da eletricidade e que altera a Diretiva 2012/27/UE (reformulação).

2. AS PRINCIPAIS MEDIDAS QUE CONCRETIZAM O REDESENHO DO MERCADO ELÉTRICO EUROPEU

2.1. A Razão de Ordem

A revisão legislativa operada no denominado “Redesenho do Mercado Elétrico Europeu” constitui um “pacote” de diplomas legislativos composto por:

1. Regulamento (UE) 2024/1106 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de abril de 2024, que altera os Regulamentos (UE) 1227/2011 e (UE) 2019/942 no que diz respeito ao reforço da proteção da União contra a manipulação de mercado no mercado grossista de energia;
2. Regulamento (UE) 2024/1747 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de junho de 2024, que altera os Regulamentos (UE) 2019/942 e (UE) 2019/943 no que diz respeito à melhoria da configuração do mercado da eletricidade da União;
3. Diretiva (UE) 2024/1711 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de junho de 2024, que altera as Diretivas (UE) 2018/2001 e (UE) 2019/944 no que diz respeito à melhoria da configuração do mercado da eletricidade da União.

Os atos legislativos europeus publicados incidem sobre dois Regulamentos (UE) e duas Diretivas (UE) que, como mencionado, haviam integrado o *Clean Energy Package*:

1. O Regulamento (UE) 2019/943 do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de junho de 2019 relativo ao mercado interno da eletricidade;
2. Diretiva (UE) 2019/944 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de junho de 2019, relativa a regras comuns para o mercado interno da eletricidade e que altera a Diretiva 2012/27/EU⁷;
3. Regulamento (UE) 2019/942 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de junho de 2019, que institui a Agência da União Europeia de Cooperação dos Reguladores da Energia⁸;

7 Entretanto já alterada pelo Regulamento (UE) 2022/869 do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de maio de 2022 relativo às orientações para as infraestruturas energéticas transeuropeias.

8 Entretanto já alterado pelo Regulamento (UE) 2022/869 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 2022.

4. Diretiva (UE) 2018/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, relativa à promoção da utilização de energia de fontes renováveis, na redação que lhe havia sido dada pela Diretiva (UE) 2023/2413 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de outubro de 2023 – usualmente conhecida por *Renewables Directive III* ou, simplesmente, RED III⁹;

Além disso, a nova legislação impacta ainda com o seguinte ato legislativo que integrara o denominado “terceiro pacote” da eletricidade:

5. Regulamento (UE) 1227/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativo à integridade e à transparência nos mercados grossistas da energia.

A profusão e dispersão legislativas, aliada à sua novidade, permitem, naturalmente, diferentes leituras em perspectiva. A primeira leitura que fazemos desta reforma legislativa permite a identificação de três eixos: (i) promoção dos mercados (ii) facilitação da integração de renováveis (iii) proteção e empoderamento dos consumidores.

2.2. Promoção dos Mercados

Ao nível da promoção dos mercados, destacam-se a aposta nos modelos de PPAs, a alteração de paradigma operada com a introdução do modelo de CfDs e a adaptação das regras de funcionamento dos mercados a prazo.

a) Os *Power Purchases Agreements* (PPA)

Uma das apostas da reforma legislativa é protagonizada pelo fomento do mercado dos *Power Purchases Agreements* (PPA), enquanto contratos bilaterais de compra e venda de energia de longo prazo (tipicamente, pelo menos, dez anos), celebrados voluntariamente, em condições de mercado, e sem intervenção regulatória ao nível do preço.

A celebração de PPA permite, na perspectiva do produtor (vendedor), ver antecipadamente garantida a compra de energia a um preço previamente determinado e, com isto, o financiamento do projeto. Por sua vez, o comprador, que pode ser um consumidor¹⁰ (*Corporate PPA*), ou um comercializador

9 Entretanto já alterada pela Diretiva (UE) 2023/2413 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de outubro de 2023 – usualmente conhecida por *Renewables Directive III* ou, simplesmente, RED III.

10 Neste caso, atuando como agente de mercado.

ou agregador (*Merchant PPA*), obtém firmeza e previsibilidade relativamente ao preço de aquisição, bem como, se assim contratualizado, as garantias de origem associadas à produção renovável. Os contratos, quanto à modalidade de entrega, podem ser físicos – podendo dispensar, ou não, o recurso à rede pública (*On-site PPA* ou *Off-site PPA*, respetivamente) –, financeiros (podendo proceder-se a liquidações “por diferenças”, na lógica dos *Contract for Difference*¹¹) ou híbridos. Os preços estabelecidos podem ser fixos, justamente para evitar a volatilidade dos mercados grossistas, mas podem ser inseridos elementos de flexibilidade, incluindo a indexação, total ou parcial, com ou sem limites, a índices de mercado ou outros. Por estarmos no domínio do direito privado, cabe às partes conformar os termos contratuais.

Este tipo de contratos não constitui inovação como instrumento contratual na área energética, contudo a sua utilização tem sido pontual e geralmente limitada aos agentes de mercado de maior dimensão, dada a dificuldade em suportar o risco associado por parte dos restantes agentes. Assim, apenas alguns Estados-Membros têm mercados desenvolvidos de PPA.

Entre as dificuldades identificadas avulta o risco de incumprimento do pagamento do comprador em contratos que são de longo prazo e que, por definição, atravessarão diferentes ciclos de preço dos mercados grossistas de eletricidade, que são a alternativa típica de aprovisionamento. A perceção de tal risco condiciona a capacidade de obter financiamento para a concretização dos projetos e, por sua vez, o seu desenvolvimento.

Neste quadro, a reforma legislativa do mercado energético propugna o desenvolvimento do mercado dos PPA, enquanto instrumentos que assegurem previsibilidade quanto ao preço e uma aposta na produção descarbonizada, acreditando que tal permite acelerar a produção renovável, descentralizada, através do comprometimento entre privados. Tal pode ser feito relativamente a toda a energia produzida por uma central ou quando seja reservada parte da produção para o efeito.

As medidas introduzidas assumem diferentes naturezas. Numa vertente de criação de condições estruturais, prevê-se que as autoridades públicas procurem identificação e remover de barreiras e custos desproporcionais ou injustificados, bem como a verificação da necessidade de desenvolvimento e publicação de modelos de contratos standardizados para uso voluntário (com maturidade diversas, diferentes fórmulas de preço e considerando diferentes perfis de carga e de produção). Num plano mais operativo, mas ainda programático, prevê-se

11 Vd. abaixo al. b).

a possibilidade de virem a ser introduzidas plataformas (voluntárias) à escala Europeia para PPA's, bem como a sua interação com plataformas de agregação da produção. Numa lógica prescritiva relativamente ao conteúdo contratual, são criadas obrigações relativamente à especificação das zonas de oferta de entrega e da existência de cláusulas de denúncia, incluindo períodos de antecedência e penalidades a pagar. Numa abordagem de regime de apoio, prevê-se a possibilidade de os Estados, de forma coordenada, assegurarem instrumentos para reduzir o risco financeiro associado ao risco de contraparte, incluindo através de garantias de Estado. O esquema de garantias a instituir deverá contemplar a liquidez dos mercados, promovendo os mecanismos de *hedging* e intermediação financeira, em estreita articulação com o Banco Europeu de Investimento (BEI). Em simultâneo, à semelhança do referido para os incentivos indiretos por via de garantias, prevê-se também que os Estados-Membros deverão privilegiar, por via de critérios fixados para o acesso à subsídioção pública, os candidatos que apresentem PPA's celebrados ou com o compromisso de celebrar, com entidades de menor dimensão como pequenas e médias empresas (PMEs) que tradicionalmente enfrentam maiores dificuldades em aceder aos mercados de PPA's.

*b) CfD*¹²

A reforma de mercado prevê um novo paradigma europeu, quanto ao papel dos Estados-Membros na promoção direta de produção de energia elétrica a partir de fontes de energia renovável. Dever-se-á assim, no processo de alocação de fundos públicos para a produção de energia elétrica, promover esquemas de contratação bilateral por “diferenças”, os chamados *Contracts for difference* (CFDs) bilaterais.

Recorda-se que as renováveis beneficiaram historicamente de regime de apoio (RED II¹³) que, para além dos tradicionais meios fiscais (isenções, reduções fiscais ou reembolsos) e subsídios, assumiam uma de três modalidades:

a) Feed in tariffs (FiT):

O Regime de subsídioção à produção de energia a partir de fontes renováveis de *Feed in tariffs* caracteriza-se por se tratar de um apoio direto

¹² Anatolitis, Gephart, Held, Klessmann & Wagner, 2024.

¹³ Diretiva 2009/28/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, que revoga a Diretiva 2001/77/CE (RED I), que determinara que a Comissão Europeia avaliasse a prestação de um apoio direto ou indireto aos produtores de eletricidade.

que não reflete sinais de mercado. Qualquer que seja a variação de preços nos mercados *spot* de energia elétrica, o produtor que esteja abrangido contratualmente por uma disposição de FiT beneficia de uma remuneração garantida fixa. Este regime, apesar de apresentar claras vantagens para efeitos de introdução de novas tecnologias não dominantes como era o caso ao tempo, por exemplo, da energia eólica e solar, tem por outro lado uma grande potencialidade de distorção do mercado, dos imperativos de concorrência e eficiência.

b) Feed in premium (FiP):

O regime de *Feed in premium*, ao contrário do que sucede com o FiT, não engloba uma subsídio que cubra integralmente a remuneração do produtor subsidiado. Conforme resulta da própria definição, a componente garantida da remuneração neste regime traduz-se num “prémio”, de natureza fixa ou variável, a ser pago adicionalmente ao valor que o produtor recebe em mercado (*spot*). A natureza fixa do prémio parece ser o modelo que menos impacta com o mercado grossista, preservando os sinais de mercado, sem causar distorções. Já o prémio variável pode assumir múltiplas configurações que variam, quanto ao seu impacto, no eficiente funcionamento dos mercados. O prémio pode ser variável, mas tendo em vista uma remuneração de “preço-alvo” que represente a diferença entre os preços *spot* médios e esse preço de referência, traduzindo-se na prática a um regime de FiT com parcela remuneratória de mercado. Pode, contudo, ser variável sem qualquer preço-alvo.

Por outro lado, sendo os prémios variáveis ou fixos, estes podem ser balizados com limiares mínimos e máximos¹⁴. No primeiro caso, para prémios variáveis, a variabilidade da remuneração é atenuada em mínimos e máximos evitando, em certos casos, uma subsídio excessiva e salvaguardando marginalmente os sinais de mercado. No segundo caso, o prémio apesar de fixo, poderá ser extensível para assegurar um nível de remuneração mínima, ou comprimido para que não ultrapasse um nível de remuneração máxima. Qualquer um dos regimes de FiP, das componentes variáveis às fixas, pretende alinhar a subsídio de produção de energia a partir de fontes renováveis com os mecanismos e incentivos próprios de um mercado integrado, promovendo tanto a racionalidade

14 Em língua inglesa os chamados *floors and caps*.

na aplicação de fundos públicos como a eficiência da atuação dos agentes de mercado em concorrência.

c) Regime de obrigação com certificados verdes:

A criação da obrigação legal de utilizar energias renováveis – seja dos produtores de energia incluírem uma determinada percentagem de energia proveniente de fontes renováveis na sua produção, seja dos fornecedores de energia incluírem uma determinada percentagem de energia proveniente de fontes renováveis no seu aprovisionamento ou dos consumidores de energia a incluírem uma determinada percentagem de energia proveniente de fontes renováveis no seu consumo – permitiu a indução do aumento do preço pelo qual esta podia ser vendida. A operacionalização destes regimes de obrigação implicou a criação de garantias de origem, com função de provar que uma dada quota ou quantidade de energia foi produzida a partir de fontes renováveis, bem como certificados verdes, que permitissem transacionar direitos que correspondessem à satisfação da obrigação legal.

Mais recentemente, a RED III¹⁵, que integrou o anterior pacote (*Clean Energy Package*), passou a prever como regime-regra de apoio à energia de fontes renováveis: “*Os regimes de apoio à eletricidade de fontes renováveis devem ser concebidos de modo a maximizar a integração da eletricidade de fontes renováveis no mercado da eletricidade e assegurar que os produtores de energia renovável respondam aos sinais de preços do mercado e maximizem as suas receitas do mercado. Para o efeito, no que concerne os regimes de apoio direto ao preço, o apoio é concedido na forma de um prémio de mercado que poderá ser, entre outros, variável ou fixo.*” (artigo 4.º, n.º 3). Este seria o paradigma vigente na pré-reforma, resultando clara a predominância e preferência dos mecanismos de FiP como instrumento de apoio às energias renováveis.

A alteração agora prevista opera uma nova transformação relativamente ao instrumento paradigmático de apoio às energias renováveis, diminuindo e retirando centralidade aos mecanismos de FiP e passando a destacar os CfD. Nesse sentido, a RED abandona uma formulação exclusivamente orientada para mecanismos de FiP, ou seja, prémios de mercado fixos ou variáveis, sendo

15 Diretiva (UE) 2018/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, não alterada neste âmbito pela Diretiva (UE) 2023/2413 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de outubro de 2023.

aditado no citado artigo 4.º, n.º 3 da Diretiva das Renováveis¹⁶ uma norma excepcional de remissão para o novo artigo 19.º-D do Regulamento (UE) 2019/943, que consagra os CfD. Esta remissão para o novo regime substantivo de CfDs determina que, à regra geral antecedente (o regime de subsidiação por via de FiP), se excecionem um conjunto significativo de tecnologias de produção. O escopo alargado das tecnologias excluídas, onde se contam a generalidade das tecnologias renováveis (ditas intermitentes), parece configurar uma verdadeira exceção que consome a regra, definindo o novo paradigma. No entanto, à imagem do que se sucedia a propósito do Regulamento (UE) 2022/1854¹⁷, de natureza extraordinária e temporária, que limitava os ganhos das renováveis durante a crise de preços, deve ser sublinhada a não inclusão nas tecnologias elegíveis para o regime dos CfD da produção hidroelétrica com reservatório (albufeira). A razão subjacente a esta opção política – criticada por alguns por não favorecer apoios a tecnologias que poderiam, por natureza, ajudar a estabilizar preços no mercado grossista – pode assentar no entendimento de que aquela tecnologia, contrariamente à solar, à eólica ou à hidroelétrica de fio de água (sem reservatório), é despachável (controlável) e, portanto, pode direcionar a produção para os períodos que permitem obter maior rentabilidade nos mercados grossistas, não justificando a estabilização de preços que os CfD oferecem. Esta lógica, porém – se excluirmos as razões políticas inerentes à necessidade de alcançar maiorias no seio das instituições da UE –, parece ter menos adesão no caso das tecnologias nuclear¹⁸ e geotérmica¹⁹, por natureza despacháveis (ainda que com dificuldades operacionais e financeiras em reduzir a produção abaixo de certo patamar) que,

16 Alteração introduzida pela Diretiva (UE) 2024/1711 do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de junho de 2024, que diz respeito à melhoria da configuração do mercado da eletricidade da União e altera, entre outras, a RED.

17 Artigo 7.º do Regulamento (UE) 2022/1854 do Conselho de 6 de outubro de 2022 relativo a uma intervenção de emergência para fazer face aos elevados preços da energia, que definiu as tecnologias a que se aplicava um limite máximo para as receitas de mercado aos produtores de eletricidade.

18 É consabido que o parque nuclear francês, o maior da Europa, necessita de elevadíssimos reinvestimentos que, dada a sua natureza afundada, encontra nos CfD um regime de apoio mitigador do seu risco, evitando as incertezas associadas à volatilidade dos mercados grossistas. O plano francês tem em perspetiva o termo do atual Arenh (Accès régulé à l'électricité nucléaire historique) em 2026, que vem permitido fornecimentos a preços regulados historicamente competitivos considerados incompatíveis com a realidade financeira do produtor (EDF) e com os novos avultados investimentos financeiros que terão de ser realizados.

19 Sobre os desenvolvimentos recentes da estratégia europeia para a exploração do potencial da geotermia vd. Resolução do Parlamento Europeu, de 18 de janeiro de 2024 (2023/2111(INI)). Países como a Hungria fazem uma forte aposta na geotermia para a produção de energia elétrica e calor, o que implica elevados custos de capital e acarreta um elevado risco na perfuração prospectiva.

contrariamente à hídrica com reservatório, são elegíveis para a obtenção de CfD. Finalmente, prevê-se a possibilidade de isentar deste regime obrigatório os centros electroprodutores de energia renovável de pequena dimensão.

Este modelo de CfD representa, na prática, um regime remuneratório de largo prazo em que o produtor vende diretamente no mercado (diferenciando-se nisto dos regimes FiT que vigoraram em Portugal), mas em que o valor a receber depende da diferença entre a tarifa de aquisição contratada (*strike price* ou do *cap*) e do valor de referência do mercado (que assumir múltiplas configurações²⁰). Trata-se de um regime remuneratório já experienciado em dez dos Estados-Membros, incluindo Portugal²¹, em diferentes submodalidades em mais de 200 procedimentos concorrenciais²². Os modelos testados são todos *generation-based* uma vez que pagamento depende da efetiva produção, venda e injeção de eletricidade, embora sejam cogitadas hipóteses de o desacoplar através de *generation-independent CfD* que, assim, se assimilariam a pagamento por capacidade (evitando distorções de mercado, mas com outras desvantagens)²³.

A bilateralidade dos modelos de CfD testados, e mesmo das FiT, em países como Portugal já estava garantida: sempre que o mercado remunera a eletricidade acima do preço da tarifa de aquisição contratada (*strike price* ou do *cap*), como excecionalmente ocorreu durante a recente crise de preços, o excesso revertia para os consumidores (*pay back*) através do sistema tarifário, por via da tarifa dos custos de interesse económico geral (CIEG) que integram as tarifas de acesso (que, inclusivamente por essa razão, chegaram a ser negativas, funcionando para os consumidores finais como contrapeso face ao aumento do custo da eletricidade). Noutro caso, como é mais habitual, são os produtores que recebem o valor de mercado acrescido da diferença entre aqueles dois parâmetros.

Este modelo apresenta concretas vantagens na manutenção do equilíbrio contratual e dos interesses subjacentes face à volatilidade de preços de

20 Pode traduzir-se no preço horário, no preço diário médio ou um horizonte mais largo (considerando sempre o *day-ahead*), ou incluir o mercado intradiário e de serviços de sistema, bem como incluir indexação definida.

21 Vg., no caso português, o esquema remuneratório previsto no Decreto-Lei n.º 35/2013, de 28 de fevereiro. A remuneração por CfD integrou, também, uma das modalidades dos leilões solares lançados ao abrigo do artigo 5.º-B do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de agosto, na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 76/2019, de 3 de junho.

22 Anatolitis, Gephart, Held, Klessmann & Wagner, 2024: p. 41-47.

23 Idem, p. 21-26.

mercado. Assim, os promotores conseguem garantir, mais facilmente, a viabilidade dos investimentos através de limiar mínimo de remuneração, o que permite compensar os investimentos feitos e incentiva a descarbonização. Os consumidores garantem o aumento da oferta e, inerentemente, beneficiam do aumento da competitividade e dos efeitos da descarbonização. Além disso, quando a remuneração de mercado ultrapassar o limiar máximo de remuneração permitida, beneficiarão do valor da diferença. O regime prevê a possibilidade de utilizar a diferença para amortizar outros investimentos, bem como para direcionar o consumo para períodos em que o preço da eletricidade seja mais reduzido, reforçando a ideia de benefício intermediado pelo sistema tarifário, refletindo-se nos custos de eletricidade pagos pelos consumidores finais.

Porém, em função do desenho, por implicarem o fechamento de condições para longos períodos – o que é suscetível de prejudicar a entrada de novos produtores em mercado que condições de preço mais competitivas, bem como mercado de *hedging* e os PPA, e poder desligar os incentivos dos produtores dos sinais-preço de curto-prazo (*v.g.* produzindo em horas de preço negativo) – este modelo não é isento de riscos para o mercado interno da energia à escala da União. Aliás, no passado, foi fomentada uma maior dependência dos valores dos mercados grossistas, por forma a melhor refletir, em espaços de tempo curtos, os sinais-preço. Procurando mitigar estas preocupações, introduziram-se programaticamente normas que dispõem sobre a conceção dos modelos contratuais que beneficiem de CfD, incluindo deveres como a promoção da sua participação eficiente nos mercados de energia elétrica, a evitação de distorções de concorrência ou a inclusão de cláusulas penais aplicáveis no caso de resolução unilateral do contrato intempestiva.

Assim, esquemas de apoio direto ao preço deverão passar obrigatoriamente pela contratação bilateral por diferenças ou por um enquadramento contratual equivalente. Contudo, de modo a assegurar a certeza e previsibilidade jurídica, prevê-se que esta obrigação apenas produzirá efeitos para os contratos celebrados a partir 17 de julho de 2027. No caso dos ativos de produção de energia eólica offshore de natureza híbrida²⁴, *i.e.* interconectados a duas ou mais zonas de ofertas, o período transitório previsto é alargado até 17 de julho de 2029 dada a complexidade dos projetos. A vantagem deste modelo contratual reside no facto de assegurar que as receitas resultantes de novos

24 Sobre a natureza destes ativos – <https://www.nationalgrid.com/national-grid-ventures/interconnectors-connecting-cleaner-future/multi-purpose-interconnectors> [consultado em 20.05.2024].

investimentos na produção de energia elétrica através de fontes renováveis subsidiados por fundos públicos se tornam mais independentes da volatilidade dos preços associados à produção a partir de fontes de energia fóssil, que acabam por fixar o preço do mercado intradiário, promovendo uma maior racionalidade do sistema.

c) Mercados a prazo

Para além das medidas enunciadas, prevê-se ainda a promoção dos mercados a prazo como medida essencial à estabilidade dos mercados, fomentando a utilização de produtos de cobertura de risco. Assim, a reforma procede a alterações profundas do artigo 9.º do Regulamento (UE) 2019/943, que estabelece justamente o regime dos mercados a prazo.

Os direitos de transporte a longo prazo passam a ser atribuídos não só em respeito pelos imperativos de transparência e valores de mercado, mas também agora de uma forma regular numa plataforma única de atribuição, plataforma essa que será dotada de personalidade jurídica autónoma. Numa formulação mais sintética que a anterior, passa-se a prever que o desenho dos mercados a prazo da União deverá incluir os instrumentos necessários para proporcionar aos participantes no mercado possibilidades adequadas de cobertura dos riscos financeiros²⁵.

Prevê-se que a Comissão, no prazo de 18 meses, proceda a uma avaliação, após consulta de todos os intervenientes relevantes, de medidas com possível impacto para a proliferação do uso de instrumentos de cobertura de risco e, assim, com impacto positivo no aprofundamento dos mercados a prazo. Esta avaliação deverá ainda contemplar, à luz desta disposição, as possibilidades de mudança: (i) na frequência de alocação de direitos de transporte a longo prazo; (ii) na maturidade dos direitos de transporte a longo prazo transmitidos, em especial as maturidades de, pelo menos, três anos; (iii) na própria natureza dos direitos transmitidos. Adicionalmente, deverá também procurar formas de fortalecer os mercados secundários e, com destaque, a possibilidade de introduzir *hubs* virtuais regionais para os mercados a prazo.

O regime proposto prevê exatamente esta nova possibilidade, procurando lançar as fundações para a criação destes *hubs* de mercado. Esta disposição oferece orientações detalhadas que a avaliação da Comissão deverá responder

25 Artigo 9.º, n.º 3 do Regulamento (UE) 2019/943 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de junho de 2019, relativo ao mercado interno da eletricidade

quanto a este ponto²⁶. Nesse sentido, deverão ser tomadas em linha de conta a adequada dimensão geográfica destes hubs regionais de mercado e a sua relação com as zonas de oferta; a metodologia de cálculo utilizada nos preços de referência dos mercados a prazo, procurando maximizar a harmonização entre preços de oferta e preços de referência dentro de determinado hub regional; os meios de maximizar as oportunidades de transação, tanto dos direitos de transporte a longo prazo como dos produtos financeiros de cobertura.

O resultado dessa avaliação deverá redundar na adoção de um ato normativo de implementação que traduzirá as específicas medidas e os instrumentos para atingir os objetivos para os mercados a prazo.

Finalmente, prevê-se em termos significativos uma nova prerrogativa para as entidades reguladoras: no caso de se considerarem insuficientes as oportunidades de coberturas existentes no mercado, após consulta das entidades financeiras competentes no caso dos mercados financeiros a prazo, poderão as entidades reguladoras exigir medidas adicionais aos operadores para melhorar a liquidez destes mercados.

d) Em caso de crise: Peak Shaving Product

Visando incrementar a estabilidade e segurança do mercado de energia elétrica europeu, nomeadamente promovendo a sua resiliência face a choques externos de grande magnitude, é introduzido formalmente, como novo instrumento, o alisamento de picos de consumos (*peak shaving products*)²⁷.

Esta medida é inspirada no artigo 4.º do Regulamento (UE) 2022/1854 do Conselho de 6 de outubro de 2022, que vigorou entre 6 de outubro de 2022 e 31 de dezembro de 2023²⁸, relativo a uma intervenção de emergência para fazer face aos elevados preços da energia, que teve natureza temporária.

No fundo, a medida visa, em contextos extremos de crise energética, aliviar a pressão da procura durante as horas de pico de consumo. Tal permite promover uma maior estabilidade de preços, ao mesmo tempo que favorece a descarbonização ao prevenir a entrada em funcionamento de produtores fósseis (com preço marginal tipicamente mais elevado).

26 O novo n.º 5 do artigo 9.º do Regulamento (UE) 2019/943.

27 O novo artigo 7.º-A do Regulamento (UE) 2019/943.

28 Ressalva-se, contudo, a obrigação de reexame prevista no artigo 20.º, n.º 2 que vigora até 15 de outubro de 2024.

A utilização destes instrumentos deve circunscrever-se a uma lógica de última *ratio*. Nesse sentido, terão como pressuposto de aplicação, a declaração de uma figura inovadora, prevista no novo artigo 66.º-A da Diretiva (UE) 2019/944: a Declaração de Crise de preços de eletricidade a nível regional ou da União Europeia²⁹. Existindo essa declaração, sob requisição das autoridades dos Estados-Membros abrangidos, as entidades gestoras do sistema, no caso português a REN, depois de consultar os operadores de mercado relevantes, submetem proposta às entidades reguladoras nacionais (a ERSE, no caso português).

O regime fornece um conjunto de critérios a serem respeitados pelas propostas, de forma acautelar todos os interesses potencialmente afetados. A saber: (i) deverão assegurar a necessidade de um serviço adicional que tutele a segurança do abastecimento, sem colocar em causa a estabilidade das redes e os custos e proveitos expectáveis; (ii) assentar em critérios de mercado objetivos, transparentes, não discriminatórios e limitados à resposta de procura; (iii) a atribuição dos instrumentos de alisamento de picos deverá respeitar imperativos concorrenciais, com seleção baseada no preço mais baixo face ao cumprimento de critérios técnicos e ambientais previamente fixados; (iv) contratos estabelecidos ao abrigo destes instrumentos devem ser celebrados, no máximo, a uma semana da sua ativação; (v) a ativação destes instrumentos não deve reduzir a capacidade interzonal; (vi) a ativação destes instrumentos deverá ocorrer antes ou durante o mercado diário e poderá ser feito a um preço de eletricidade predefinido; (vii) a ativação destes instrumentos não deverá implicar a geração de eletricidade a partir de combustíveis fósseis.

Visando essencialmente a diminuição da procura durante alturas de pico de consumo, a entidade gestora do sistema deverá definir uma metodologia de linha de base que reflita os níveis de redução de consumo esperados, avaliando assim a eficácia das medidas implementadas face aos objetivos definidos a montante. Esta metodologia deverá, igualmente, ser aprovada pela entidade reguladora nacional.

Finalmente, prevê-se a atuação da Agência de Cooperação dos Reguladores da Energia (ACER), que deverá, seis meses após o fim da crise de

29 À luz do citado artigo, o Conselho da União Europeia pode, mediante proposta da Comissão, declarar a existência de uma crise de preços de eletricidade a nível regional ou de toda a União. Esta declaração está dependente, no entanto, da verificação de condições objetivas que dizem respeito a dois tipos de parâmetros. Em primeiro lugar, a variação acentuada dos preços de mercado habitualmente praticados. Em segundo lugar, um parâmetro temporal que indique a persistência destas variações de modo a excluir as variações ordinárias que resultem do normal funcionamento do mercado.

preços de eletricidade declarada, fazer uma avaliação dos impactos das medidas introduzidas e, se necessário, emitir recomendações às entidades reguladoras nacionais para efeitos de aprovação de futuras medidas a introduzir noutras crises. Prevê-se, ainda e independentemente da existência concreta de crises de preços de eletricidade, que, até 25 de junho de 2025, a ACER elabore um relatório de avaliação sobre o impacto destas medidas em condições de normal funcionamento dos mercados. Com base neste relatório, poderá a Comissão submeter proposta legislativa no sentido de introduzir estes instrumentos para além das situações extraordinárias de crise de preços de eletricidade.

2.3. Aceleração da Integração de Energias Renováveis

No que à integração de Energias Renováveis especificamente diz respeito, a reforma prevê um conjunto de medidas inovadoras. Destaca-se, em primeiro lugar, a melhor adequação do sistema à específicas características de “despacho” em tempo útil das energias renováveis, como serão os casos das adaptações ao mercado intradiário e do reforço das interligações. Seguidamente, a compensação devida a Produtores *Offshore*, em certas condições, por eventuais riscos de congestionamento e o conjunto de medidas que visam assegurar a estabilidade do sistema, onde se contam os temas relacionados com flexibilidade e mecanismos de capacidade.

a) Adaptações ao Mercado intradiário

Os mercados organizados de eletricidade, de acordo com o modelo instituído da Europa, são sequenciais, quer de capacidade de interligação (*transmission markets*), quer energia (*commodity*). Nestes últimos, além dos contratos de compra e venda de energia realizados fora do mercado organizado – i.e. *over the counter*, a exemplo dos mencionados *Power Purchase Agreement* (PPA), existem mercados organizados de energia de longo prazo (derivados), de curto prazo (*day ahead* e *intraday*) e de muito curto prazo (*balancing ou equilíbrio*).

Na Península Ibérica, as transações diárias e intradiárias são realizadas para duas zonas de preços (Portugal e Espanha) no OMIE – Operador de Mercado Ibérico de Eletricidade, S.A. (OMIE).

O mercado diário, também chamado acoplamento único diário (SDAC, na sua sigla em inglês), permite aos agentes transacionar, todos os dias, eletricidade para as vinte e quatro horas do dia seguinte. Ulteriormente, os agentes de mercado podem voltar a adquirir ou alienar eletricidade no mercado

intradiário, para ajustar o programa resultante do mercado diário às suas reais necessidades. Os mercados intradiários estruturam-se em seis sessões de leilões no âmbito MIBEL e num mercado contínuo transfronteiriço europeu, e são levados a efeito depois de o operador do sistema, após o mercado diário, ter realizado os ajustes necessários para que o programa resultante seja viável. Tal como no mercado diário, depois destes mercados terem sido levados a efeito, os resultados são enviados aos operadores do sistema para que possam programar os seus processos de balanço.

Os mercados intradiários são, portanto, particularmente importantes para a integração no mercado de eletricidade proveniente de fontes de energia renovável. Estando dependente de condições meteorológicas, a previsibilidade do *output* desta produção é sempre limitada a estimativas, pelo que os produtores só estarão em condições de sinalizar ao mercado a quantidade exata de despacho praticamente em simultâneo com o efetivo momento de fornecimento.

Nesse sentido, a reforma introduzida a este propósito visa maximizar as oportunidades de mercado disponíveis para estes centros electroprodutores com a maior aproximação possível a esse momento. Assim, a janela temporal para contratualização interzonal no mercado intradiário deverá ser encurtada e definida o mais próximo possível do tempo real, de forma a promover a competitividade destes centros electroprodutores, bem como promover a eficiência das trocas em mercado efetuadas pelos mesmos, aproveitando integralmente a capacidade instalada.

O novo regime passa a prever, então, que, a partir de 1 de janeiro de 2026, a janela de oferta interzonal para o mercado intradiário não poderá em qualquer caso exceder os trinta minutos (n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento (UE) 2019/943). Prevê-se, contudo, no caso de criação de riscos de segurança de abastecimento e permitindo uma transição eficiente ao nível dos custos, a possibilidade de derrogação desta medida até 1 de janeiro de 2029, a pedido dos operadores da rede de transportes. Esta derrogação depende de uma concreta análise de impacto e de uma aprovação por parte da Entidade Reguladora Nacional, que terá em conta os argumentos apresentados pelos diferentes intervenientes no sistema, bem como da apresentação de um plano de ação que permita implementar o objetivo de trinta minutos até ao prazo máximo de derrogação.

Para além disso, prevê-se que a dimensão mínima dos produtos oferecidos seja reduzida para 100kW e um incremento da partilha de informação por parte dos operadores de mercado dentro de zonas de oferta. De forma

a assegurar que existe efetiva partilha desta informação, os agentes deverão submeter todas as suas ofertas ao mercado diário e intradiário, não devendo organizar trocas fora destes mercados.

b) Mecanismo de compensação a Produtores Offshore

Estando praticamente esgotado o potencial eólico *onshore* dos projetos *green field*, vem sendo reconhecido e incentivado o aproveitamento do potencial *offshore* (ao largo). Efetivamente, a introdução de centros electroprodutores de energia *offshore* representa um elevado potencial no incremento da produção de energia elétrica a partir de fontes de energia renovável, considerando as condições meteorológicas de que poderão beneficiar.

Contudo, estas soluções representam, considerando a sua localização geográfica (oceânica), acrescidos desafios, tanto em termos de ligação as redes de transporte, como de rentabilização dos elevados investimentos de que dependem. Um dos principais desafios é, reconhecidamente, o eventual congestionamento nas redes de transporte e a fraca capacidade de interligação dos projetos, considerando a ausência de infraestrutura³⁰.

Apesar de todos os esforços encetados para um harmonioso e simbiótico desenvolvimento da infraestrutura de transporte para este tipo de projetos, a construção e implementação de novas infraestruturas envolve processos demorados e geradores de incerteza, que poderão demover os promotores de investimentos em empreendimentos *offshore* de produção de energia. Surge, assim, a necessidade de criação de outros incentivos de curto prazo que permitam reforçar a segurança e viabilidade dos investimentos realizados neste tipo de projetos. Para além dos instrumentos contratuais *supra* mencionados, a reforma prevê ainda a instituição de outras medidas que permitam fomentar

30 A Associação de Operadores de Redes de Transporte Europeus (European Network of Transmission System Operators for Electricity ou ENTSO-E), apresentou relatório, inclusive um relatório autónomo, sobre as necessidades de infraestrutura de transporte para as redes *offshore*, publicação incluída num conjunto alargado de estudos que a entidade intitulou de Planos de Desenvolvimento de Redes *Offshore* (ONDP), que, por sua vez, estão incluídos nos Planos decenais de Desenvolvimento da associação.

Também a Comunicação da Comissão de 19 de novembro de 2020, sobre a Estratégia da UE para aproveitar o potencial de energia de fontes renováveis ao largo com vista a um futuro climaticamente neutro, previa já como aspeto prioritário “*Uma nova abordagem para a energia de fontes renováveis ao largo e infraestruturas de rede*”, propugnando uma maior coordenação entre Estados-Membros, Operadores de Redes de Transporte (ORT) e Entidades Reguladoras para o planeamento de infraestruturas de rede. Foi adicionalmente previsto pela Comissão a publicação de orientações para a partilha de custos e benefícios, definindo também uma “*metodologia sólida para a imputação dos custos de acordo com a localização dos benefícios*” entre os promotores e produtores de projetos eólicos *offshore* e os operadores de redes de transporte.

o desenvolvimento de projetos desse cariz, facilitando a sua operação e consequentemente potenciando um retorno adequado face ao investimento.

Nesse sentido, prevê-se a criação de compensações a atribuir pelos operadores de rede transportes aos centros electroprodutores, sempre que não seja disponibilizada a capacidade de interligação previamente acordada. Assim, passou a estar prevista uma compensação devida em dois casos, desde que decorrentes da redução da capacidade de interligação: (i) o centro electroprodutor não consegue expedir para o mercado a totalidade da sua geração; (ii) existe um decréscimo de preço praticado na sua zona de oferta decorrente da redução dessa capacidade de interligação³¹. Salvaguarda-se, contudo, que esta compensação apenas será aplicável no caso de os operadores de rede de transporte não disponibilizarem um valor mínimo de capacidade de interligação, tal como calculado à luz dos parâmetros fixados no mesmo diploma³² (n.º 8 do artigo 16.º). Finalmente, define-se que esta compensação não deverá exceder o total das receitas de congestionamento resultantes dessas interligações.

c) Necessidades de flexibilidade / contratos de ligação flexível^{B3}

A produção de energia através de fontes renováveis tem como característica operacional o facto de ser “não despachável”, no sentido em que a produção e a potência de injeção não se encontram a valores constantes e dependentes inteiramente de ação humana. Assim, dados os fatores climatéricos de que depende a atividade de produção de energia a partir fontes renováveis, esta é caracterizada pela sua relativa “intermitência”. Ora, para que se salvaguardem imperativos de eficiência do mercado e da utilização de recursos, surge uma maior necessidade de flexibilidade do sistema como um todo.

Tradicionalmente, a flexibilidade do sistema era alcançada através de medidas de flexibilidade concentradas do lado da produção, ou seja, do lado da oferta, e mais recentemente, também, de medidas que visassem orientar e convocar a participação e comportamento dos consumidores no mercado (*demand side response*). Quanto às medidas do lado da oferta, a flexibilidade hodiernamente passa a poder ser alcançada por armazenagem, já não apenas

31 Nova al. c) do n.º 2 do artigo 19.º do Regulamento (UE) n.º 2019/943.

32 Relembra-se que, à luz dessa disposição, ter-se-ão por cumpridos os níveis mínimos de capacidade disponível, tanto no caso das fronteiras que utilizam uma abordagem baseada na capacidade líquida de coordenada de transporte, como para as fronteiras que utilizam uma abordagem de fluxos, com 70% da capacidade.

33 Sobre o tema vd. CEER, 2024.

através de “bombagem hidráulica” (que deve ser reforçada), mas com recurso a baterias, que parece ser o modelo de momento mais adequado a armazenar energia produzida através de fontes renováveis (armazenagem autónoma ou co-localizada). Do lado do consumo, incluindo em situações de autoconsumo, o recurso a baterias também pode ser uma solução.

No mesmo sentido pode ser apontado o regime de capacidade com restrições de injeção na Rede Elétrica de Serviço Público (RESP) que, como sublinhado entre nós no texto preambular do Decreto-Lei n.º 15/2022, visa *“eliminar a ociosidade do ativo RESP e, por outro lado, impor a necessidade de se evoluir de um modelo de planeamento e gestão das redes para um modelo inovador de gestão ativa, de forma dinâmica, adaptativa e flexível, que incorpora em si mesmo a realidade da produção híbrida, do armazenamento necessário à maior penetração das energias renováveis e do autoconsumo, individual e coletivo, transformando o tradicional consumidor num agente ativo do SEN e da transição energética.”*. Do mesmo modo, prevê-se igualmente no preâmbulo e no Decreto-Lei n.º 17/2022 a introdução de soluções de flexibilidade nos planos de desenvolvimento e investimento das redes de transporte e de distribuição (n.º 5 do artigo 123.º).

Outra medida que visa facilitar a introdução no sistema de produção de eletricidade a partir de fontes de energia renovável será uma melhor adaptação da produção e consumo ao longo de diferentes horizontes temporais. Para o efeito, prevê-se a obrigação para as entidades reguladoras nacionais avaliarem periodicamente as necessidades de flexibilidade do sistema elétrico nível nacional, tendo em conta os relatórios de adequação de recursos previstos, tendo por base a metodologia comum fixada a nível europeu aprovada pela ACER.

Resulta também uma obrigação para os Estados-Membros a definição de um objetivo nacional para a flexibilidade em matéria de energia não-fóssil. Esse objetivo deverá ser densificado pela determinação de contribuições específicas a realizar para resposta à procura, como, por exemplo, níveis de armazenamento de energia que permitam cumprir esse objetivo. Este deve ser integrado nos Planos Nacionais de Energia e do Clima³⁴.

Partindo destes objetivos e planeamento para os atingir, a Comissão deverá desenhar uma estratégia de resposta à procura e de armazenamento de energia

34 Planos previstos no Regulamento (UE) 2018/1999 do Parlamento Europeu e do Conselho.

que permita cumprir os objetivos da União Europeia até 2030 em matéria de energia e do clima.³⁵

Adicionalmente, nos casos em que os objetivos definidos pelos Estados-Membros neste âmbito, não sejam passíveis de atingir pelos investimentos existentes e ou pela mera remoção de barreiras ao mercado, prevê-se a possibilidade de os Estados-Membros criarem esquemas de subsídio direta à capacidade disponível de flexibilidade não-fóssil. Concomitantemente, devem também ser revistos os critérios aplicáveis à participação dos mecanismos de capacidade instalada para efeitos de flexibilidade de energia não-fóssil, sem prejuízo do disposto a propósito dos princípios para a conceção de mecanismos de capacidade³⁶. Estes esquemas de subsídio deverão, ainda, englobar o apoio direto a novos investimentos não projetados para efeitos de flexibilidade, sejam estes sobre ativos existentes ou que permitam aprofundar a flexibilidade de resposta à procura.

d) Mecanismos de capacidade

Nos primórdios, os sistemas elétricos de produção centralizada previam a remuneração das centrais electroprodutoras através de um binómio: remuneração da capacidade instalada disponível para o sistema e a remuneração da energia efetivamente produzida.

O modelo europeu desde há muito vinha propugnando uma transição para um modelo assente exclusivamente no “*energy only market*”, que previa somente a remuneração dos produtores pela energia produzida através do mercado (e não pela capacidade instalada).

As anteriores alterações ao quadro normativo dos chamados mecanismos de capacidade³⁷ – que em Portugal tinham assumido a denominação de “garantia de potência”³⁸ – visaram, essencialmente, acautelar os riscos de

35 Nomeadamente o pacote legislativo “Objetivo 55”, disponível em https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal/delivering-european-green-deal/fit-55-delivering-proposals_pt [consultado em 15.06.2024].

36 Artigo 22.º do Regulamento (UE) 2019/943.

37 O Clean Energy Package, em especial o Regulamento (UE) 2019/943 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de junho de 2019, relativo ao mercado interno da eletricidade.

38 O Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de agosto, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 215-B/2012, de 8 de outubro, determinou a definição de um mecanismo de atribuição de incentivo à garantia de potência disponibilizada pelos centros eletroprodutores ao SEN, com vista a promover a garantia de abastecimento. A Portaria n.º 251/2012, de 20 de agosto estabeleceu o regime de atribuição de incentivos à garantia de potência de forma a que estes contribuíssem, de forma decisiva e racional, para a manutenção da disponibilidade da capacidade de produção de energia elétrica (Incentivo à disponibilidade) e para a realização de investimen-

distorção de mercado potencialmente criados pela descoordenação daqueles mecanismos, e conduziram em Portugal, com salvaguarda pontual de obrigações contratuais no apoio ao investimento, à revogação dos incentivos à garantia de potência.

As reformas agora introduzidas, apesar de salvaguardarem a necessidade de prevenir esses riscos, reconhecem o papel crucial que estes mecanismos poderão desempenhar numa transição para um sistema de energia elétrica descarbonizado, disponibilizando os recursos adequados para a estabilidade de um sistema insuficientemente interconectado, deixando inclusivamente de ser considerados necessariamente temporários³⁹. Assim, existe uma mudança de paradigma, deixando os mecanismos de capacidade de serem considerados como mecanismos de último recurso. No entanto, as anteriores preocupações em relação à eficiência dos mercados continuam a não ser descuradas, tratando-se de um regime que visa essencialmente o equilíbrio entre estas e o potencial de um sistema cada vez mais assente na produção de eletricidade a partir de fontes de energia renovável, em que a intermitência representa também um novo desafio para o sistema.

Dada a complexidade dos interesses em causa, bem como da operacionalização prática destes mecanismos, prevê-se um acompanhamento regular da informação relacionada por parte das entidades competentes ao mais alto nível europeu. Assim, a Comissão deve elaborar, até 17 de janeiro de 2025, um relatório detalhado sobre as possibilidades de simplificação e aumento da eficiência dos procedimentos associados aos mecanismos de capacidade, de forma a coordenar e orientar a intervenção dos Estados-Membros neste capítulo⁴⁰. A Comissão deverá igualmente, a esse propósito, pedir à ACER que altere em conformidade a sua avaliação europeia da adequação de recursos conforme regime vigente de *Avaliação europeia da adequação dos recursos* (artigo 23.º do mesmo diploma). Após esta fase, cumprirá igualmente à Comissão, até 17 de abril de 2025 e após consulta com os Estados-Membros,

tos em nova capacidade de produção (Incentivo ao investimento), em termos que assegurassem a existência de níveis de segurança de abastecimento.

39 Supressão da al. a) do n.º 1 do artigo 22.º do Regulamento (UE) 2019/943 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de junho de 2019.

De igual modo, deixam de ter carácter subsidiário, dado que à luz do n.º 1 do artigo 21.º, é revogada a disposição constante do n.º 7 que previa que “os Estados-Membros devem incluir uma disposição que permita a supressão administrativa gradual eficaz do mecanismo de capacidade se não forem celebrados novos contratos (...) durante três anos consecutivos”, bem como suprimida a mesma condição temporal para efeitos do n.º 8.

40 O novo n.º 3 do artigo 69.º do Regulamento (UE) 2019/943.

apresentar propostas para a simplificação de processos de avaliação dos mecanismos de capacidade.

e) Reforço Interligações / tarifas de acesso

Um dos grandes desafios para a introdução de novos centros electroprodutores de energias renováveis no sistema elétrico prende-se com falta de capacidade de interligação, bem como com os atrasos inerentes aos procedimentos de ligação às redes. A Península Ibérica é, nisso, um exemplo, porquanto apesar de Portugal e Espanha beneficiarem de boas interligações, a ligação com França carece de reforço.

Dada as características “não despacháveis” da produção de energia a partir de fontes renováveis, a sua utilização eficiente, bem como uma integração do seu potencial que permita atingir as ambiciosas metas de descarbonização fixadas a nível europeu, estará dependente de um reforço das interligações e infraestruturas de rede, permitindo assim que a totalidade da energia produzida num determinado momento seja transacionável (aumentando o mercado geográfico alcançável), evitando assim congestionamentos geradores de ineficiência e prejuízo. Assim, tanto a viabilidade dos investimentos como a própria da transição energética estarão dependentes de um reforço das interligações.

Ciente da importância que este ponto representa para o redesenho do mercado elétrico europeu, a Agência de Cooperação dos Reguladores da Energia (ACER) e o Conselho Europeu de Reguladores da Energia (CEER) elaboraram um relatório⁴¹, apresentado em março de 2024, no qual se assume um conjunto de posições relativamente aos investimentos “antecipatórios” a realizar para a integração de energia de fontes renováveis.

Do conjunto das conclusões apresentadas devemos destacar: (i) a generalidade dos operadores de rede tende a efetuar investimentos em nova infraestrutura de rede posteriormente à existência de requisições de ligação às redes; (ii) o tratamento regulatório não distingue investimentos antecipatórios dos demais, existindo um quadro idêntico de incentivos; (iii) em poucos casos é avaliada a possibilidade de um determinado investimento em interligação resultar num ativo que fique isolado, não se assegurando que o investimento

41 ACER, 2024

seja efetuado em áreas de elevada procura, ou seja onde exista elevado volume de produção⁴².

Para além das conclusões, foram também avançadas recomendações de onde destacamos: (i) devem ser reforçados instrumentos para a redução de incerteza quanto a novas utilizações da rede e investimentos em infraestrutura a realizar, habilitando as entidades reguladores a decisões mais informadas; (ii) coordenação da partilha de informação entre futuros utilizadores de rede, operadores de rede e entidades reguladoras; (iii) a promoção de estudos com maior granularidade espacial, tendo em vista apurar as necessidades de interligação; (iv) a possibilidade do licenciamento de novos projetos ser efetuado à posteriori, visando acelerar a construção de novas interligações.

Em muitos países têm existido atrasos na construção e expansão de nova infraestrutura de interligação que se prendem com litigância com os municípios. Reconhecendo essa realidade e procurando criar um quadro de estabilidade no sector, o legislador português estabeleceu, através do Decreto-Lei n.º 18/2024, de 2 de fevereiro, um mecanismo de compensação aos municípios pelos projetos elétricos estratégicos de grande impacto geradores de significativas externalidades locais negativas. As concretas condições do mecanismo de compensação são fixadas por portaria, ouvida a Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE) e a Associação Nacional de Municípios Portugueses (ANMP), sendo que os montantes da compensação são, conforme resulta do artigo 2.º do diploma, limitados a 1% do valor dos custos diretos externos dos investimentos que a justificam, no caso de subestações, postos de corte e de 5% do valor dos custos diretos externos dos investimentos que a justificam, no caso de linhas aéreas.

Desta forma, o legislador europeu contempla as recomendações propostas pelo ACER, bem como o conjunto de temáticas sublinhadas, considerando essencial um aumento e maior agilidade nas capacidades de interligação às redes. Nesse sentido, novas obrigações de publicidade são criadas para os ORTs e para os ORDs pelas alterações promovidas ao Regulamento (UE) 2019/943. São ainda reforçadas e densificadas as obrigações que impendem sobre estes agentes, nomeadamente quanto à informação de capacidade disponível para novas ligações nas respetivas áreas de operação (nova al. a) do n.º 4 do artigo 50.º). Essa informação passa a ser enquadrada por um *critério de alta granularidade espacial*, respeitando, contudo, a confidencialidade de

42 A este propósito, destaque-se no caso português o Decreto-Lei n.º 80/2023, de 6 de setembro, que definiu Sines com uma Zona de Grande Procura.

dados e a segurança pública, incluindo a capacidade sob pedido de interligação e as possibilidades de flexibilidade em áreas congestionadas. Os ORT devem fornecer informação clara e transparente sobre o estado dos pedidos de ligação às redes aos agentes que o requisitarem, incluindo, quando relevante, informações sobre acordos de flexibilidade. Estas informações deverão ser prestadas no prazo máximo de três meses a partir do pedido efetuado. Se o pedido de ligação às redes não for aprovado nem permanentemente rejeitado, os ORTs deverão atualizar regularmente as informações sobre este pedido, com uma periodicidade mínima trimestral.

Finalmente, prevê o novo n.º 3 do artigo 57.º uma nova forma de cooperação entre ORTs e Operadores de Rede de Distribuição (ORDs) para a publicidade da informação sobre a capacidade disponível para novas interligações nas suas áreas de operação.

2.4. Proteção e Empoderamento dos Consumidores

Quanto aos temas de proteção dos consumidores, as alterações incidem sobre o direito de acesso a contratos de preço fixo, a exigência de mecanismos de cobertura para os fornecedores de eletricidade, o regime obrigatório de instituição do Comercializador de Último Recurso (CUR), proteção contra a interrupção de fornecimento e a existência de um mercado regulado. Já na dimensão de empoderamento prevêem-se novas regras de incentivo à partilha de energia, o direito a contratar com múltiplos fornecedores para um ponto de fornecimento e uma melhoria e aprofundamento da informação prestada no âmbito contratual.

Destacaremos, contudo, nestas linhas, privilegiando o poder de síntese, as modificações sobre modalidade do preço de contratualização, as novas regras sobre interrupção de fornecimento de energia, promovendo a proteção dos consumidores mais vulneráveis e o aprofundamento dado ao regime aplicável à partilha de energia tendo em vista a descentralização do sistema de produção e consumo, nomeadamente através de medidas destinadas a promover o autoconsumo.

a) Contratualização a preço fixo ou variável

No *Clean Energy Package* foi introduzido um conjunto extenso de alterações ao enquadramento normativo energético ao nível europeu, onde se inclui a obrigatoriedade de oferta de contratos de eletricidade a preços dinâmicos⁴³,

⁴³ Artigo 11.º da Diretiva (UE) 2019/944 do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de junho de 2019.

sendo estes definidos como “*contrato de fornecimento de eletricidade entre um comercializador e um cliente final, que reflete a variação de preços nos mercados à vista, incluindo nos mercados de dia seguinte e intradiário, com intervalos pelo menos iguais à frequência de ajustamento do mercado*”. Subjacente a esta medida estaria a convicção de que a variabilidade do preço contratual indexado aos preços de mercado tenderia a beneficiar os consumidores, melhor se adequando aos imperativos de eficiência do mercado.

A crise de preços energéticos precipitada e acentuada pelo conflito armado entre a Federação Russa e a República da Ucrânia veio alterar este “estado de coisas”, nomeadamente as perspetivas sobre os riscos e benefícios associados aos contratos de preço dinâmico ou variável. Assim, para além da necessidade de continuar a assegurar a possibilidade de aceder a contratos em regime dinâmico de preços, a proteção dos consumidores, nomeadamente quanto à volatilidade dos mercados, passou a impor a existência de ofertas, por comercializadores com mais de duzentos mil clientes, de contratos a preço fixo (com termo e período mínimo de um ano). Esta regra é derogável apenas mediante o preenchimento de três condições cumulativas: (i) o comercializador apenas ofereça contratos de preço variável; (ii) a exceção não tenha impacto negativo na concorrência; (iii) subsista suficiente escolha no mercado que permita aos consumidores contratar a termo certo e preço fixo. Adicionalmente, é a introduzida uma nova obrigação para os comercializadores, que deverão apresentar um sumário das condições contratuais “chave”, sempre que se aproxime o termo do contrato ou se preveja a sua extensão. Este sumário deverá incluir, pelo menos, o preço total e parcelado, a modalidade do preço praticado (fixo, variável ou dinâmico), entre outros elementos de apoio ao consumidor.

b) Regulação Prudencial

A reforma do mercado veio introduzir a regulação prudencial no mercado da eletricidade. Recorda-se que, historicamente, os mercados elétricos eram, direta ou indiretamente, integralmente regulados, no sentido maximalista de termo: o preço cobrado aos consumidores estava sujeito a controlo administrativo (regulação tarifária). A evolução foi no sentido de, excluindo o caso dos CUR, os preços serem livremente fixados em mercado. A regulação tarifária, no contexto de preços de comercialização baseados no mercado, centra-se nas e das tarifas de acesso às redes, cobradas universalmente a todos os consumidores, que incluem a remuneração dos serviços prestados por operadores economicamente regulados (*maxime* os operadores de redes), e podem

abranger custos de política energética, de sustentabilidade e interesse económico geral (tais como o resultado dos CfD, dos mecanismos de capacidade ou de convergência tarifária com pequenas redes isoladas, como as regiões autónomas).

A liberalização potenciou a regulação comportamental, impulsionando a supervisão, quer dos preços (incluindo numa ótica jusconcorrencial), quer das regras informativas, de transparência e conduta, bem como a ação sancionatória pública.

A crise de preços vivida nos últimos anos evidenciou que, quando os comercializadores não garantem a adequada cobertura da sua carteira de eletricidade, quaisquer variações nos preços grossistas da eletricidade podem deixá-los financeiramente em risco, levá-los a situações de insolvência e resultar na repercussão dos custos nos consumidores e noutros utilizadores da rede. Por forma a evitá-lo, a reforma do mercado introduziu a sujeição dos comercializadores à adoção de estratégias de cobertura de risco⁴⁴.

O campo primacial de aplicação, tanto quanto se antecipa, serão os casos de oferta de contratos a preços fixos. Nestes casos, a inexistência de coberturas torna o comercializador a depender das flutuações do mercado grossista e pode conduzir a indesejáveis quebras contratuais ou mesmo ao recurso ao fornecimento supletivo pelo CUR, com prejuízos evidentes para o sistema elétrico e para os consumidores que, mesmo não ficando com o fornecimento interrompido, deixam de beneficiar dos preços contratados em que pode assentar o seu plano de vida ou de negócios.

A supervisão das coberturas de risco, que pode implicar a realização de *stress tests* aos comercializadores, deve tomar em conta vários fatores, tais como o acesso dos comercializadores à geração, a sua robustez financeira, o nível de exposição aos mercados grossistas ou a dimensão e estrutura do mercado.

c) Maior proteção, incluindo novas regras sobre interrupção do fornecimento de energia e fixação de preços

Para a generalidade dos países da Europa Central e do Norte a interrupção do fornecimento de energia acarreta implicações de maior seriedade ao que se poderá verificar nos países da Europa do Sul, dada a amplitude térmica que se faz sentir nestes países e a essencialidade dos consumos de energia para aquecimento. Assim, no caso de interrupção de fornecimento de energia

44 Novo artigo 18.º-A da Diretiva (UE) 2019/944.

durante o inverno forte que se faz sentir nessas regiões, há uma preocupação acrescida com as populações vulneráveis, que dependem de forma crítica do acesso à energia para o aquecimento, verificando-se ainda casos extremos em que o acesso a essa energia representava mesmo uma condição vital. A crise energética conjugada com a exposição a preços variáveis ou a contratação dinâmica e com a dependência dos países mais afetados pelos fenómenos climáticos a produtos energéticos que sofreram variações acentuadas, reforçaram a preocupação do legislador europeu com a interrupção de fornecimento.

Tendo em vista os consumidores mais vulneráveis, que sejam afetados por fatores de pobreza energética, esta reforma pretende também reforçar os mecanismos de proteção dos consumidores. Para o efeito, prevê-se o reforço da posição contratual dos consumidores, em especial quanto à tutela dos seus direitos através dos mecanismos de resolução alternativa de litígios e a proteção dos consumidores vulneráveis contra interrupções de fornecimento, abandonando-se a restrição desta proteção ao conceito de “momentos críticos” e admitindo-se, agora, a proibição incondicional de interrupção⁴⁵. O conceito de consumidores vulneráveis cabe a cada Estado-Membro, sendo critérios orientadores a percentagem do rendimento disponível gasto em despesas de energia ou a eficiência energética.

Além disso, como já sucedia no caso português⁴⁶, para além da promoção de medidas de sensibilização e formação dos consumidores, os comercializadores passarão a estar impedidos de acionar a resolução do contrato ou de interromper o fornecimento durante a pendência de reclamações ou de litígios que corram entre as partes⁴⁷.

Por outro lado, os CUR passam de criação facultativa a obrigatória pelos respetivos Estados-Membros⁴⁸ e caso seja declarada uma crise dos preços da eletricidade a nível regional ou da União, os Estados-Membros podem, durante a vigência dessa decisão, aplicar medidas de intervenção pública específicas temporárias em matéria de fixação dos preços de comercialização da eletricidade às pequenas e médias empresas⁴⁹. Tal pode conduzir, reunidas

45 Artigo 29.º-A da Diretiva (UE) 2019/944 do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de junho de 2019.

46 Artigo 64.º, n.º 2, Regulamento n.º 826/2023, de 28 de julho de 2023 que aprovou Regulamento da Qualidade de Serviço dos Setores Elétrico e do Gás.

47 Refere-se, entanto, que a implementação desta medida deverá acautelar os riscos de abuso de direito, nomeadamente o recurso a expedientes processuais com finalidade meramente dilatória.

48 Novo artigo 27.º-A da Diretiva (UE) 2019/944.

49 Novo artigo 66.º-A da Diretiva (UE) 2019/944.

as condições legais, inclusivamente à fixação, a título excecional e temporário, a um preço de comercialização da eletricidade que seja inferior ao custo.

d) Partilha de energia

O *Clean Energy Package* introduziu, tanto através da Diretiva do Mercado Interno, como a Diretiva das Renováveis (RED II), o conceito de partilha de energia⁵⁰, que é concebido como um direito (distinto do direito de venda de eletricidade) atribuído às denominadas comunidades de energia, sejam estas denominadas de Comunidades de Cidadãos para a Energia ou Comunidades de Energia Renovável (artigo 16.º da Diretiva (UE) 2019/944 de 5 junho e 22.º da RED, respetivamente). O mesmo direito era concedido aos autoconsumidores (prosumers) de energia renovável, individuais ou coletivos, que se encontrassem no mesmo imóvel, inclusivamente em blocos de apartamentos (artigo 21.º da RED II). A partilha de energia que excedesse o domínio das redes internas de instalações particulares ficou assim reservada às comunidades de energia. Estas, enquanto entidades com personalidade jurídica de adesão aberta e voluntária, implicam restrições ao nível da participação e *governance*⁵¹.

Em Portugal, como em outros Estados-Membros, o direito à partilha foi concebido também para as denominadas Unidades para Autoconsumo (UPAC) remotas (em que o consumo é efetuado em sítio diferente do da produção), ainda que geralmente sujeito às restrições segundo o conceito objetivo de “proximidade elétrica”⁵².

A reforma legislativa mais recentemente publicada retoma e alarga o direito à partilha, alargando o seu âmbito subjetivo todos os consumidores domésticos, pequenas e médias empresas e entidades públicas, para além de outras categorias de clientes que venham a ser definidas pelos Estados-Membros, enquanto clientes ativos. Tal é feito a propósito do estatuto de “consumidores

50 Almeida, Klausmann, Soest & Cappelli, 2021.

51 As Comunidades de Cidadãos para a Energia estão abertas à participação de pessoas singulares, autoridades locais, incluindo municípios, ou pequenas empresas e o seu principal objetivo é proporcionar benefícios ambientais, económicos ou sociais aos seus membros ou titulares de participações sociais ou às zonas locais onde operam e não gerar lucros financeiros (artigo 2.º, n.º 11 da Diretiva da Eletricidade). Por sua vez, as Comunidades de Energia Renováveis, orientadas para o aumento da produção renovável, estão abertas apenas à participação de não-profissionais do setor, e o seu controlo deve ser feito por membros locais localizados na proximidade dos projetos de energia renovável de que a Comunidade seja proprietária e desenvolva, permitindo-se-lhes o recurso a qualquer fonte energética, desde que exclusivamente de renovável, bem como regimes de apoio.

52 Artigo 83.º do Decreto-Lei n.º 15/2022, de 14 de janeiro.

ativos”, que havia sido introduzido pela Diretiva da Eletricidade, conferindo-lhes agora o direito a partilhar energia entre si, desde que não constitua atividade comercial ou profissional principal.

Paralelamente, no que respeita ao seu âmbito espacial, este direito assume uma formulação que confere grande margem de latitude, apontando para um universo alargado. Assim, este direito passa a dever ser assegurado de forma não discriminatória dentro da mesma zona de oferta (que corresponde, no caso português, à totalidade do território continental) ou numa circunscrição territorial mais reduzida a definir pelo Estado-Membro.

De modo a prevenir distorções concorrenciais que daí possam advir, define-se que a participação em partilha de energia não poderá constituir atividade profissional ou comercial por parte dos consumidores envolvidos. A norma consagra também a figura de uma parte terceira responsável pela organização da partilha de energia, à semelhança da Entidade Gestora do Autoconsumo Coletivo (EGAC)⁵³. Esta entidade deverá ser responsável: pela articulação de interesses entre os consumidores que integrem as comunidades de partilha de energia e outras entidades relevantes, como os operadores de redes; pela gestão e equilíbrio das cargas flexíveis e outros aspetos de armazenamento; pela contratação e faturação dos consumidores envolvidos na partilha de energia; e pela instalação, operação e manutenção dos equipamentos e infraestruturas de produção e armazenamento.

Prevê-se, ainda, um estatuto aplicável aos consumidores que participem nas comunidades de partilha de energia que beneficiam de um conjunto de direitos. A saber: (i) o direito de deduzir a eletricidade injetada nas redes na medição dos seus consumos, sem prejuízo dos tributos e tarifas de acesso às redes aplicáveis; (ii) beneficiar de todos os direitos e obrigações reconhecidas aos consumidores finais no âmbito do enquadramento normativo europeu; (iii) não serem obrigados a cumprir as prerrogativas que impendem sobre os comercializadores, caso a energia partilhada provenha de uma capacidade instalada até 10.8kW, tratando-se de habitações singulares, e até 50kW, tratando-se de prédios residenciais em propriedade horizontal com frações autónomas. Neste último caso, prevê-se a possibilidade de aumento da capacidade prevista até 100kW, ou redução para 40kW, mediante a apresentação de motivos fundamentados na dimensão dos complexos residenciais; (iv) tenham acesso a minutas contratuais com termos e condições justas e

53 N.º 2 do artigo 6.º do Regulamento n.º 815/2023, publicado no Diário da República, 2.ª Série, n.º 145, de 27 de julho de 2023, que aprovou o Regulamento do Autoconsumo do Setor Elétrico.

transparentes, sendo que no caso de conflitos emergentes de disposições contratuais deverão poder aceder a centros de mediação e resolução de conflitos; (v) sejam informados sobre a possibilidade de alterações às zonas de oferta em linha com o disposto no artigo 14.º do Regulamento (UE) 2019/943.⁵⁴

Para efeitos de operacionalização destas comunidades de partilha de energia dentro do sistema, o n.º 6 deste novo artigo obriga os Estados-Membros a assegurar que os ORTs e os ORDs: (i) recolhem, monitorizam, validam e comunicam os dados de medição da comunidade de partilha de energia aos consumidores finais, pelo menos uma vez por mês, implementando para o efeito os sistemas tecnológicos necessários; (ii) asseguram a existência de um ponto de contacto para o registo de contratos de partilha, disponibilização de informação prática sobre o tema, entre outras informações relevantes.

Além disso, os Estados-Membros deverão assegurar que os projetos de energia partilhada detidos por entidades públicas sejam acessíveis a consumidores vulneráveis, reservando para o efeito uma quantidade mínima, em média, de 10% da energia partilhada. A propósito da “carga burocrática” envolvida na implementação dos projetos de energia partilhada, prevê-se que a Comissão emita orientações para a simplificação e standarização de procedimentos.

3. NOTAS FINAIS

A União Europeia aprovou, em resposta à crise de preços energéticos, uma reforma legislativa que, seguindo-se à dos gases descarbonizados, constitui uma última camada sobre último pacote do setor elétrico, o *Clean Energy Package* (2019), que, como vimos, pode estruturar-se em torno de três grandes eixos. A nossa nota preliminar vai para a resiliência dos objetivos climáticos, que se mantêm firmes, não afetando a relevância do binómio energia-ambiente.

Relativamente ao primeiro eixo – o desenvolvimento dos mercados – as propostas apresentadas visam uma melhor combinação dos mercados diários (*spot*) com os mercados de futuros, dando relevância aos contratos de longo prazo através quer de PPAs, quer de CfD. Sublinha-se o potencial de complementaridade das medidas num quadro de maior previsibilidade que viabilize os investimentos, sem prejuízo dos riscos inerentes que devam ser

⁵⁴ Regulamento (UE) 2019/943 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de junho de 2019, relativo ao mercado interno da eletricidade.

acautelados no concreto desenho da sua implementação. Os CfD, enquanto regime de apoio há muito experienciado numa dezena de Estados-Membros, não obstante as virtualidades, acarretam os riscos identificados e podem inibir o desenvolvimento dos demais mecanismos de mercado. Neste âmbito, a evolução do consumo de eletricidade será sempre um fator decisivo.

Como segundo eixo, as soluções de flexibilidade, incluindo a adaptação das regras de mercado, afiguram-se *prima facie* adequadas para a acelerar a integração de mais energias renováveis, mitigando de forma equilibrada as desvantagens da produção não despachável e procurando alcançar estabilidade no sistema. O próprio desenho das medidas, de carácter habilitador, exige inovação aos diferentes agentes e uma regulação adaptativa em função do desenrolar do mercado e das necessidades monitorizadas.

Por fim, como último eixo, as medidas de reforço da proteção e empoderamento dos consumidores surgiram como inevitáveis no pós-crise. Estas medidas não se circunscrevem aos consumidores vulneráveis, embora acentuem a sua proteção, e assumem não só medidas para cenários de crise, mas antes denotam uma aposta na descentralização e no empoderamento (permitido pela digitalização) como um fator de resiliência do próprio sistema.

BIBLIOGRAFIA

- AGÊNCIA DE COOPERAÇÃO DOS REGULADORES DA ENERGIA (ACER)
 2023 *Wholesale Electricity – Market Monitoring 2022 – High-level Analysis of Energy Emergency Measures*, disponível em Wholesale Electricity Market Monitoring 2022 High-level Analysis of Energy Emergency Measures (europa.eu) [consultado em 10.06.2024]
- 2024 *Position on anticipatory investments*, disponível em <https://www.acer.europa.eu/news-and-events/news/acer-and-ceer-provide-recommendations-anticipatory-investments-accelerate-grid-expansion-energy-transition> [consultado em 22.05.2024]
- ALMEIDA, Lucila de; KLAUSMANN, Nikolas; SOEST, Henri van & CAPPELLI, Viola,
 2021 *Peer-to-peer trading and energy community in the electricity market-analyzing the literature on law and regulation and looking ahead to future challenges*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research Paper No. 2021/35 RSCAS, disponível em https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/70457/RSC%202021_35rev.pdf?sequence=4&isAllowed=y [consultado em 26.07.2024].

Anatolitis, Vasilios; GEPHART, Malte; HELD, Anne; KLESSMANN, Corinna & WAGNER, Fabian

2024 *Contracts-for-Difference to support renewable energy technologies: Considerations for design and implementation*, disponível em https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/76700/RSC_TR_2024_03.pdf?sequence=1&isAllowed=y [consultado em 28.06.2024].

BANCO MUNDIAL

1998 *World Bank Toolkits/Concessions for Infrastructure*, disponível em <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/world-bank-toolkitsconcessions-infrastructure> [consultado em 21.05.2024].

COMISSÃO EUROPEIA

2020 *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – Estratégia da UE para aproveitar o potencial de energia de fontes renováveis ao largo com vista a um futuro climaticamente neutro*, COM (2020) 741 final, de 19.11.2020.

CONSELHO DOS REGULADORES EUROPEUS DE ENERGIA (CEER)

2024 *Paper on DSO data exchange relating to flexibility and NRAs' role* (Ref: C23-DS-87-03), de 19 de janeiro de 2024, disponível em <https://www.ceer.eu/publication/ceer-paper-on-dso-data-exchange-relating-to-flexibility-and-nras-role-2/> [consultado em 06.06.2024].

SANTOS, Filipe Matias

2023 “Da Crise de Preços à Proposta de Redesenho do Mercado Europeu de Eletricidade” in Fábio Amorim da Rocha (coord.), *Temas Relevantes no Direito de Energia Elétrica*, Tomo X, Synergia, pp. 355-365.

SANTOS, Filipe Matias; COELHO, Joana Rocha & VEIGA, José Francisco

2024 “O Aumento do Preço Grossista e as Medidas para a Acessibilidade do Consumo de Eletricidade” in *Energia em Tempos de Pandemia*, no prelo.

AUXÍLIOS DE ESTADO E O CRITÉRIO DA SELETIVIDADE REGIONAL

Gonçalo Sá Gomes

ABSTRACT *This paper studies the way the Court of Justice of the European Union applies the concept of territorial selectivity, i.e., the way by which the Court establishes the appropriate “frame of reference” when assessing if a measure is selective. We will delve into its foundations as laid down in the ‘Azores Case’ and analyse the subsequent decisions of the Court in the hopes of better understanding how the system functions and how it ought to function.*

SUMÁRIO 1. Introdução. Breve enquadramento histórico dos auxílios de Estado. 3. O atual regime dos auxílios de Estado. 4. Em especial: o critério da seletividade regional. 4.1. A acórdão Açores. 4.2. Crítica ao acórdão Açores. 4.3. Jurisprudência contraditória?. 5. Reflexões finais

KEY-WORDS: Competition Law; State-Aid; Regional Selectivity; Azores case.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho procura, embora de forma modesta, contribuir para o estudo do critério da seletividade regional, como gizado pelo Acórdão *Açores*¹. Como procuraremos demonstrar, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante “TJ”) é de duvidosa perfeição jurídico-dogmática e, por vezes, serpenteante. Esta circunstância promove alguma insegurança jurídica e coloca vários problemas ao intérprete, cuja resposta importa acautelar.

Começaremos por efetuar um brevíssimo enquadramento histórico dos Auxílios de Estado, identificando as suas origens e a lógica de que parte, até chegarmos ao atual enquadramento legal. Analisaremos, de seguida, muito sumariamente, em que se traduz a proibição dos Auxílios de Estado, identificando os seus pressupostos. Garantido este enquadramento, iremos

1 Ac. C-88/03, *Portugal/Comissão*, EU:C:2006:511 (doravante, “Acórdão Açores”).

debruçar-nos sobre a noção de seletividade regional, analisando, em profundidade, os critérios enunciados no Acórdão *Açores*, *maxime* a autonomia institucional, processual e económica. Posteriormente, analisaremos o modo como a doutrina tende a ler a jurisprudência que seguiu o Acórdão *Açores*, pois, na nossa opinião, esta é essencial para a compreensão da melhor interpretação do critério da autonomia económica. Analisaremos, também, algumas questões sobre o ónus da prova sobre o quadro de referência aplicável. Finalizaremos a nossa análise com algumas conclusões.

2. BREVE ENQUADRAMENTO HISTÓRICO DOS AUXÍLIOS DE ESTADO

Já em 1952, o Tratado que instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (doravante “TCECA”) previa sistemas de controle de subvenções e auxílios concedidos pelo Estado². Neste estado ainda embrionário da cooperação europeia, o conceito de “auxílio” aproveita o enquadramento jurídico que constava do *General Agreement on Tariffs and Trade*, de 1948 (doravante, “GATT”)³ e funda-se no pensamento económico-político constante da Declaração de Schuman⁴. A proibição de Auxílios de Estado visa, assim, vedar que os Estados, por meio de subvenções e auxílios, consigam circum-navegar o regime alfandegário acordado comunitariamente⁵.

As repetidas referências da jurisprudência do Tribunal de Justiça⁶ à Declaração de Schuman⁷ lançam luz sobre os desejos ordoliberais de construção de um mercado comum que limita o poder público e privado⁸ e a densificação

2 Veja-se o artigo 4.º, al. c) do Tratado onde se previa a *incompatibilidade com o mercado comum* das “subvenções ou auxílios concedidos pelos Estados (...) independentemente da forma que assumam”.

3 Não desprezando que, hoje, os dois sistemas são fundamentalmente distintos e autónomos, a crescente complexificação do regime europeu, a articulação com outros interesses comunitários e até a distinta construção dogmático-jurisprudencial levam alguns autores a considerar que a comparação entre os dois sistemas pode ser útil, mas a pura transposição de doutrina de um domínio para o outro seria inapropriada e até prejudicial. Neste sentido, Flett, Jessen, Talaber-Ritz (2008: 441-467).

4 A este respeito, veja-se Campos (2017: 207 e ss.).

5 Aliás, este fundamento presidia já às proibições de auxílios e subvenções que constavam da GATT. Assim, Jackson (1999: 35 e ss.).

6 De notar que, ao tempo da CECA, a instituição competente seria o “Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias”, hoje “Tribunal de Justiça da União Europeia”.

7 *Colorandi causa*, o Ac. C-30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg vs. Alta Autoridade CECA*, EU:C:1961:2.

8 A este respeito, Maduro (1998: 126 e ss.) e Pais (2011: 160).

da proibição de Auxílios de Estado vai-se assumindo progressivamente como um pilar central de salvaguarda da *concorrência*⁹.

Assim, partindo desta base, é fundamentalmente com vista à regulação da concorrência do mercado¹⁰ que o Tratado da Comunidade Económica Europeia (doravante, “CEE”) vem regular o regime dos Auxílios de Estado (arts. 92.º a 94.º), assumindo-se como vital o especial labor da jurisprudência na procura do delicado equilíbrio entre a legítima intervenção estadual e o desvio ao normal funcionamento do mercado livre¹¹.

O atual regime dos Auxílios de Estado, previsto nos arts. 107.º a 109.º do Tratado do Funcionamento da União Europeia (doravante, “TFUE”) segue o registo já adotado no Tratado de Roma¹².

9 De notar que autores como Campos (2017: 213) consideravam que, neste período, a construção da proibição dos Auxílios de Estado como instrumentos que salvaguardam a *concorrência* era desnecessária e de duvidosa perfeição jurídica uma vez que esta presume uma transmissão do poder estadual para organizações comunitárias, situação que, considera o autor, *ainda* não existia. Salvo o devido respeito, reservamos algumas dúvidas quanto a este entendimento e inclinamo-nos para um entendimento próximo de autores como Martins (2002: 29 e ss., 40-41), por duas razões. Em primeiro lugar porque os Estados atribuíram a entidades comunitárias o poder de *interpretar* o TCECA (não nos parece acaso que o órgão se chamasse “Tribunal de Justiça”), pelo que existe de facto uma transferência da competência. Ou seja, ainda que estivéssemos num domínio prévio à afirmação do Princípio do Primado (V. o célebre Ac. 6/64, *Costa/ENEL*, EU:C:1964:66), não nos restam dúvidas que o TJ podia ler na proibição de Auxílios de Estado uma necessidade de salvaguardar a concorrência – tanto que o fez. A segunda razão prende-se com o facto de ser virtualmente impossível controlar as condições de produção do carvão e do aço num sistema cego à *concorrência*. Neste sentido, veja-se o, já citado, Ac. C-30/59.

10 Curiosamente, alguma doutrina considera que os Auxílios do Estado não visam salvaguardar a concorrência em si, assumindo-se antes como uma mera manifestação do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade – *cf.* Farreres, 1993: 42. Não podemos acompanhar este entendimento por três razões. Em primeiro lugar porque o intérprete não pode ignorar o enquadramento sistemático do legislador, *maxime* o que resultava do Título VI, Capítulo I, Secção II, do Tratado de Roma (arts. 87.º e 88.º) e do atual art. 107.º a 109.º da Secção 2, do Capítulo 1, “As Regras da Concorrência”, em particular no Título VII, “As Regras Comuns relativas à Concorrência, à Fiscalidade e à Aproximação de Legislações”, do TFUE. Em segundo lugar porque, como bem aponta Martins (2002: 42-45), os Auxílios de Estado não têm por destinatários apenas as empresas nacionais. Não se ignora que o Estado pode ter interesse na atribuição do auxílio, mas, *prima facie*, é irrelevante a dimensão sobre a qual este manifesta – se no contribuinte, na produção nacional, no consumidor nacional, etc. –, logo a nacionalidade da empresa visada não é o fator determinante. E, em terceiro lugar, porque só em função da *concorrência* seria compreensível o regime de exceção dos arts. 87.º a 89.º (que permite dar resposta a desajustamentos regionais, sociais e económicos) – neste sentido, Martin, Stehmann (1991: 216 e ss.).

11 A doutrina anglo-saxónica – não sem alguma razão – considera que a evolução histórico-dogmática do regime dos auxílios de Estado, desde os contornos rudimentares absorvidos pela GATT até aos dias de hoje é um “*ugly duck turning into a swan*”, *cf.* Pesaresi, Hoof, 2008: 2.

12 Veja-se a análise de Porto, Almeida (2010: 174).

3. O ATUAL REGIME DOS AUXÍLIOS DE ESTADO

O legislador europeu consagra hoje no art. 107.º do TFUE uma presunção negativa¹³ de que os Auxílios de Estado restringem, distorcem ou afetam de modo sensível a concorrência. O desígnio fundamental desta proibição funda-se na convicção de que os Estados-Membros, na medida em que atuam como um elemento estranho ao normal funcionamento do mercado, não possam definir vantagens para certas empresas, *maxime*, através de políticas protecionistas¹⁴.

Assim, nos termos do artigo 107.º, n.º 1 do TFUE, estão proibidos os auxílios de Estado que satisfaçam quatro critérios (cumulativos):

- 1) Se concedidos pelo Estado e através de recursos estaduais;
- 2) Se concederem uma vantagem à empresa;
- 3) Se favorecerem seletivamente certas empresas;
- 4) Se distorcerem a concorrência e afetem trocas comerciais.

Naturalmente, a satisfação destes pressupostos não esgota os casos em que um Auxílio de Estado possa ser compatível com o mercado comum. Não cabendo, nesta pequena introdução, a sua análise cuidada, cumpre, ainda assim, assinalar que a Comissão detém, nos termos do art. 107.º, n.º 3 do TFUE margem de discricionariedade para, sob certos pressupostos, considerar outros casos em conformidade¹⁵.

4. EM ESPECIAL: O CRITÉRIO DA SELETIVIDADE REGIONAL

Uma vez que nos propomos a analisar o caso particular da seletividade regional, é mister começar por esclarecer que a seletividade de uma medida se traduz na posição de vantagem *de jure* ou *de facto* de certas empresas de um Estado-Membro¹⁶. Assim, à luz desta definição, não são seletivas as medidas

13 Expressão de Almeida (2011: 211) e reutilizada por autores como Maia (2019: 108-109).

14 Gorjão-Henriques, 2023: 708.

15 V. os Acs. 730/79, *Philip Morris Holland BV*, EU:C:1980:209, n.º 24, C-310/85, *Deufil/Comissão*, EU:C:1987:96, n.º 18, C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, EU:C:2001:598, n.ºs 30-31, C-351/98, *Espanha/Comissão*, EU:C:2002:530, n.º 74, C-409/00, *Espanha/Comissão*, EU:C:2003:92, n.ºs 93-94, C-91/01, *Itália/Comissão*, EU:C:2004:244, n.ºs 43-44, C-75/05 P, *Alemanha e o./Kronofrance*, EU:C:2008:482, n.º 59, C-459/10 P, *Freistaat Sachsen e Land Sachsen-Anhalt/Comissão*, EU:C:2011:515, n.ºs 38-39. Para uma análise sobre as exceções ao regime do art. 107.º, n.º 1 do TFUE, Gorjão-Henriques (2023: 725-730).

16 Para uma boa síntese destes conceitos veja-se a Comissão Europeia, 2016: capítulo 5.

de alcance puramente geral, *i.e.*, uma medida que favoreça *todas* as empresas de um Estado-Membro não constitui Auxílio de Estado¹⁷.

Esclarecida esta definição levanta-se a questão: o que sucede se uma medida provier de um território do Estado-Membro afetando apenas e só essa zona?

Considerava o Advogado-Geral Saggio que o facto de certa medida ter sido tomada por um órgão de competência territorial dentro do Estado-Membro deve ter-se como um elemento “puramente formal”, não servindo para justificar o Auxílio, acrescentando, com particular acutilância, que “*se assim não fosse o Estado poderia facilmente evitar a aplicação numa parte do seu território, muito simplesmente introduzindo modificações na repartição interna das competências*”¹⁸.

Contudo, no Acórdão *Açores*, n.º C-88/03, o Tribunal vem amenizar este entendimento, ao considerar que podem conceber-se circunstâncias em que a autonomia de certa região possa ser de relevar. Nesse caso, satisfeitas certas condições, tomar-se-á como “quadro de referência” da seletividade não já todo o território nacional, mas apenas o território em causa¹⁹.

4.1. O Acórdão *Açores*

No Acórdão *Açores*, o Tribunal acolheu o entendimento do Advogado-Geral Geelhoed e considerou que a existência de uma região “suficientemente autónoma” estaria dependente de certos critérios²⁰. A saber:

- 1) Se a medida provier do Governo central, por via unilateral, então existirá seletividade;
- 2) Se existem vários quadros de referência, tornando impossível identificar um parâmetro que sirva de referência, então não existirá seletividade;
- 3) Se a entidade regional decide a taxa/medida com um conteúdo distinto do resto do território, então só não existirá seletividade da medida se a região for dotada de três autonomias (cumulativas):
 - i) Autonomia Institucional;
 - ii) Autonomia Processual;
 - iii) Autonomia Económica.

¹⁷ Veja-se a nossa nota de rodapé 70, *infra*.

¹⁸ Conclusões do Advogado-Geral Antonio Saggio apresentadas a 01 de julho de 1999, sobre os Acs. C-400/97 e C-402/97, EU:C:1999:340, n.º 37. Entendimento secundado no Ac. T-127/99, *Diputación Foral de Álava and Others v Commission*, EU:T:2002:59.

¹⁹ Ac. *Açores*, n.º 56.

²⁰ Conclusões do Acórdão *Açores* apresentadas a 20 de outubro de 2005, EU:C:2005:618, n.º 54.

O Acórdão considerou que, *in casu*, não estavam satisfeitos os dois últimos critérios, pelo que o quadro de referência aplicável devia ser o nacional. Nessas condições, considerou que se estava perante um Auxílio de Estado.

Propomo-nos agora a avaliar, em detalhe, cada um dos critérios propostos.

4.2. Crítica ao Acórdão Açores

a) *Autonomia Institucional*

No Acórdão Açores, afirma-se que existe autonomia institucional quando a “*decisão tenha sido adotada por uma autoridade local dotada, no plano constitucional, de um estatuto político e administrativo distinto do Governo central*”²¹. Da nossa parte, pensamos que o critério da autonomia institucional pode ser dividido em dois subcritérios: a autonomia institucional substancial – o estatuto político-administrativo autónomo – e a autonomia institucional formal – a necessidade de consagração constitucional. Começemos pela análise do primeiro subcritério.

Como bem apontam autores como Nóvoa (2006: 232-233), a autonomia da região não presume, necessariamente, a consagração de um “sistema” autónomo, *i.e.* não se exige que o sistema normativo da região seja dotado de uma lógica interna independente, bastando que o ente infra-estadual tenha poder para determinar os fins que deseja prosseguir, concedendo-se a possibilidade de definir o âmbito de interesses públicos próprios, bem como as necessidades públicas que tem interesse em satisfazer. O autor chama, por isso, à atenção que o Tribunal não se pronunciou sobre o que compreende a autonomia da região, abarcando no seu conceito, *a priori*, realidades como o federalismo alemão, o Estado regional italiano, as comunidades autónomas do Estado espanhol, ou o Estado unitário português.

Concordamos com Nóvoa. A autonomia institucional terá de descobrir os *fins regionais* que a entidade infra-estadual prossegue. Quer isto dizer que a possibilidade de prosseguir múltiplas atribuições²², que satisfaçam interesses públicos *regionais*, no limite pela via legislativa, indicará a existência de uma autonomia institucional substancial.

21 Ac. Açores, n.º 67.

22 Tendo presente que a nomenclatura jurídica nacional, por vezes, não casa com a europeia, sentimo-nos na obrigação de esclarecer que assumimos o termo como acolhido pela doutrina portuguesa – *cfr.* Amaral, 2020: 639-640. De todo o modo, e salvo melhor opinião, parece-nos que, para desenhar o conceito europeu de autonomia institucional, Nóvoa, 2006 lança aqui mão do conceito de atribuições múltiplas, tal como entendemos *supra*.

Já no que à análise do plano formal deste critério diz respeito, a doutrina é, estranhamente, despreocupada. Da nossa parte, parece-nos que a solução do Tribunal é merecedora de duras críticas. Senão vejamos.

Em primeiro lugar porque a exigência de uma forma específica na consagração da autonomia regional põe em xeque a autonomia político-administrativa dos Estados-Membros²³, sem ser possível identificar as razões de fundo que presidiram ao seu afastamento.

Não queremos aqui defender que o princípio da autonomia político-administrativa dos Estados-Membros vigora num plano quasi-absoluto²⁴. Na verdade, estando em causa a identificação de uma autonomia territorial infra-estadual, num domínio que ao Direito da União Europeia diz respeito, então, necessariamente²⁵, sempre terão de se definir critérios *europæus* sobre realidades político-administrativa dos Estados-Membros. O que se nos afigura incompreensível é o facto de o Tribunal de Justiça ter exigido uma forma específica que o critério deveria revestir, *maxime* o texto constitucional, e as nossas inquietações não são tranquilizadas pela análise da jurisprudência.

Importa ter presente que a jurisprudência²⁶ trabalhou os limites do princípio da autonomia institucional e processual dos Estados-Membros numa lógica que visava, sobretudo, assegurar a efetividade de direitos concedidos

23 A autonomia processual dos Estados-Membros como princípio orientador encontra hoje arrimo no §2, n.º 1, do artigo 19.º do Tratado da União Europeia, sendo, pacificamente, aceite pela jurisprudência e pela doutrina. Por todos, na jurisprudência, os Acs. 33/76, *Rewe*, EU:C:1976:188, n.º 5, C-6/90 e C-9-90, *Francovich*, EU:C:1991:428, n.º 43, ou, mais recentemente, o Ac. n.º C-201/02, *Delena Wells*, EU:C:2004:12, n.º 67; na doutrina, atenda-se ao estudo de Duarte (2000: 779-813). No que à autonomia organizativa diz respeito, alguns autores afirmam mesmo que terá sido a primeira vez que o Direito da União “dá relevância ao aspeto institucional interno do Estado face à irrelevância da organização territorial interna”. *Cfr.* Pereira, 2013: 59. Porém, salvo o devido respeito, parece-nos que esta consideração é incorreta, pois o TJUE já anteriormente tinha alertado que não basta aos Estados-Membros a mera invocação de uma autonomia organizativa para escapar ao Direito Europeu. *Colorandi causa*, atenda-se aos Acs. C-213/98, *Comissão c. Irlanda*, EU:C:1999:496, n.º 11, C-147/94, *Comissão c. Espanha*, EU:C:1995:111, n.º 5. Na doutrina, veja-se a análise de Lanceiro (2019: 537-586).

24 Alguns autores sugerem até que pode ser “um princípio em vias de extinção”. *V.* a dissertação de Sousa, 2022.

25 *V.* o Ac. n.º 6/64, *Costa/ENEL*, EU:C:1964:66, o Ac. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, EU:C:1970:114 e o Ac. 106/77, *Simenthal*, EU:C:1978:49.

26 O Tribunal de Justiça começou por trabalhar os limites da autonomia concedida aos Estados-Membros a propósito de casos sobre prazos de caducidade e prescrição – para além dos Acórdãos já referidos, assumem-se como particularmente relevantes os Acs. C-453/00, *Kühne & Heitz* EU:C:2004:17, C-392/04 e C-422/04, *i-21 Germany e Arcor*, EU:C:2006:586 e EU:C:2004:836, C-2/06, *Kempter*, EU:C:2008:78 e C-234/04, *Kapferer*, EU:C:2006:17 – e, mais recentemente, a propósito da responsabilidade do Estado por violação do Direito da União – *V.* os Acs. C-6/90 e C-9/90, *Francovich*, EU:C:1991:428 e C-46/93, *Brasserie du pêcheur*, EU:C:1996:79; a este respeito, vejam-se também os Acs. C-5/94, *Hedley Lomas*, EU:C:1996:205, C-118/00,

pelo Direito Europeu²⁷. Neste quadro poderá, *a priori*, parecer inapropriado lançar mão da mesma lógica quando o objetivo é tutelar um pilar da concorrência. Porém, a jurisprudência mais recente²⁸ deixa descobrir que o objeto (*rectius*, ramo do Direito) sobre o qual cumpre resolver estes delicados equilíbrios, *v.g.* direito da concorrência, direitos fundamentais dos administrados, direitos económicos do cidadão europeu, etc., é pouco mais que irrelevante. Quer isto dizer que a pedra de toque que repetidamente justifica a desconsideração da autonomia político-administrativa dos Estados-Membros é a salvaguarda do Direito da União e dos valores que são comuns aos Estados-Membros²⁹. Aliás, como vimos, essa leitura estava na base das considerações do Advogado-Geral Saggio³⁰, à luz do entendimento que antecedeu o Acórdão *Açores*. Porém, quando o Acórdão *Açores* definiu o critério da autonomia institucional adicionou uma dimensão formal à substantiva, em aberta contradição com a jurisprudência anterior.

Na verdade, é útil recordar que o Direito da União não exige qualquer forma específica para a transposição de Diretivas³¹, nem se pronuncia quanto ao modo como o direito interno deverá ser desaplicado por força do primado – se com recurso a revogação, declaração de ilegalidade, ou declaração de

Larsy II, EU:C:2001:368, C-319/96, *Brinkmann*, EU:C:1998:429, C-302-97, *Konle*, EU:C:1999:271, e C-424-97, *Haim*, EU:C:2000:357.

27 Vejam-se, entre outros, os Acs. 33/76, *Rewe*, EU:C:1976:188, n.º 5, 45/76, *Comet*, EU:C:1976:191, n.º 11-18 e C-231/96, *Edis*, EU:C:1998:401, n.º 34. Particularmente acutilantes também as considerações do Advogado-Geral Philippe Léger, apresentadas a 12 de maio de 1998 ao Acórdão *Levez*, n.º C-326/96, EU:C:1998:220, n.º 26 e ss. e as conclusões apresentadas a 17 de junho de 2003, sobre o Acórdão *Kühne & Heitz*, EU:C:2003:350, n.º 69-72. Na doutrina, veja-se, Cabral (2008: 993) e O’Keeffe (1995: 902-903).

28 Paradigmático, por exemplo, o modo como o Tribunal de Justiça tem lidado com a questão da (falta de) independência dos tribunais da Polónia (Despacho C-204/21, *Comissão/Polónia*, EU:C:2023:334). A convicção de que não estavam reunidas as condições para os juízes polacos decidirem com imparcialidade (a que se agravava o facto de as medidas analisadas terem “*por efeito diminuir a eficácia do Direito da União*” – a este respeito veja-se também o Ac. C-378/17, *Minister for Justice and Equality and Commissioner of the Garda Síochána*, EU:C:2018:979) – foi suficiente para considerar que se violava o Direito Comunitário. No mesmo sentido, veja-se o Ac. C-791/19, *Comissão/Polónia*, EU:C:2021:596.

29 *V.* o Despacho C-204/21, n.º 263 (citado *supra* – nota 28) e as conclusões do Advogado-Geral Léger apresentadas a 08 de abril de 2003, sobre o Ac. *Köbler*, C-224/01, EU:C:2003:207, n.º 58. Na doutrina, por todos, Håkansson (2005: 10 e ss).

30 Veja-se a nossa nota de rodapé 18, *supra*.

31 Como bem aponta Duarte (2021: 308-309), a Constituição portuguesa exige, no art. 112.º, n.º 8, a forma de lei, decreto-lei ou decreto legislativo regional, mas esta decisão do legislador constituinte é duvidosa no que toca às Diretivas de Execução (art. 291.º do TFUE). A autora tece duras críticas a esta opção, considerando-a “*um excesso de forma e uma banalização desnecessária do ato legislativo*”.

inconstitucionalidade³². Assim, e considerando o exposto, não descobrimos a razão para invadir o plano da autonomia processual dos Estados-Membros exigindo uma forma específica na consagração da autonomia da região.

Acresce que a exigência de forma que o Tribunal escolheu – o texto constitucional – é, não sabemos como o dizer de outro modo, absurda³³. Nas (raríssimas) situações em que o Tribunal de Justiça esclarece a forma que deverá revestir certo procedimento ou estatuto é, para nós, notório que o faz com especial cautela e em domínios que considera centrais à coesão do Direito. Pensamos, por exemplo, na necessidade de garantir que os tribunais nacionais operam de modo independente, imparcial e no âmbito de um quadro normativo previamente estabelecido por *lei*³⁴. Repare-se na evidente contradição: o Direito da União exige uma forma mais solene a critérios que visam identificar se certa medida constitui um Auxílio de Estado do que à consagração da independência e imparcialidade dos tribunais nacionais. A circunstância assume contornos ainda mais paradoxais se tivermos em mente que a União Europeia prescindiu de criar um sistema jurisdicional próprio assente na orgânica das suas instituições, preferindo, ao invés, atribuir aos tribunais nacionais a responsabilidade de aplicar o Direito, no caso concreto³⁵.

É certo que, de regra, os Estados reservam a definição da organização do seu território para o texto constitucional, pelo que esta exigência de forma dificilmente poderia dar origem a um caso chocante. Porém, esse é claramente um domínio que cabe aos Estados-Membros resolver, não fazendo qualquer sentido que seja o Direito da União a exigí-lo.

Poder-se-ia equacionar que o TJ visou aqui evitar a fraude à lei³⁶, *i.e.*, que os Estados-Membros não possam, com facilidade, desenhar sistemas regionais autónomos *ad hoc*, circum-navegando o espírito que a autonomia

32 Duarte, 2021: 335.

33 Aliás, parece-nos revelador que o único Estado-Membro a sugerir que devia considerar-se a dimensão *constitucional* da norma que consagra a autonomia de uma região tenha sido o Reino Unido (V. Ac. Açores, n.º 46) – um Estado sem Constituição em sentido formal. Já Fantozzi (1998: 1049) dá-nos conta que o caso Açores é curioso, na medida em que o Reino Unido (parte secundária do caso) conseguiu fazer valer o seu entendimento contra Portugal (a parte principal), agilizando a jurisprudência do TJ num sentido que, mais tarde, lhe poderia ser útil, nomeadamente em virtude da sua relação com a zona de Gibraltar.

34 Assim, o Ac. C-487/19, *W.Z.*, EU:C:2021:798, n.º 126.

35 Ac. 106/77, *Simmenthal*, EU:C:1978:49, n.ºs 21-23. A este respeito, veja-se, Martins (2022: 419-423) e Sá (2012: 12).

36 Lembramos que a necessidade de evitar a fraude à lei (a facilidade que os Estados-Membros teriam de redigir estatutos e organizações regionais para, desse modo, circum-navegar a proibição de Auxílio de Estado) estava na base das conclusões do Advogado-Geral Saggio. Veja-se a nossa nota de rodapé 18, *supra*.

institucional pressupõe. O problema desta linha argumentativa é que, como vimos, a urgência e necessidade dessa salvaguarda formal é muito mais vinculada em inúmeros outros domínios, não se descobrindo uma particular especificidade dos Auxílios de Estado que motive lançar mão da forma mais solene possível.

A utilização da Constituição como mecanismo puramente formal, instrumentalizada à identificação do quadro de referência de um (potencial) Auxílio de Estado, não só banaliza a sua importância, como falha o seu significado jurídico. Assim, não compreendemos como pôde o TJ chegar à conclusão de que o que é “suficientemente autónomo”, para fins do que constitui um Auxílio de Estado, deva resultar de um consenso genético indissociável da própria identidade do Estado-Membro, em norma que revista um valor hierárquico tipicamente reservado à consagração dos mais queridos valores do Estado, *maxime*, o direito à vida ou a dignidade da pessoa humana.

De todo o modo, no que ao caso *Açores* diz respeito, o Tribunal considerou que se encontrava satisfeito o critério da autonomia institucional: nos termos dos arts. 225.º e seguintes da Constituição da República Portuguesa, os Açores constituem uma região autónoma dotada de um estatuto político administrativo e de órgãos de governo próprios, que têm o poder de exercer as suas próprias competências fiscais e de adaptar o sistema fiscal nacional às especificidades regionais, em conformidade com o disposto na Lei n.º 13/98, de 24 de fevereiro (Lei de Finanças das Regiões Autónomas) e no Decreto Legislativo Regional n.º 2/99/A, de 20 de janeiro³⁷.

b) Autonomia Processual

Estará satisfeito o pressuposto da autonomia processual quando a medida for adotada “*sem que o Governo central possa intervir diretamente no seu conteúdo*”³⁸. Na ausência de ulterior densificação pelo TJ³⁹, parece-nos que Nóvoa (2006: 234) volta a sugerir certa interpretação. Para o autor, o objetivo do critério

37 Ac. *Açores*, n.º 70. A este enquadramento do duto aresto, acrescentamos a Lei n.º 39/80, de 5 de agosto que define o estatuto político-administrativo dos Açores. Aproveitamos este enquadramento para notar que também a Região Autónoma da Madeira preenche o critério da autonomia institucional – para além da base legal citada no corpo do texto, aludimos à Lei n.º 13/91, de 5 de junho (Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma da Madeira) que, expressamente, atribui um poder tributário próprio e autónomo à Região da Madeira de adaptação do sistema fiscal nacional às especificidades regionais e a dispor das receitas fiscais nela cobradas ou geradas (art.s 8.º, n.º 1, 29.º, n.º 1, al. f) e 67.º e seguintes).

38 Ac. *Açores*, n.º 67.

39 Também o Advogado-Geral Geelhoed se limita a esclarecer que a autonomia processual estará assegurada quando “*o governo central não tem qualquer poder para intervir diretamente na fixação da taxa de imposto*”

é claro: visa impedir que se considere uma medida diretamente orientada pelo Governo central, de tal forma que, materialmente, a entidade infra-estadual, não estivesse no exercício da sua autonomia financeira⁴⁰.

A cautela do TJ ao esclarecer que apenas deve ser de considerar a influência *direta* do Governo central merece o nosso aplauso. Sem o afirmar explicitamente, o TJ parece reconhecer que a pletora de relações possíveis entre entidades estaduais e regionais nunca permitiria aplicar um critério de influência *indireta*. Repare-se que, de regra, as forças políticas que competem para alcançar o poder do Governo central são as mesmas que competem nos Governos regionais, pelo que, se o TJ tivesse optado por considerar que toda e qualquer influência do Governo central, ainda que indireta, numa medida regional era suficiente para fazer cair o critério da autonomia processual, então esta só poderia prevalecer quando Governo central e regional fossem controlados por forças partidárias diferentes – o que seria absurdo e contrário ao fim que, materialmente, se visava aqui salvaguardar.

Não obstante saudarmos a prudência do Tribunal quanto à fórmula escolhida, somos da opinião que, no que ao caso *Açores* diz respeito, o Tribunal aplicou incorretamente o critério que instantes antes havia consagrado⁴¹.

O douto acórdão considerou que não estaria preenchido o pressuposto da autonomia processual porque vigorava em Portugal o princípio da solidariedade nacional, que, por definição, presumia uma colaboração entre o Governo central e o Governo regional⁴². Note-se que o Tribunal considerou que o princípio da solidariedade referido acarretaria a correção dos défices orçamentais da medida, pelo que também estaria ferido o critério da economia económica. Iremos, mais à frente, analisar esta proposição em maior detalhe, mas, por ora, é mister assinalar que o Tribunal considerou que o *acerto de contas* entre Governos central e regional pressupunha uma dimensão orçamental (a que fez corresponder a autonomia económica) e uma dimensão *política* (a

e sem qualquer obrigação de a autoridade local ter em conta os interesses do Estado central” – cfr. Conclusões do Acórdão *Açores*, n.º 58.

40 Notamos, também, que a Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1 do TFUE (C/2016/2946, n.º 151), em obediência à jurisprudência *Açores*, assegura que “uma medida fiscal regional (ou local) não tem de ser completamente autónoma em relação um sistema fiscal mais geral para que não constitua um auxílio estatal. Nomeadamente, não é necessário que o sistema fiscal em questão (matéria coletável, taxas de tributação, regras em matéria de cobrança de impostos e isenções fiscais) seja totalmente transferido para a entidade infraestatal”.

41 No mesmo sentido, Rodrigues (2010: 909 e ss.).

42 V. Ac. *Açores* n.ºs 68, 73, 75-77, 82. Partindo da mesma leitura, veja-se a análise de Maia (2019: 123 e ss.).

que fez corresponder a autonomia processual)⁴³. Este entendimento esbarra com a prudente noção que saudámos *supra* e sugere confundir o critério da autonomia processual com o da autonomia económica⁴⁴. É que, à luz da lógica do Tribunal, sempre que uma medida falhar o critério da autonomia económica, então, necessariamente, também terá de falhar o da autonomia processual.

Salvo melhor opinião, parece-nos que o Tribunal incorre no mesmo tipo de erro no parágrafo 76, ao sugerir que a solidariedade nacional/regional manifesta-se em duas frentes: o poder de influenciar a decisão pela redução da pressão fiscal, por um lado, e a correção das desigualdades daí decorrentes, por outro. Uma vez mais, não podemos acompanhar este parecer. É que a influência do Governo central na definição do conteúdo da medida regional que se materializa tão só na redução da pressão fiscal é, claramente, e na melhor das hipóteses, uma influência *indireta*⁴⁵. À luz do exposto, na nossa opinião, o Tribunal devia ter considerado que estava preenchido o critério da autonomia processual.

Este serpentear de considerações do Acórdão *Açores* favorece a insegurança jurídica, especialmente quando considerando que a exigência simultânea dos três critérios presume a qualificação de várias realidades de elevada complexidade, *vis* o nível de autonomia, o tipo de medida, os efeitos da medida, os fins da medida e a natureza da realidade ultraperiférica⁴⁶.

c) Autonomia Económica

Existirá autonomia económica quando a região assume os custos económicos da medida, *i.e.*, não deverão existir mecanismos de compensação financeira do Governo central que corrijam os efeitos da medida sentidos pela região⁴⁷. Ora, como o sistema português previa no seu art. 30.º, da Lei de Finanças das

43 A expressão foi expressamente acolhida no Acórdão, afirmando-se que, *in casu*, o Governo central arcava com “as consequências políticas e económicas” da medida – cfr. Ac. *Açores*, n.º 68.

44 Como melhor explicaram Caballero e Almendral (2006: 617) “*Forma y fondo se confunden, en nuestra opinión, en el parecer final del Tribunal, lo que quizá condicione la futura aplicabilidad de esta jurisprudencia a otras situaciones similares*”.

45 Como bem aponta Vilaça, “*one can only regret that the Court (...) still placed emphasis, without critical analysis, on the distinction between, on the one hand, the objectives attributed to a particular tax scheme which are extrinsic to it and, on the other hand, the mechanisms inherent to the tax system itself, which are necessary to achieve such objectives*” (2014: 236).

46 No mesmo sentido, Caballero, Ruiz-Almendral (2006: 614).

47 Ac. *Açores*, n.ºs 67-68.

Regiões Autónomas (Lei n.º 13/98, de 24 de fevereiro) um mecanismo de transferências orçamentais (vulgo, “custos de insularidade”) o TJ considerou que não existia autonomia económica na região⁴⁸.

Não podemos acompanhar a lógica do Tribunal por várias razões. A saber:

Em primeiro lugar porque, no que ao caso *Açores* diz respeito, nos parece incorreto afirmar que o Governo central arcava com parte dos custos económicos da medida. As medidas de “compensação” do Governo central tinham (e têm) por fim atenuar os custos de insularidade, sendo claro quer na prática, quer no plano jurídico que cada região arcava (e arca) exclusivamente com os custos associados à sua política fiscal⁴⁹.

Em segundo lugar porque, se for de acolher a ideia de que o Governo central não pode conceder quaisquer mecanismos de solidariedade – ideia que rejeitamos, inclusive *de jure constituto* –, então, como melhor disse Santos (2008: 256), o TJ arrisca-se a encontrar um “beco sem saída”, pois “*não só discrimina negativamente as formas de descentralização não assimétricas, como incentiva diretamente os entes territoriais autónomos a tornarem-se mais autónomos*”.

Em terceiro lugar porque o critério da autonomia económica presume uma considerável insegurança jurídica, especialmente quando considerando o modo como foi aplicado pelo próprio Acórdão *Açores*. A determinação do nexo de causalidade entre um conjunto de medidas e um correspondente fluxo financeiro do Governo central⁵⁰ é extraordinariamente complexo, par-

48 Ac. *Açores*, n.º 76. Isto porque a lei portuguesa fazia depender verbas do Orçamento da existência de programas e projetos de investimento nas regiões autónomas (art. 31.º da Lei n.º 13/98, de 24 de fevereiro).

49 Veja-se o excelente trabalho de Rodrigues (2010: 911-915): o autor demonstra em detalhe que i) no plano jurídico-constitucional o poder de transferir verbas do Governo central para o regional em nada se confunde com o poder tributário regional; ii) a evolução das taxas de IRS e IRC regionais desmentem qualquer correlação com fluxos financeiros de origem nacional; e iii) que o TJ procedeu a uma leitura incorreta da fórmula de cálculo das transferências orçamentais. A esta linha argumentativa acrescentamos que, para além de ser falso que as transferências orçamentais do Estado para a região Autónoma dos Açores tenham uma ligação direta ou causal com as receitas fiscais, estas transferências orçamentais não atingem a “autonomia económica e financeira” da região. Como bem se aponta no Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (doravante, “TPI”), T-211/04 e T-215/04, *Gibraltar/Comissão*, EU:T:2008:595, n.º 106, a leitura contrária, “*transforma em letra-morta o terceiro requisito do acórdão relativo ao regime fiscal dos Açores (...), visto que é muito difícil conceber uma entidade infra-estatal que não receba nenhum apoio financeiro, seja de que forma for, por parte do governo central*” – a este respeito, veja-se também a nossa nota de rodapé 51, *infra*.

50 Sobre o nexo de causalidade, atesta o Ac. C-428/06 a C-434/06, *UGT Rioja v. Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya*, EU:C:2008:488, n.º 129, que deve existir uma literal “*compensação, ou seja, uma relação de causa-efeito entre uma medida fiscal adotada pelas autoridades [regionais] (...) e os montantes postos a cargo do Estado.*” Na nossa opinião, também este entendimento reforça a ideia de que, no caso *Açores*, o quadro de referência relevante não podia ser nacional.

ticularmente quando, em razão da especial insularidade de certo território, o Governo central sempre será sujeito a uma tendência natural para promover medidas de solidariedade⁵¹. Para mais, como bem aponta Vilaça (2013: 791), a análise dos mecanismos de solidariedade nunca pode depender apenas da comparação da região em causa com outras regiões, sob pena de se afirmar que uma região é “suficientemente autónoma” conforme esteja acima ou abaixo da média nacional em termos de riqueza.

Face ao exposto, parece-nos que, no caso *Açores*, o quadro de referência aplicável seria tão só o da região autónoma dos Açores, pelo que a medida não constituiria um Auxílio de Estado proibido⁵².

De todo o modo, e como aludimos *supra*, somos da opinião que podem existir mecanismos de solidariedade financeiros e, ainda assim, a região ser “suficientemente autónoma”⁵³. Repare-se que, como quase todos os Estados com regiões detêm semelhantes mecanismos, um entendimento estrito desta relação tornaria inútil a noção de seletividade regional. Nestes termos, ao abrigo da lógica desenhada pelo próprio Acórdão *Açores*, as compensações que assumam cariz generalista, no seio de um princípio geral de solidariedade, não farão, por si só, fazer cair o critério da autonomia económica⁵⁴.

4.3. Jurisprudência contraditória?

No seguimento do Ac. *Açores*, o TJ aligeirou o entendimento algo claustrofóbico que tinha defendido. Não cabendo no objeto deste texto uma análise aprofundada dos vários Acórdãos, tentaremos apenas encontrar o sentido das decisões e os fundamentos dos mesmos, pois julgamos que poderão lançar luz sobre a correta interpretação do critério da autonomia económica.

a) Ac. *UGT Rioja*

No Ac. *UGT Rioja*⁵⁵, o TJ parece ter relaxado o restrito entendimento defendido no caso *Açores*. Qual a razão deste desvio e em que se traduziu?

51 Cseres, Reyna, 2021: 618-624, 626-629.

52 Assim também parece apontar Vilaça (2009: 449).

53 Entendimento mais tarde vertido no Ac. C-428/06, *UGT Rioja*, EU:C:2008:488, n.º 135.

54 No mesmo sentido, Nóvoa (2006: 236).

55 Ac. C-428/06 a C-434/06, *UGT Rioja v. Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya*, EU:C:2008:488.

Começando pela primeira questão, Vilaça sugere que, parte da razão possa residir nas diferentes formas do processo⁵⁶ – no caso *Açores* o TJ foi chamado a decidir um recurso direto de anulação da Comissão e no *Ac. UGT Rioja* uma questão prejudicial. A diferença resultaria do facto de, no último caso, o tribunal nacional ser dotado de uma margem considerável de autonomia, desde logo por ser a este órgão que cabe a aplicação do Direito ao caso. Esta explicação não nos convence por duas razões. Em primeiro lugar porque no caso *Presidente del Consiglio*, sobre a região da Sardenha⁵⁷, o TJ foi chamado a pronunciar-se em questão prejudicial e chegou à conclusão de que existia seletividade, sem se suspeitar que a forma do processo tenha pesado no sentido da decisão. E, em segundo lugar, porque, infelizmente, o TJ tem um largo historial de proceder ao exercício subsuntivo que, na pureza dos princípios, cabe ao tribunal nacional, pronunciando-se, em questão prejudicial, sobre se o caso concreto é subsumível ao quadro normativo que clarificou⁵⁸. Assim, somos da opinião que a forma do processo não foi minimamente determinante do sentido da decisão.

De todo o modo, desta vez o Tribunal reconheceu que não bastava a existência de fluxos financeiros do Governo central para região para que se atinja o critério da autonomia económica, reconhecendo o que afirmámos *supra*: podem existir inúmeros motivos para certa dotação orçamental da região que em nada se relacionam com a medida⁵⁹.

Considera Maia (2019: 124) que o TJ alterou a estratégia de até então, procurando se a medida em causa cumpria os ditames constitucionalmente exigíveis ou se os extravasou. Não concordamos com este autor por duas ordens de razão.

Em primeiro lugar porque, ao contrário do que sugere o autor, o Tribunal procura⁶⁰, expressamente, identificar algum nexo de causalidade entre a medida em causa e as operações financeiras realizadas pelo Governo central que lhe permitisse chegar à conclusão que estas surgiram como contrapartida

56 Apesar de colocar a questão em vários escritos, o autor esclarece que esta não deverá ser a melhor explicação para a divergência de conclusões do TJ, mas não fundamenta o seu ceticismo – *cf.* Vilaça (2009: 450 e 2010: 617).

57 *Ac. C-169/08, Presidente del Consiglio dei Ministri*, EU:C:2009:709.

58 *Colorandi causa*, entre muitos outros, os *Acs. C-118/00, Larsy II*, EU:C:2001:368, n.º 40 e ss. e *C-319/96, Brinkmann*, EU:C:1998:429, n.º 33.

59 *V. o Ac. UGT Rioja*, n.º 135 e as conclusões da Advogada-Geral Kokott, apresentadas a 05 de maio de 2008, a este Acórdão, EU:C:2008:262, n.º 106 e ss. (particularmente o n.º 109).

60 *V. Ac UGT Rioja*, n.º 125-130.

uma da outra⁶¹. Reconhecendo a profunda dificuldade em identificar tal conexão⁶², resta-nos apenas avisar que esta em nada se confunde com a quasi-fiscalização de constitucionalidade que o autor sugere⁶³.

E, em segundo lugar, porque se o TJ se propusesse a efetuar essa operação, então a consequência mais premente não seria a aventada pelo autor – a de que a medida extravasaria o “âmbito de competências constitucionalmente consagradas” –, mas antes que a decisão pouco ou nenhum sentido faria. É que, na prática, o TJ estar-se-ia a substituir aos Tribunais Constitucionais dos Estados-Membros propondo-se a analisar a conformidade constitucional de medidas nacionais.

Hofmann e Micheau, por seu lado, consideram que a extrema dificuldade em identificar umnexo causal entre as várias operações financeiras sugere que a avaliação deva ser confiada aos tribunais nacionais, naturalmente mais apetrechados a identificar as subtis relações entre Governos centrais e regionais⁶⁴. Porém, uma vez mais, não podemos acompanhar a posição exposta. É que das duas uma: se a avaliação *supra* se referia ao Ac. *UGT Rioja*, então é forçoso recordar que o órgão competente para qualificar a medida já era o tribunal nacional⁶⁵, pelo que, neste cenário, a crítica não tem razão de ser; por outro lado, se a avaliação presumia um alcance geral, então o que é sugerido é inaceitável à luz do Direito da União, pois nunca poderia um tribunal nacional ter competência para “avaliar” fosse o que fosse no quadro, por exemplo, de uma ação por incumprimento (muito menos uma ação contra o próprio Estado a que pertence o tribunal nacional), sendo esse, naturalmente, um domínio exclusivo do Tribunal de Justiça [art. 15.º, n.º 3 do Tratado da União Europeia (doravante, “TUE”) e arts. 258.º a 260.º do TFUE].

Assim, somos da opinião que o Acórdão *UGT Rioja* foi consistentemente prudente, pois procurou, criteriosamente, averiguar a autonomia económica

61 Para mais, como esclarece a doutrina espanhola, o facto de existir um contacto expresso e permanente entre o Governo central e a região não significa que seja atingido o critério da autonomia processual, uma vez que este contacto é “meramente informativo” – *cfr.* Macias, Herrera (2006: 40).

62 O próprio TJ reconhece que “o método de cálculo da quota é particularmente complexo” – Ac. *UGT Rioja*, n.º 125.

63 A operação que o TJ procura fazer nos parágrafos 95 a 110 também não se confunde com a fiscalização aludida pelo autor.

64 Hofmann, Micheau, 2016: 124. Maia sugere inclinar-se para a posição destes autores – *id.*

65 O próprio Acórdão, aproveitando-se das melhores práticas jurisprudenciais, teve o cuidado de esclarecer que não lhe cabia julgar se a medida em causa era (ou não) um Auxílio de Estado, pois essa operação de qualificação e apreciação dos factos competia ao órgão jurisdicional de reenvio – *cfr.* Ac. *UGT Rioja*, n.º 139.

da região, tendo esclarecido sob quem recaía o ónus da prova e retirou-se da discussão sobre a qualificação da medida em si.

b) Caso Gibraltar

Infelizmente, o Ac. *Gibraltar*, não parece ter acompanhado a prudência do Ac. *UGT Rioja*. Na verdade, neste caso, o TJ simplesmente demitiu-se de discutir a questão da seletividade regional, afirmando que, por ser “materialmente seletivo”, o projeto de reforma fiscal não colocava questões pertinentes em sede de seletividade regional⁶⁶. Não podemos concordar por duas ordens de razão.

Em primeiro lugar porque o Tribunal incorre aqui num erro de inversão metodológica. Isto porque verificar se a medida é (ou não) seletiva é um exercício que, necessariamente, terá de ocorrer *a posteriori* de saber qual o quadro de referência aplicável⁶⁷. Ao concluir que a seletividade regional não podia ser usada como argumentação *porque* a medida era seletiva, o Tribunal lança mão de um quadro de referência que ainda não tinha admitido ser o indicado⁶⁸.

E, em segundo lugar, porque é altamente duvidoso que, ainda que se ignore a questão *supra*, o regime fosse materialmente seletivo. Não cabe no objeto deste trabalho a sua análise, mas a doutrina e jurisprudência mais avisadas reconhecem que não basta analisar apenas os efeitos do auxílio, sendo necessário considerar o enquadramento global do sistema fiscal em análise⁶⁹. Isto porque, como vimos, se a medida for concedida a todo o quadro de referência, então não estamos face a um Auxílio de Estado proibido⁷⁰.

c) Caso Presidente del Consiglio, da Região da Sardenha

No Ac. *Presidente del Consiglio*⁷¹, TJ não voltou a cometer o mesmo lapso. Neste caso, o Tribunal deu como aceite que o quadro de referência aplicável seria o da região Sardenha, concluindo, ainda assim, que a medida era seletiva,

66 Ac. C-106/09 P, *Gibraltar*, EU:C:2011:732, n.º 183-188.

67 V. o Ac. *Açores*, n.º 56.

68 Com críticas à metodologia adotada pelo tribunal, Lang (2012: 807-808, 809-812). Úteis, também, as conclusões do Advogado-Geral Niilo Jääskinen apresentadas a 07 de abril de 2011, sobre o caso, EU:C:2011:215, n.º 28-116.

69 Vejam-se as críticas de Panayi (2015: 237 e ss.).

70 V. o Ac. C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, EU:C:2001:598. No mesmo sentido, a Comissão Europeia, 2016: 27 e a Comissão Europeia, 1998: 17

71 Ac. C-169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, EU:C:2009:709.

pois não se aplicava à generalidade dos operadores de aeronaves e de barcos de recreio que faziam escala *na região*⁷².

De todo o modo, repare-se como, também aqui, o TJ acaba por relaxar o entendimento da jurisprudência *Açores*.

d) Ónus da prova e outros casos sobre as Regiões Autónomas Portuguesas

Não cabe no objeto deste trabalho uma análise aprofundada sobre *todos* os casos sobre seletividade regional, mas parece-nos útil dar nota de alguns outros arestos, pois lançam luz sobre uma questão a que ainda não demos resposta: cabe à Comissão ou aos interessados, *maxime*, o Estado-Membro ou, no limite, a entidades infraestaduais⁷³, provar o quadro de referência aplicável? Dá-nos nota Romão (2010: 695-697, 701)⁷⁴ que, nesta matéria, a jurisprudência comunitária não é pacífica: no Acórdão *Açores* começou por se atestar que “o **Governo português (...) não demonstrou que a Região Autónoma dos Açores não recebe nenhum financiamento do Estado para compensar a redução de receitas fiscais eventualmente decorrente das reduções das taxas de imposto**” (negrito nosso)⁷⁵; posteriormente, no caso *Gibraltar*, o TPI vem a considerar que cabe à *Comissão* provar a seletividade da medida, em geral, e o quadro de referência aplicável, em particular⁷⁶; contudo, ainda no caso *Gibraltar*, em recurso para o Tribunal de Justiça, vem a considerar-se que o ónus da prova sobre o quadro de referência aplicável cabe *ao Estado-Membro*⁷⁷; finalmente, também o Acórdão do TPI *Banco Comercial dos Açores*⁷⁸ reitera este último entendimento.

72 Ac. *Presidente del Consiglio dei Ministri*, n.º 63.

73 Como bem apontam Romão (2010: 691-693) e Risueño (2023: 338, 342), as instâncias europeias têm, em matérias de Auxílios de Estado, sido fiéis à jurisprudência *Plaumann* (Ac. 25/62, *Plaumann*, EU:C:1963:17) e concedido legitimidade às entidades infra-estaduais que demonstrem um interesse direto e individual, como decorre do art. 263.º do TFUE. Com efeito, este foi o entendimento vertido no Ac. T-131/21, *Região Autónoma da Madeira/Comissão*, EU:T:2023:348, n.ºs 21-32, concedendo legitimidade à própria Região Autónoma para agir contra a decisão da Comissão.

74 A este respeito, veja-se, também Vilaça (2009: 450).

75 Ac. *Açores*, n.º 71.

76 Ac. T-211/04 e T-215/04, *Gibraltar*, EU:T:2008:595, n.º 112-113.

77 Ac. C-106/09 P, *Gibraltar*, EU:C:2011:732, n.º 94.

78 Ac. T-75/03, *Banco Comercial dos Açores v Comissão*, EU:T:2009:322, n.º 84.

Sem embargo os problemas de segurança jurídica inerentes à exposição *supra*⁷⁹, parece-nos que a jurisprudência aponta no sentido de que o ónus da prova recai sobre o interessado. Contudo, esta conclusão não se nos afigura particularmente feliz, pois, como bem aponta o Advogado-Geral Niilo Jääskinen, cabe à Comissão a prova de que existe seletividade e ao Estado-Membro a prova de que a diferenciação se justifica pela natureza e economia do sistema⁸⁰. Ora, resulta da jurisprudência *Açores* que a definição do quadro de referência aplicável goza de uma relação de prejudicialidade com a análise da seletividade da medida em si⁸¹, pelo que nos parece juridicamente incongruente defender que as regras sobre o ónus da prova não devem acompanhar a dinâmica lógico-sequencial do exercício jurídico que aqui caberia resolver.

Particularmente ilustrativos da inadequação do entendimento jurisprudencial aqui exposto são os Acórdãos *Região Autónoma da Madeira/Comissão*

79 O recente Acórdão C-736/22 P, *Zona Franca da Madeira*, EU:C:2024:579 não parece ter contribuído para este debate, pois, face à acusação da República Portuguesa de que a Comissão “*inverteu o ónus da prova*”, o TJ limitou-se a considerar que a apreciação do Tribunal Geral não excedeu “*manifestamente os limites de uma apreciação razoável dos elementos de prova*” (n.ºs 45, 52, 56-60). Apesar de não integrar o objeto deste trabalho, somos forçados a notar que, no que à repartição do ónus da prova diz respeito, esta não foi a conclusão mais surpreendente do Acórdão *Zona Franca da Madeira*: a República Portuguesa argumentava (n.ºs 92 a 94 do Acórdão) que a Comissão inverteu o ónus da prova quando entendeu que as autoridades portuguesas não estavam em condições de verificar “*a veracidade nem a permanência dos postos de trabalho declarados, tal como tinha sido solicitado pela Comissão nas suas Decisões de 2007 e de 2013, precisamente devido à ausência de uma metodologia de cálculo comum e objetiva aplicável a todos os casos de relações de trabalho*” e, para se fazer valer deste entendimento, lançou mão do entendimento vertido no Ac. T-111/01 e T-133/01, *Saxonia Edelmetalle e ZEMAG/Comissão*, EU:T:2005:166, n.º 86. A esta linha argumentativa o TJ respondeu (n.º 96) que a jurisprudência citada não era aplicável, pois essa tinha por objeto “*o exame da utilização abusiva do montante de auxílios individuais concedidos por um Estado-Membro a uma ou várias empresas expressamente identificadas*” e, pelo contrário, o caso em apreço versava sobre “*a aplicação de disposições fiscais, a saber, o Regime III, em violação de decisões da Comissão que autorizam um regime de auxílios*”. Salvo o devido respeito, não conseguimos gizar a lógica que presidiu a este entendimento, pois parece-nos que os dois conjuntos de casos são em tudo análogos – *tem de ser* a Comissão a provar que o Estado-Membro aplicou abusivamente o regime autorizado. Na verdade, a sugestão de que o ónus da prova não recai sobre a Comissão, mas sobre os Estados-Membros, suscita alguma perplexidade, pois esta tese tem por corolário que os Estados-Membros devem aqui fazer uma prova de facto negativo, *i.e.*, sugere-se que cabe aos Estados-Membros a prova de que *não* se desviaram da prévia autorização da Comissão.

80 Conclusões do Advogado-Geral Niilo Jääskinen apresentadas a 07 de abril de 2011, sobre os Acs. C-106/09 P e C-107/09 P, EU:C:2011:215, n.º 217. Reversamente, quando a Comissão considera que, face a uma denúncia, não há Auxílio de Estado, então está obrigada a informar o denunciante dos elementos de facto e de direito que a levaram a tal conclusão – *cfr.* Ac. C-367/95 P, *Comissão/Sytraval e Brink's France*, EU:C:1998:154, n.º 64.

81 Ac. *Açores*, n.º 56.

(T-131/21)⁸² e *Zona Franca da Madeira* (T-95/21)⁸³. Nestes arestos, i) começou por se considerar que o quadro de referência *nacional* é aplicável *prima facie*, salvo se ficar demonstrado que estavam reunidos os pressupostos do Acórdão *Açores* e ii) coube ao tribunal apreciar, também, se a existência de exceções na medida *regional* tinha por corolário que apenas algumas empresas seriam beneficiadas, arriscando, por isso, a sua seletividade. O leitor atento terá, certamente, reparado na desnecessária complexificação da repartição do ónus da prova: a Comissão deve provar que certa medida é seletiva, sendo-lhe lícito utilizar um quadro de referência potencialmente irrelevante (*maxime*, o nacional), o Estado-Membro deve provar que o quadro de referência preferido pela Comissão não se adequa ao caso e volta a ser exigido à Comissão que prove a seletividade da medida *no quadro regional*. Com efeito, os Acórdãos citados parecem ter sido vítimas do registo desnecessariamente confuso que esta construção pressupõe, pois acabaram por concluir que o quadro de referência aplicável não podia ser o regional *porque* a medida consagrava exceções inaceitáveis à luz do Direito da Concorrência⁸⁴. O lapso é o seguinte: a consagração das exceções previstas podia até redundar na conclusão de que a medida consubstanciava um Auxílio de Estado proibido, mas a análise do quadro de referência aplicável não se confunde com esta questão, resultando antes da existência de uma autonomia institucional, processual e económica da Região⁸⁵.

5. REFLEXÕES FINAIS

Apesar de se assumirem, indiscutivelmente, como um pilar da concorrência, os Auxílios de Estado são uma disciplina ainda jovem e a sua construção será (e tem sido) laboriosa.

No quadro do seu estudo, a noção de seletividade regional mereceu a nossa especial atenção, não apenas porque o Tribunal de Justiça se pronunciou diretamente sobre o regime português, mas sobretudo porque, no quadro de uma

82 Ac. T-131/21, *Região Autónoma da Madeira/Comissão*, EU:T:2023:348.

83 Ac. T-95/21, *Zona Franca da Madeira*, EU:T:2022:567.

84 Ac. T-95/21, *Zona Franca da Madeira*, EU:T:2022:567, n.ºs 54-57 e Ac. T-131/21, *Região Autónoma da Madeira/Comissão*, EU:T:2023:348, n.ºs 43-45.

85 Este facto não mereceu a correção do Tribunal de Justiça que, em sede de recurso, se limitou a considerar que o juízo do Tribunal Geral não foi “manifestamente irrazoável” – veja-se a nossa nota de rodapé 79, *supra*.

Europa de controvertidas organizações territoriais, o seu estudo é de capital importância.

Ao reconhecer que as medidas regionais emanadas de entidades infra-estaduais podem, em certas circunstâncias, convocar um distinto quadro de referência na análise da sua seletividade, o Tribunal de Justiça deu um passo eminentemente positivo. Este entendimento, não só é mais justo no plano económico, como permite resolver facilmente alguns casos que, até então, teriam um tratamento imperfeito⁸⁶. Contudo, como procurámos demonstrar, os critérios escolhidos são de duvidosa perfeição jurídico-dogmática⁸⁷, arriscam-se a ser contraproducentes⁸⁸ e promovem uma considerável insegurança jurídica.

Pensamos que a jurisprudência que seguiu o acórdão *Açores*, nomeadamente o Ac. *UGT Rioja* (C-428/06) e o Ac. *Presidente del Consiglio* (C-169/08), revela que o critério da autonomia económica deve ser lido *cum grano salis*. Como quase todos os Estados com regiões detêm mecanismos de solidariedade entre o Governo central e as suas regiões, um entendimento estrito desta relação tornaria inútil a noção de seletividade regional. As dificuldades em provar o nexo causal entre uma medida regional e uma contrapartida financeira de origem nacional constituem preocupações legítimas, mas não devem intimidar o Tribunal, desde logo porque este age (*rectius*, só pode agir) no domínio da prova produzida. Nestes termos, parece-nos que o Tribunal devia evitar registos como o que preferiu no Ac. *Gibraltar* (C-106/09 P), pois ao evitar discutir a seletividade regional de certa medida apenas contribuiu para a insegurança jurídica do sistema. Também os Acórdãos *Região Autónoma da Madeira/Comissão* (T-131/21) e *Zona Franca da Madeira* (T-95/21 e C-736/22 P) nos parecem infelizes, dado que parecem confundir a verificação dos pressupostos da jurisprudência *Açores* com a análise da seletividade da medida em si.

Na nossa opinião, futuras qualificações das nuances dos vários regimes fiscais territoriais dos Estados-Membros deverão seguir a pista do Ac. *UGT Rioja* (C-428/06). A verdade estará na sua prudência e método.

86 Sem a solução do Advogado-Geral Geelhoed, analisaríamos as medidas dos vários estados de uma federação, reconhecendo que era impossível identificar um quadro que servisse de referência e, ainda assim, seríamos forçados a considerar que a medida era seletiva.

87 Como vimos, por vezes, são mesmo incompreensíveis, *maxime* a exigência de forma *constitucional*.

88 A este respeito, recorde-se o alerta de Santos, *supra*.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, João José Nogueira de
2011 “Conteúdo e limites da análise económica no controlo da compatibilidade dos auxílios de Estado com o Mercado interno”, in *Boletim de Ciências Económicas*, vol. 54, p. 211
- AMARAL, Diogo Freitas do
2020 *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 4ª ed., reimpr., Coimbra, Almedina, pp. 639-640
- CABALLERO, Ramón Martínez & ALMENDRAL, Violeta Ruiz
2006 “Ayudas de estado selectivas y poder tributário de las Comunidades Autónomas”, in *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 20, pp. 614, 617
- CABRAL, Pedro
2008 “O princípio da proteção jurisdicional efetiva e a autonomia processual dos Estados-Membros no ordenamento jurídico da União Europeia”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. 68, n.º 2, p. 993
- CAMPOS, Manuel Fontaine
2017 “A evolução do enquadramento normativo dos auxílios de Estado na União Europeia e os fundamentos históricos do seu controlo”, in: Mota, Helena; Coutinho, Juliana Ferraz; Guimarães, Maria Raquel, *et al.* (org.) *Estudos Comemorativos dos 20 Anos da FDUP*, vol. II, Coimbra, Almedina, pp. 207 e ss., 213
- CSERES, Katalin J. & REYNA, Agustin
2021 “EU State Aid Law and Consumer Protection: An unsettled Relationship in Times of Crisis”, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12, n.º 8, pp. 618-624, 626-629
- DUARTE, Maria Luísa
2000 A aplicação jurisdicional do princípio da subsidiariedade no Direito Comunitário, in *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor João Lumbrals*, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 779-813
- 2021 *Direito da União Europeia, Lições desenvolvidas*, Lisboa, AAFDL, pp. 308-309, 335
- FANTOZZI, Augusto
1998 “I rapporti tra ordinamento comunitario e autonomia finanziaria degli enti territoriali”, in *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, p. 1049

- FARRERES, Germán Fernández
 1993 *El Régimen de las Ayudas Estatales en la Comunidad Europea*, Madrid, Fundación Universidad Empresa, pp. 23 e ss. *apud.*, Martins, Manuel 2002 *Auxílios de Estado no Direito Comunitário*, Cascais, Principia, p. 42
- FLETT, James; JESSEN, Anders C. & TALABER-RITZ, Klara
 2008 “The Relationship between WTO Subsidies and EC State Aid Law”, in Sutton, A. (ed.), *EC State Aid Law, Le Droit des Aides d’Etat dans la CE, Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, vol. 36, Alphen aan den Rijn, Kluwer, pp. 441-467
- HÅKANSSON, Mattias
 2005 *EC Procedural Protection: The Principles of Effectiveness and Equivalence*, Tese de Mestrado, Lund, Faculdade de Direito da Universidade de Lund, pp. 10 e ss.
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel
 2023 *Direito da União, História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, 9ª ed., reimpr., Coimbra, Almedina, pp. 708, 725-730
- HOFMANN, Herwig & MICHEAU, Claire
 2016 *State Aid Law of the European Union*, Oxford, Oxford University Press, *apud.*, Maia, Gil Valente 2019, “O regime europeu de auxílios de Estado”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 79, p. 124
- JACKSON, John H.
 1999 *The World Trading System – Law and Policy of International Economic relations*, Cambridge, The MIT Press, pp. 35 e ss.
- LANCEIRO, Rui Tavares
 2019 *O Princípio da Cooperação leal e a Administração, A europeização do procedimento de prática de acto administrativo*, Lisboa, AAFDL, pp. 537-586
- LANG, John Temple
 2012 “The Gibraltar State Aid and Taxation Judgment – A “Methodological Revolution”?”, in *European State Aid Law Quarterly*, vol. 11, n.º 4, pp. 807-808, 809-812
- MACIAS, Daniel Armesto & HERRERA, Pedro M.
 2006 “¿Es ayuda de estado un tipo de gravamen regional inferior al vigente en el resto del territorio? (De la polémica doctrina del Tribunal Supremo a la fascinante opinión del Abogado General en el caso Azores y su relevancia par el País Vasco)”, in *Quincena Fiscal*, n.º 13, p. 40

- MADURO, Miguel Poiares
1998 *We Are The Court – The European Court of Justice and the European Economic Constitution – A Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*, Oxford, Hart Publishing, pp. 126 e ss.
- MAIA, Gil Valente
2019 “O regime europeu de auxílios de Estado”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 79, pp. 108-109, 123 e ss., 124
- MARTIN, José Fernández & STEHMANN Oliver
1991 “Product Market Integration versus Regional Cohesion in the Community”, in *European Law Review*, vol. XVI, pp. 216 e ss.
- MARTINS, Manuel
2002 *Auxílios de Estado no Direito Comunitário*, Cascais, Principia, pp. 29 e ss., 40-41, 42-45
- MARTINS, Patrícia Fragoso
2022 *Direito Constitucional Europeu, Fundamentos, Instituições, Princípios e Garantias*, Lisboa, Universidade Católica Editora, pp. 419-423
- NÓVOA, César García
2006 “La sentencia del caso Azores y su influencia en el poder normativo de las Comunidades Autónomas en España”, in *Revista Dereito*, vol. 15, n.º 1, pp. 232-233, 234, 236
- O’KEEFFE, David
1995 “Judicial Protection of the Individual by the European Court of Justice”, in *Fordham International Law Journal*, vol. 19, n.º 3, pp. 902-903
- PAIS, Sofia Oliveira
2011 *Entre Inovação e Concorrência – em defesa de um modelo Europeu*, Lisboa, Universidade Católica Editora, p. 160
- PANAYI, Christiana HJI
2015 *Advanced Issues in International and European Tax Law*, Oxford, Hart Publishing, pp. 237 e ss.
- PEREIRA, Liliana Ivone Silva
2013 “As medidas fiscais seletivas e o regime dos auxílios de Estado na União Europeia – seletividade regional e capacidade fiscal dos entes infra-estatais no “caso Açores”, in Palma, Clotilde Celorico; Torres, Heleno Taveira & Ferreira, Eduardo Paz (org.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Economia, Finanças Públicas e Direito Fiscal*, vol. II, Coimbra, Almedina, p. 59

- PESARESI, Nicola & HOOF, Marc Van
 2008 *apud.* Kleiner, Thibaut, 2011 “Modernization of State Aid Policy”, in Szyszczak, Erika (ed.), *Research Handbook on European State Aid Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publisher, p. 2
- PORTO, Manuel Lopes & ALMEIDA, João Nogueira de
 2010 “Controlo Negativo, Controlo Positivo ou Ambos? O Sentido e a Legitimidade da Europeização Progressiva do controlo e da Política dos Auxílios de Estado”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, n.º 3, p. 174
- RISUEÑO, Jorge
 2023 “Madeira Free Trade Zone: New or Existing Aid?, Annotation on the Judgment of the General Court (Fifthe Chamber) of 21 June 2023, in Case T-131/21 Região Autónoma da Madeira v European Commission”, in *European State Aid Law Quarterly*, vol. 22, n.º 3, pp. 338, 342
- RODRIGUES, Nuno Cunha
 2010 “Auxílios de Estado com Finalidade Regional”, in Miranda, Jorge; Cordeiro, António Menezes; Ferreira, Eduardo Paz & Nogueira, José Duarte, (org.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, vol. I, Coimbra, Almedina, pp. 909 e ss., 911-915
- ROMÃO, Luís Miguel
 2010 “Banco Comercial dos Açores v Commission (T-75/03), Two Steps up and one step back?”, in *European State Aid Law Quarterly*, vol. 9, n.º 3, pp. 691-693, 695-697, 701
- SÁ, Mariana Nogueira
 2012 *Artigo 267.º TFUE: Lex Imperfecta? Das consequências da omissão do reenvio prejudicial à luz da lei civil portuguesa*, Tese de Mestrado, Porto, UCP, p. 12
- SANTOS, António Carlos dos
 2008 “O estranho caso do conceito comunitário de autonomia suficiente em sede de auxílios de Estado sob forma fiscal (Comentário ao Acórdão TJCE de 6 de Setembro de 2006 relativo à insuficiente autonomia da Região Autónoma dos Açores)”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, n.º 1, p. 256
- SOUSA, Filipa Vicente de
 2022 *A autonomia processual dos Estados-membros na União Europeia: Um princípio em vias de extinção?*, Tese de Doutoramento, Coimbra, Universidade de Coimbra
- VILAÇA, José Luís Cruz,
 2009 “Material and Geographic Selectivity in State Aid – Recent Developments”, in *European State Aid Law Quarterly*, vol. 8, n.º 4, pp. 449, 450

- 2010 “Selectividade e afectação da concorrência em matéria de auxílios de Estado – uma Perspectiva pessoal sobre desenvolvimentos recentes de problema antigo”, in Miranda, Jorge (coord.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sêrvulo Correia*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, p. 617
- 2013 “Fiscalidade e auxílios de Estado: quando é que um regime fiscal adotado por uma autoridade regional deixa de ser seletivo? O caso Açores”, in Palma, Clotilde Celorico; Torres, Heleno Taveira & Ferreira, Eduardo Paz (org.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier*, vol. I, Coimbra, Almedina, p. 791
- 2014 *EU Law and Integration, Twenty Years of Judicial Application of EU Law (Regional Selectivity and State Aid – the Azores Case)*, Oxford and Portland, Hart Publishing, p. 236

Documentos Oficiais:

COMISSÃO EUROPEIA

- 1998 Comunicação da Comissão sobre a aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas que respeitam à fiscalidade direta das empresas, 98/C 384/03, de 10.12.1998
- 2016 Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, 2016/C 262/01, de 19.07.2016

Jurisprudência UE:

- Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de fevereiro de 1961, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg vs. Alta Autoridade CECA*, C-30/59, EU:C:1961:2
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de julho de 1963, *Plaumann v Comissão*, 25/62, EU:C:1963:17
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de julho de 1964, *Costa/ENEL*, 6/64, EU:C:1964:66
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de dezembro de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, EU:C:1970:114
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de dezembro de 1976, *Rewe*, 33/76, EU:C:1976:188
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de dezembro de 1976, *Comet*, 45/76, EU:C:1976:191
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 09 de março de 1978, *Simenthal*, 106/77, EU:C:1978:49

- Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de setembro de 1980, *Philip Morris Holland BV*, 730/79, EU:C:1980:209
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de fevereiro de 1987, *Deufil/Comissão*, C-310/85, EU:C:1987:96
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de novembro de 1991, *Francovich*, C-6/90 e C-9-90, EU:C:1991:428
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 06 de abril de 1995, *Comissão c. Espanha*, C-147/94, EU:C:1995:111
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 05 de março de 1996, *Brasserie du pêcheur*, C-46/93, EU:C:1996:79
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de maio de 1996, *Hedley Lomas*, C-5/94, EU:C:1996:205
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 02 de abril de 1998, *Comissão/Sytraval e Brink's France*, C-367/95 P, EU:C:1998:154
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de setembro de 1998, *Edis*, C-231/96, EU:C:1998:401
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de setembro de 1998, *Brinkmann*, n.º C-319/96, EU:C:1998:429
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 01 de junho de 1999, *Konle*, C-302-97, EU:C:1999:271
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de outubro de 1999, *Comissão c. Irlanda*, C-213/98, EU:C:1999:496
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 04 de julho de 2000, *Haim*, C-424-97, EU:C:2000:357
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de junho de 2001, *Larsy II*, C-118/00, EU:C:2001:368
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 08 de novembro de 2001, *Adria-Wien Pipeline*, C-143/99, EU:C:2001:598
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 06 de março de 2002, *Diputación Foral de Álava and Others v Commission*, T-127/99, EU:T:2002:59
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de setembro de 2002, *Espanha/Comissão*, C-351/98, EU:C:2002:530
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 03 de fevereiro de 2003, *Espanha/Comissão*, C-409/00, EU:C:2003:92
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 07 de janeiro de 2004, *Delena Wells*, C-201/02, EU:C:2004:12
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de janeiro de 2004, *Kühne & Heitz*, C-453/00, EU:C:2004:17

Acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de abril de 2004, *Itália/Comissão*, C-91/01, EU:C:2004:244

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 11 de maio de 2005, *Saxonia Edelmetalle e ZEMAG/Comissão*, T-111/01 e T-133/01, EU:T:2005:166

Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de março de 2006, *Kapferer*, C-234/04, EU:C:2006:17

Acórdão do Tribunal de Justiça de 06 de setembro de 2006, *Portugal/Comissão*, C-88/03, EU:C:2006:511

Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de setembro de 2006, *i-21 Germany e Arcor*, C-392/04 e C-422/04, EU:C:2006:586 e EU:C:2004:836

Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de fevereiro de 2008, *Kempter*, C-2/06, EU:C:2008:78

Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de setembro de 2008, *Alemanha e o./Kronofrance*, C-75/05 P, EU:C:2008:482

Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de setembro de 2008, *UGT Rioja*, C-428/06, EU:C:2008:488

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 10 de setembro de 2009, *Banco Comercial dos Açores v Comissão*, T-75/03, EU:T:2009:322

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 18 de dezembro de 2008, *Gibraltar*, T-211/04 e T-215/04, EU:T:2008:595

Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de novembro de 2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, C-169/08, EU:C:2009:709

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de julho de 2011, *Freistaat Sachsen e Land Sachsen-Anhalt/Comissão*, C-459/10 P, EU:C:2011:515

Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de novembro de 2011, *Gibraltar*, C-106/09 P, EU:C:2011:732

Acórdão do Tribunal de Justiça de 04 de dezembro de 2018, *Minister for Justice and Equality e Commissioner of the Garda Síochána*, C-378/17, EU:C:2018:979

Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de julho de 2021, *Comissão/Polónia*, C-791/19, EU:C:2021:596

Acórdão do Tribunal de Justiça de 06 de outubro de 2021, *W.Z.*, C-487/19, EU:C:2021:798

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 21 de setembro de 2022, *Zona Franca da Madeira*, T-95/21, EU:T:2022:567

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 21 de junho de 2023, *Região Autónoma da Madeira/Comissão*, T-131/21, EU:T:2023:348

Acórdão do Tribunal de Justiça de 04 de julho de 2024, *Zona Franca da Madeira*, C-736/22 P, EU:C:2024:579

Despachos do TJ:

Despacho do Tribunal de Justiça de 21 de abril de 2023, *Comissão/Polónia*, C-204/21, EU:C:2023:334

Despacho do Tribunal de Justiça de 05 de junho de 2023, *Comissão/Polónia*, C-204/21, EU:C:2023:334

Conclusões do(a) Advogado(a)-Geral:

Conclusões do Advogado-Geral Antonnio Saggio apresentadas em 01 de julho de 1999, sobre o Ac. C-400/97, EU:C:1999:340

Conclusões do Advogado-Geral Philippe Léger apresentadas a 12 de maio de 1998, sobre o Ac. C-326/96, EU:C:1998:220

Conclusões do Advogado-Geral Philippe Léger apresentadas a 17 de junho de 2003, sobre o Ac. C-453/00, EU:C:2003:350

Conclusões do Advogado-Geral Léger apresentadas a 08 de abril de 2003, sobre o Ac. C-224/01, EU:C:2003:207

Conclusões do Advogado-Geral L. A. Geelhoed apresentadas a 20 de outubro de 2005, sobre o Ac. C-88/03, EU:C:2005:618

Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott apresentadas a 08 de maio de 2008, sobre o Ac. C-428/06, EU:C:2008:262

Conclusões do Advogado-Geral Niilo Jääskinen apresentadas a 07 de abril de 2011, sobre os Acs. C-106/09 P e C-107/09 P, EU:C:2011:215

C&R

JURISPRUDÊNCIA

Jurisprudência geral

JURISPRUDÊNCIA DE CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA – DE JANEIRO A JUNHO DE 2024

Elaborado por Filipa C. Lopes Castanheira

Abuso de posição dominante

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 18 de abril de 2024, proferido no âmbito do Processo C-605/21; ECLI:EU:C:2024:324

Partes: Heureka Group a.s. contra Google LLC.

Descritores: Pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Městský soud v Praze – Reenvio prejudicial – Artigo 102.º do TFUE – Princípio da efetividade – Ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência – Diretiva 2014/104/UE – Transposição tardia da diretiva – Aplicação no tempo – Artigo 10.º – Prazo de prescrição – Modalidades do *dies a quo* – Cessação da infração – Conhecimento das informações indispensáveis para a propositura da ação de indemnização – Publicação no Jornal Oficial da União Europeia do resumo da decisão da Comissão Europeia que declara uma infração às regras da concorrência – Efeito vinculativo de uma decisão da Comissão ainda não definitiva – Suspensão ou interrupção do prazo de prescrição durante o inquérito da Comissão ou até à data em que a sua decisão se torne definitiva.

Acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 27 de junho de 2024, proferido no âmbito do processo C-201/19 P; ECLI:EU:C:2024:552

Partes: Servier SAS e o. contra Comissão Europeia

Descritores: Recurso de decisão do Tribunal Geral – Concorrência – Produtos farmacêuticos – Mercado do perindopril – Artigo 101.º do TFUE – Acordos, decisões e práticas concertadas – Concorrência potencial – Restrição da concorrência por objetivo – Estratégia para atrasar a entrada de versões genéricas do perindopril no mercado – Transação em litígios em matéria de patentes – Duração da infração – Conceito de infração única – Anulação ou redução da coima.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 27 de junho de 2024, proferido no âmbito do processo C-176/19 P; ECLI:EU:C:2024:549

Partes: Comissão Europeia contra Servier SAS e o.

Descritores: Recurso de decisão do Tribunal Geral – Concorrência – Produtos farmacêuticos – Mercado do perindopril – Artigo 101.º do TFUE – Acordos, decisões e práticas concertadas – Partilha de mercado – Concorrência potencial – Restrição da concorrência por objetivo – Estratégia para atrasar a entrada de versões genéricas do perindopril no mercado – Transação em litígios em matéria de patentes – Acordo de licença de patente – Acordo de cessão e licença de tecnologia – Artigo 102.º do TFUE – Mercado relevante – Abuso de posição dominante.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 1 de fevereiro de 2024, proferido no âmbito do processo C251/22 P; ECLI:EU:C:2024:103

Partes: Scania e o. contra Comissão Europeia

Descritores: Recurso de decisão do Tribunal Geral – Concorrência – Acordos, decisões e práticas concertadas – Mercado dos camiões – Decisão que declara uma infração ao artigo 101.º do TFUE e ao artigo 53.º do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu (EEE) – Acordos e práticas concertadas sobre os preços de venda dos camiões, o calendário relativo à instalação das tecnologias de emissão impostas pelas normas Euro 3 a Euro 6 e a repercussão nos clientes dos custos dessas tecnologias – Infração única e continuada – Alcance geográfico desta infração – “Procedimento híbrido” que conduziu sucessivamente à adoção de uma decisão de transação e de uma decisão no termo de um procedimento ordinário – Artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Direito a uma boa administração – Imparcialidade da Comissão Europeia – Apreciação do alcance geográfico de uma prática concertada – Elementos pertinentes – Qualificação de um conjunto de comportamentos de “infração única e continuada” – Regulamento (CE) 1/2003 – Artigo 25.º – Poder da Comissão de aplicar uma coima – Prescrição.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 25 de janeiro de 2024, proferido no âmbito do Processo C-438/22; ECLI:EU:C:2024:71

Partes: Em akaunt BG BOOD contra Zastrahovatelno akcionerno druzhestvo Armeets AD

Descritores: Pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Sofyski rayonen sad.

Reenvio prejudicial — Concorrência — Acordos, decisões e práticas concertadas — Artigo 101.º do TFUE — Fixação dos montantes mínimos de honorários por uma organização profissional de advogados — Decisão de associação de empresas — Proibição de um órgão jurisdicional ordenar o reembolso de honorários de montante inferior a esses montantes mínimos — Restrição da concorrência — Justificações — Objetivos legítimos — Qualidade dos serviços prestados pelos advogados — Execução do Acórdão de 23 de novembro de 2017, CHEZ Elektro Bulgária e FrontEx International (C 427/16 e C 428/16, EU:C:2017:890) — Invocabilidade da jurisprudência Wouters perante uma restrição da concorrência por objeto.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 18 de janeiro de 2024, proferido no âmbito do processo C-128/21; ECLI:EU:C:2024:49

Partes: Lietuvos notary rūmai e o. contra Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba

Descritores: Pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas – Reenvio prejudicial – Concorrência – Artigo 101.º do TFUE – Conceitos de “empresa” e de “decisões de associações de empresas” – Decisões da Ordem dos Notários de um Estado Membro que fixam as regras de cálculo dos honorários – Restrição “por objeto” – Proibição – Inexistência de justificação – Coima – Aplicação às associações de empresas e respetivos membros – Autor da infração.

Auxílios de Estado

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 30 de maio de 2024, proferido no âmbito do Processo C-110/23 P; ECLI:EU:C:2024:441

Partes: Autoridad Portuaria de Bilbao contra Comissão Europeia

Descritores: Recurso de decisão do Tribunal Geral – Auxílios de Estado – Setor portuário – Regime de isenção do imposto sobre as sociedades aplicado pelo Reino de Espanha a favor dos portos situados na província de Bizkaia – Decisão que declara a incompatibilidade do auxílio com o interior do mercado – Auxílios existentes – Vantagem – Ónus da prova – Medidas apropriadas.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 30 de maio de 2024, proferido no âmbito do Processo C-353/21 P; ECLI:EU:C:2024:437

Partes: Ryanair DAC contra Comissão Europeia

Descritores: Recurso de decisão do Tribunal Geral – Auxílios de Estado – Artigo 107.º, n.º 3, al. b) do TFUE – Mercado finlandês do transporte aéreo – Auxílio concedido pela República da Finlândia a uma companhia aérea no contexto da pandemia de COVID-19 – Quadro temporário para medidas de auxílio de Estado – Garantia estatal para um empréstimo – Decisão da Comissão Europeia de não levantar objeções – Auxílios destinados a remediar uma perturbação grave da economia – Princípios da proporcionalidade e da não discriminação – Liberdade de estabelecimento e liberdade de prestação de serviços.

Acórdão do Tribunal Geral, de 29 de maio de 2024, proferido no âmbito do Processo T-509/14; ECLI:EU:T:2024:331

Partes: Decal España, S.A. contra Comissão Europeia

Descritores: Auxílios de Estado – Auxílios concedidos pelas autoridades espanholas a favor de determinados grupos de interesse económico (AIE) e dos seus investidores – Regime fiscal aplicável a determinados contratos de locação financeira para aquisição de embarcações (regime espanhol de locação fiscal) – Decisão pela qual declara parcialmente o auxílio incompatível com o mercado interno e ordena a sua recuperação parcial – Desaparecimento parcial do objeto do litígio – Despedimento parcial – Novos auxílios – Recuperação – Cláusulas contratuais que protegem os beneficiários contra a recuperação de auxílios de Estado ilegais e incompatíveis com o mercado interno – Distribuição de poderes entre a Comissão Europeia e as autoridades nacionais.

Acórdão do Tribunal Geral, de 15 de maio de 2024, proferido no âmbito do Processo T-508/14; ECLI:EU:T:2024:319

Partes: Gas Natural contra Comissão Europeia

Descritores: Auxílios de Estado – Auxílios concedidos pelas autoridades espanholas a favor de determinados grupos de interesse económico (AIE) e dos seus investidores – Regime fiscal aplicável a determinados contratos de locação financeira para aquisição de embarcações (regime espanhol de locação fiscal) – Decisão pela qual declara parcialmente o auxílio incompatível com o mercado interno e ordena a sua recuperação parcial – Desaparecimento parcial do objeto do litígio – Despedimento parcial – Vantagem

– Imputabilidade ao Estado – Novo auxílio – Recuperação – Cláusulas contratuais que protegem os beneficiários contra a recuperação de auxílios de Estado ilegais e incompatíveis com o mercado interno mercado – Distribuição de competências entre a Comissão Europeia e as autoridades nacionais.

Acórdão do Tribunal Geral, de 15 de maio de 2024, proferido no âmbito do Processo T-401/14; ECLI:EU:T:2024:318

Partes: Duro Felguera contra Comissão Europeia

Descritores: Auxílios de Estado – Auxílios concedidos pelas autoridades espanholas a favor de determinados grupos de interesse económico (AIE) e dos seus investidores – Regime fiscal aplicável a determinados contratos de locação financeira para aquisição de embarcações (regime espanhol de locação fiscal) – Decisão pela qual declara parcialmente o auxílio incompatível com o mercado interno e ordena a sua recuperação parcial – Desaparecimento parcial do objeto do litígio – Despedimento parcial – Artigo 107.º, n.º 1 do TFUE – Dever de fundamentação – Novos auxílios – Recuperação – Cláusulas contratuais que protegem os beneficiários contra a recuperação de bens ilegais Auxílios estatais e incompatíveis com o mercado interno – Distribuição de competências entre a Comissão Europeia e as autoridades nacionais.

Acórdão do Tribunal Geral, de 8 de maio de 2024, proferido no âmbito do Processo T-28/22; ECLI:EU:T:2024:301

Partes: Ryanair DAC contra Comissão Europeia

Descritores: Auxílios de Estado – Mercado alemão do transporte aéreo – Auxílio à reestruturação concedido pela Alemanha a favor de uma companhia aérea – Alteração das condições dos empréstimos concedidos pela Alemanha e anulação parcial de dívidas – Decisão de não levantar objeções – Recurso de anulação – Legitimidade – Admissibilidade – Salvaguarda dos direitos processuais – Dificuldades sérias – Artigo 107.º, n.º 3, al. c) do TFUE – Ponto 67 das Orientações relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação concedidos a empresas não financeiras em dificuldade – Repartição dos encargos.

Acórdão do Tribunal Geral, de 8 de maio de 2024, proferido no âmbito dos Processos T-700/13 a T-705/13, T-2/14, T-6/14, T-10/14, T-16/14, T-18/14 e T-24/14; ECLI:EU:T:2024:295

Partes: Caixabank, S.A. e o. contra Comissão Europeia

Descritores: Auxílios de Estado – Auxílios concedidos pelas autoridades espanholas a favor de determinados grupos de interesse económico (AIE) e dos seus investidores – Regime fiscal aplicável a determinados contratos de locação financeira para aquisição de embarcações (regime espanhol de locação fiscal) – Decisão pela qual declara parcialmente o auxílio incompatível com o mercado interno e ordena a sua recuperação parcial – Desaparecimento parcial do objeto do litígio – Indeferimento parcial – Artigo 107.º, n.º 1 do TFUE – Novos auxílios – Recuperação – Cláusulas contratuais que protegem os beneficiários contra a recuperação de auxílios de Estado ilegais e incompatíveis com o mercado interno mercado – Distribuição de competências entre a Comissão Europeia e as autoridades nacionais – Dever de fundamentação.

Acórdão do Tribunal Geral, de 24 de abril de 2024, proferido no âmbito do Processo T-514/24; ECLI:EU:T:2024:274

Partes: Hispavima contra Comissão Europeia

Descritores: Auxílios de Estado – Auxílio concedido pelas autoridades espanholas a certos agrupamentos de interesse económico (AIE) e aos respetivos investidores – Regime fiscal aplicável a certos acordos de locação financeira para aquisição de navios (Sistema de arrendamento fiscal espanhol) – Decisão que declara o auxílio parcialmente incompatível com o mercado interno e que ordena a sua recuperação parcial – Extinção parcial do objeto do litígio – Não conhecimento parcial do mérito – Novo auxílio – Confiança legítima – Recuperação – Cláusulas contratuais que protegem os beneficiários contra a recuperação de um auxílio de Estado ilegal e incompatível com o mercado interno – Repartição das competências entre a Comissão e as autoridades nacionais.

Acórdão do Tribunal Geral, de 17 de abril de 2024, proferido no âmbito do Processo T-112/22; ECLI:EU:T:2024:250

Partes: Ideella föreningen Svenska Bankföreningen med firma Svenska Bankföreningen, Näringsverksamhet e Länsförsäkringar Bank AB contra Comissão Europeia

Descritores: Auxílios de Estado – Legislação fiscal sueca – Imposto sobre o risco sistémico das instituições de crédito – Decisão de não levantar objeções – Caráter seletivo – Objetivo da medida – Derrogação do sistema de referência.

Acórdão do Tribunal Geral, de 10 de abril de 2024, proferido no âmbito do Processo T-486/18 RENV; ECLI:EU:T:2024:217

Partes: Danske Slagtermestre contra Comissão Europeia

Descritores: Auxílios de Estado – Regime de contribuições para a recolha de águas residuais – Denúncia de um concorrente – Decisão que declara a inexistência de um auxílio de Estado no termo da fase de análise preliminar – Exigência de imparcialidade – Imparcialidade objetiva – Conceito de “vantagem” – Princípio do operador privado em economia de mercado – Análise ex ante da rendibilidade marginal – Comunicação da Comissão relativa ao conceito de “auxílio de Estado”.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 7 de março de 2024, proferido no âmbito do Processo C-558/22; ECLI:EU:C:2024:209

Partes: Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA) contra Fallimento Esperia spa e Gestore dei Servizi Energetici SpA – GSE

Descritores: Reenvio prejudicial – Regime nacional de apoio que prevê a concessão de certificados verdes negociáveis aos produtores nacionais de eletricidade a partir de fontes de energia renováveis – Importação de eletricidade produzida a partir de fontes renováveis noutro Estado-Membro – Obrigação de compra de certificados verdes – Sanção – Isenção – Diretiva 2001/77/CE – Diretiva 2009/28/CE – Regime de apoio – Garantias de origem – Livre circulação de mercadorias – Artigos 18.º, 28.º, 30.º, 34.º e 110.º do TFUE – Auxílios de Estado – Artigos 107.º e 108.º do TFUE – Recursos estatais – Vantagem seletiva.

Acórdão do Tribunal Geral, de 28 de fevereiro de 2024, proferido no âmbito do processo T-390/20; ECLI:EU:T:2024:126

Partes: Scandlines Danmark ApS e Scandlines Deutschland GmbH contra Comissão Europeia

Descritores: Auxílios de Estado – Financiamento público da ligação fixa rodoferroviária do Estreito de Fehmarn – Auxílio concedido pela Dinamarca à Femern – Decisão que declara o auxílio compatível com o mercado

interno – Auxílio individual – Projeto importante de interesse europeu comum – Necessidade do auxílio – Proporcionalidade – Ponderação entre os efeitos benéficos do auxílio e os seus efeitos negativos sobre as condições das trocas comerciais e sobre a manutenção de uma concorrência não falseada – Comunicação relativa aos critérios para a análise da compatibilidade com o mercado interno dos auxílios de Estado destinados a promover a realização de projetos importantes de interesse europeu comum.

Acórdão do Tribunal Geral, de 28 de fevereiro de 2024, proferido no âmbito do processo T-364/20; ECLI:EU:T:2024:125

Partes: Reino da Dinamarca contra Comissão Europeia

Descritores: Auxílios de Estado – Financiamento público da ligação fixa rododiferroviária do Estreito de Fehmarn – Auxílio concedido pela Dinamarca à Femern – Decisão que declara o auxílio compatível com o mercado interno – Recurso de anulação – Caráter destacável – Admissibilidade – Conceito de “empresa” – Conceito de “atividade económica” – Atividades de construção e exploração de uma ligação fixa rododiferroviária – Afetação das trocas comerciais entre os Estados-Membros e distorção da concorrência.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 22 de fevereiro de 2024, proferido no âmbito dos processos C701/21 P e C739/21 P; CLI:EU:C:2024:146

Partes: Mytilinaios AE – Omilos Epicheiriseon e Comissão Europeia

Descritores: Recurso de decisão do Tribunal Geral – Auxílios de Estado – Artigo 107.º do TFUE – Conceito de “auxílio” – Vantagem – Critério do investidor privado – Sentença arbitral que fixa tarifas reduzidas de eletricidade – Imputabilidade de uma sentença arbitral ao Estado – Regulamento (UE) 2015/1589 – Artigo 4.º, n.º 2 – Decisão que declara que a medida não constitui um auxílio.

Acórdão do Tribunal Geral, de 7 de fevereiro de 2024, proferido no âmbito do processo T146/22; ECLI:EU:T:2024:68

Partes: Ryanair DAC contra Comissão Europeia

Descritores: Auxílios de Estado – Auxílio concedido pelos Países Baixos à KLM no contexto da pandemia de COVID-19 – Garantia de Estado para um empréstimo bancário e um empréstimo subordinado do Estado – Decisão que declara o auxílio compatível com o mercado interno – Recurso de anulação – Legitimidade – Afetação substancial da posição do

recorrente no mercado – Admissibilidade – Determinação do beneficiário do auxílio no contexto de um grupo de sociedades.

Acórdão do Tribunal Geral, de 24 de janeiro de 2024, proferido no âmbito do processo T-409/21; ECLI:EU:T:2024:34

Partes: República Federal da Alemanha contra Comissão Europeia

Descritores: Auxílios de Estado – Auxílios concedidos por certas disposições da lei alemã alterada relativa à produção combinada de calor e eletricidade – Reforma do regime de apoio à produção combinada – Decisão que declara os auxílios compatíveis com o mercado interno – Conceito de “auxílio de Estado” – Recursos estatais.

Controlo de Concentrações

Acórdão do Tribunal Geral, de 31 de janeiro de 2024, proferido no âmbito do processo T-583/20; ECLI:EU:T:2024:50

Partes: Italia Wanbao-ACC Srl contra Comissão Europeia

Descritores: Concorrência – Concentrações – Mercado de compressores de refrigeração herméticos de velocidade variável destinados a uso doméstico – Decisão que altera os compromissos tornados obrigatórios – Condições gerais de revisão dos compromissos – Cláusula de reexame mais direcionada – Condição relativa à alteração na estrutura do mercado – Erro de direito.

NOTAS CURRICULARES

AFONSO MARQUES DOS SANTOS

Advogado, integrado na Área de Prática de Direito da Concorrência e Direito da União Europeia da Uría Menéndez, em Lisboa, desde setembro de 2023. Frequentou o Curso XVIII de Pós-Graduação em Concorrência e Regulação com o Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Completou a Licenciatura em Direito na Escola de Direito do Porto, da Universidade Católica Portuguesa.

Lawyer, part of the Competition and European Union Law Practice Area at Uría Menéndez, in Lisbon, since September 2023. He attended the XVIII of the Post-Graduation Course in Competition and Regulation with the Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. He graduated with a Bachelor's Degree in Law at Escola de Direito do Porto, at Universidade Católica Portuguesa.

EVELYNE AMEYE

Evelyne Ameye, fundadora da EA Law, é advogada na Ordem dos Advogados de Bruxelas e Madrid, especializada em direito da concorrência e energia da UE, incluindo direito da energia nuclear, com mais de 25 anos de experiência. Ela exerceu em escritórios internacionais de renome (Van Bael & Bellis em Bruxelas, Mayer Brown em Bruxelas e Paris e Gómez-Acebo & Pombo em Madrid) antes de fundar a EA Law em 2014 (www.eameye.com). Desde 2014, tem sido classificada todos os anos na Secção de Direito da UE e da Concorrência do ranking Chambers & Partners para Espanha. Ela é presidente da filial espanhola da Associação Internacional de Direito Nuclear. Trabalha em inglês, espanhol, francês, português e holandês para uma base de clientes internacionais, incluindo a Comissão Europeia.

Evelyne Ameye, founder of EA Law, is a lawyer at the Brussels and Madrid Bar specialized in EU competition and energy law, including nuclear energy law, with over 25 years of experience. She practised in renowned international firms (Van Bael & Bellis in Brussels, Mayer Brown in Brussels and Paris and Gómez-Acebo & Pombo in Madrid) before founding EA Law in 2014 (www.eameye.com).

Since 2014, she has been ranked every year in Chambers & Partners' Section of EU and Competition Law for Spain. She is president of the Spanish branch of the International Nuclear Law Association. She works in English, Spanish, French, Portuguese and Dutch for an international client-base, including the European Commission.

FILIPE MATIAS SANTOS

Filipe Matias Santos, licenciado e mestre em direito pela Faculdade de Direito pela Nova School of Law, é Diretor Jurídico da Entidade Regulador dos Serviços Energéticos, membro da network of experts do NOVA Green Lab, da mesa da Assembleia Geral do CEDIPRE (Centro de Direito Público e Regulação) e do Legal Affairs Committee do Council of European Energy Regulators (CEER). É um conferencista habitual, incluindo em eventos internacionais, na área do direito público e da energia e docente em diversos cursos pós-graduados (Católica Lisbon School of Law, Faculdade de Direito de Coimbra, Faculdade de Direito de Lisboa e Nova School of Law). Iniciou a sua carreira na sociedade de advogados Garrigues, foi advogado e senior legal advisor na Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) e lecionou no Instituto Superior de Gestão Bancária (ISGB). É pós-graduado em direito da energia, pela Faculdade de Direito de Lisboa e em Regulation of Energy Utilities pela Florence School of Regulation/ European University Institute. Realizou o PAGE – Executive Program in Advanced Management 2022 fall da Católica Lisbon School of Business and Economics. Para além da tese de mestrado, com o título *Divulgação de Informação Privilegiada – O Dever de Divulgação de Informação Privilegiada no Mercado de Valores Mobiliários*, tem publicados mais de duas dezenas de artigos que se dedicam a temas com relevância regulatória, alguns dos quais reunidos na obra *Reflexões de Direito da Energia*.

Filipe Matias Santos, Law graduate and Master in Law from NOVA School of Law, is the Head of Legal of the Portuguese Energy Regulatory Authority (ERSE), member of the network of experts of Nova Green Lab, member of the General Assembly of CEDIPRE (Research Center for Public Law and Regulation of Coimbra Law School), and member of the Legal Affairs Committee of the Council of European Energy Regulators (CEER). He is a frequent conference speaker, including in international conferences, regarding public law and energy and he frequently teaches in post-graduate degrees (Católica Lisbon School of Law, Coimbra School of Law, Lisbon School of Law and Nova School of Law).

Before joining ERSE in 2013, his career began in Garrigues law firm, he has been a lawyer and senior legal advisor for 8 years at the Portuguese Markets Regulatory Commission (CMVM) and was several years lecturer in the Portuguese School of Bank Management (ISGB). He has post-graduate qualifications in Energy Law awarded by the University of Lisbon and in Regulation of Energy Utilities awarded by the Florence School of Regulation/European University Institute. He also attended the PAGE – Executive Program in Advanced Management 2022 fall of Católica Lisbon School of Business and Economics. In addition to his master’s thesis “Duty of Disclosure by Issuers”, regarding market abuse, he published more than two dozen articles with regulatory relevance, some of them collected in “Reflections on Energy Law”.

GNÇALO LE TERRIEN FRAGOSO

Gonçalo Fragoso, licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em 2023, é atualmente Jurista na Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE). Frequentou o Curso de Pós-Graduação em Direito das Garantias do Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP) e conta com estágios de curta duração nas sociedades de advogados Serra Lopes, Cortes Martins & Associados (actual Cuatrecasas) e Miranda & Associados.

Vencedor do 3.º Prémio do Jovem Talento do Direito Administrativo 2023, com o trabalho de investigação: “*Notas de Reflexão sobre os Regimes Excepcionais Avulsos de Formação de Contratos Públicos: em especial, o regime instituído pelo artigo 149.º da Lei n.º 12/2022 e 118.º da Lei n.º 24-D/2022, no âmbito da realização da Jornada Mundial da Juventude 2023*”.

Gonçalo Fragoso, Law graduate from the Faculty of Law of the University of Lisbon in 2023, is currently a Trainee Legal Advisor at the Energy Services Regulatory Authority (ERSE). He attended the Postgraduate Course in Guarantees Law at the Private Law Research Center (CIDP) and has short-term internships at the law firms Serra Lopes, Cortes Martins & Associados (now Cuatrecasas) and Miranda & Associados.

Winner of the 3rd Prize for Young Talent in Administrative Law 2023, with the research work: “Notes of Reflection on the Exceptional Single Regimes for the Formation of Public Contracts: in particular, the regime established by article 149 of Law no. 12/2022 and 118 of Law no. 24-D/2022, in the context of the realization of World Youth Day 2023”.

GONÇALO SÁ GOMES

Advogado-Estagiário na Sérvulo & Associados (2024, setembro). Autor de diversas publicações nas suas áreas de especialidade, com destaque para o Direito Administrativo. Mestrando em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade Católica (Escola de Lisboa), pós-graduado em Direito Empresarial pelo CIDP (Instituto de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa), Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Trainee Lawyer at Sérvulo & Associados (2024, September). Author of several publications in his areas of expertise, with emphasis on administrative law. Master's student in administrative law from the Lisbon School of Law of Catholic University, Postgraduate degree in Business Law from CIDP (Institute of Private Law from the School of Law of the University of Lisbon) and Undergraduate degree in Law from the School of Law of the University of Lisbon.

MARIA DE SÃO JOSÉ

Advogada, integrada na Área de Prática de Fusões e Aquisições da Uría Menéndez, em Lisboa, desde setembro de 2024, tendo sido Advogada-Estagiária na Área de Prática de Direito da Concorrência e Direito da União Europeia, na mesma Sociedade de Advogados. Completou o Mestrado Forense na *Lisbon School of Law*, da Universidade Católica Portuguesa, onde também realizou a Licenciatura em Direito.

Lawyer, part of the Mergers and Acquisitions Practice Area at Uría Menéndez, in Lisbon, since September 2024, having previously been a trainee lawyer at the Competition and European Union Law Practice Area of the same Law Firm. She earned a Master's Degree in Litigation from the Lisbon School of Law, at Universidade Católica Portuguesa, where she also graduated with a Bachelor's Degree in Law.

NUNO CUNHA RODRIGUES

Com percurso académico na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL), onde se licenciou, obteve o Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais e doutorou-se em Ciências Jurídico-Económicas, Nuno Cunha Rodrigues é Presidente da AdC desde 13 de março de 2023. Professor associado naquela Faculdade, é titular de uma Cátedra Jean Monnet, atribuída em 2018 pela Comissão Europeia. Tem publicados livros e artigos científicos

em Portugal e no estrangeiro, tendo sido orador convidado por diversas universidades nacionais e internacionais.

Antes de assumir a presidência da AdC, foi advogado, jurisconsulto e desempenhou funções não-executivas em várias empresas.

With an academic career at the Faculty of Law of the University of Lisbon (FDUL), where he graduated, obtained a master's degree in Legal and Business Sciences and a PhD in Legal and Economic Sciences, Nuno Cunha Rodrigues is President of the AdC since March 13, 2023. As an Associate Professor at the mentioned Faculty of Law, he holds a Jean Monnet Chair, awarded in 2018 by the European Commission. He has published books and scientific articles in Portugal and abroad and has been invited speaker by several national and international universities.

Before taking office at the AdC he was also a lawyer, legal consultant and held non-executive positions.

TÂNIA LUÍSA FARIA

Advogada, responsável pela Área de Prática de Direito da Concorrência e Direito da União Europeia da Uría Menéndez, em Lisboa, desde 2020, tendo também passado pelo escritório de Bruxelas.

Concluiu o doutoramento em Ciências Jurídico-Económicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 2021, Faculdade onde concluiu a licenciatura em Direito e o mestrado em Ciências Jurídico-Económicas em 2012. Assistente convidada da Faculdade de Direito de Universidade de Lisboa deste 2010, Professora Auxiliar Convidada da mesma Faculdade desde 2023, lecionando diversas cadeiras de pendora económica na licenciatura e no mestrado, em particular Economia Política, Mercados Financeiros e Teoria Geral da Regulação Económica, bem como pós-graduações em matéria de concorrência e regulação. Desde 2023, Professora Convidada da Universidade Lusófona em matéria de Direito da Concorrência, Finanças Públicas e Direito do Consumo.

Autora de diversos artigos e intervenções públicas em matéria de Direito da Concorrência, da União Europeia e do Consumo.

Lawyer, head of the Competition and EU Law Practice Area at Uría Menéndez, in Lisbon, since 2020, having also worked at the Brussels office.

She completed her PhD in Law and Economics at the Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa in 2021, where she obtained her Law Degree and a Master's

degree in Law and Economics in 2012. She has been an Assistant Lecturer at the Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa since 2010, and has been a Visiting Assistant Professor at the same Faculty since 2023, teaching various economics subjects in the degree and master programmes, in particular Political Economy, Financial Markets, Economic Regulation, as well as postgraduate courses in competition and regulation. Since 2023, she has been a guest lecturer at Universidade Lusófona, teaching Competition Law, Public Finance and Consumer Law. Author of several articles and public speeches on competition, European Union and consumer law.

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

ÍNDICE TEMÁTICO CONSOLIDADO – N.ºS 1 a 52

- Concorrência – Questões gerais
- *Questões processuais*
- *Private enforcement*
- *Nemo tenetur se ipsum accusare*
- *Outros*
- Concorrência – Práticas restritivas
- *Geral*
- *Abuso de posição dominante*
- *Restrições verticais*
- *Restrições horizontais*
- Concorrência – Controlo de concentrações
- Concorrência – Auxílios de Estado
- Financeiro e bancário
- Seguros
- Comunicações eletrónicas
- Energia
- Saúde
- Autoridades Reguladoras e Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
- Regulação do comércio e concorrência desleal
- Contratação pública
- Direito contraordenacional e processual penal
- Ambiente
- Transportes
- Artigos transversais e outros

Concorrência – Questões gerais

Questões processuais

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
4	Patrícia Lopes	<i>Segredos de negócio versus direitos da defesa do arguido nas contraordenações da concorrência</i>
4	Helena Gaspar Martinho	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Setembro de 2010 no Processo C–550/07 P, Akzo Nobel Chemicals Ltd e Akros Chemicals Ltd c. Comissão Europeia</i>
6	Sara Rodrigues/ Dorothee Serzedelo	<i>O Estado português seria condenado? As buscas efetuadas pela Autoridade da Concorrência e o artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem</i>
6	Carla Farinhas	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Maio de 2011 no Processo C–375/09 –Tele2Polska</i>
7-8	Alexander Italianer	<i>The European Commission's New Procedural Package: Increasing Interaction With Parties and Enhancing the Role of the Hearing Officer</i>
9	João Espírito Santo Noronha	<i>Impugnação de decisões da Autoridade da Concorrência em procedimento administrativo</i>
9	Helena Gaspar Martinho	<i>Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 27 de setembro de 2011, Petição n.º 43509/08, A. Menarini Diagnostics SLR c. Itália</i>
10	Márcio Schlee Gomes	<i>As buscas e apreensões nos escritórios de advogados de empresas</i>
11-12	Paulo de Sousa Mendes	<i>O problema da utilização de elementos recolhidos em ações de supervisão como meios de prova em processo sancionatório</i>
16	Paulo de Sousa Mendes	<i>Eficácia das sanções e transações</i>
17	Helena Gaspar Martinho	<i>Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos de 2 de outubro de 2014, Petição n.º 97/11, Delta Pekárny A.S. c. República Checa [Buscas e inspeções]</i>
22	Jeroen Capiiau/Virgílio Mouta Pereira	<i>The Easyjet Case and the rejection of complaints when they have already been dealt with by another Member of the ECN</i>
23-24	Eva Lourenço	<i>O Acórdão Vinci Construction e GTM Génie Civil et Services c. França, do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), de 2 de abril de 2015, n.ºs 63629/10 e 60567/10</i>

25	Francisco Marcos	<i>Blowing hot and cold: the last word of the Supreme Court on setting fines for competition law infringements in Spain</i>
25	Mateusz Blachuki	<i>Judicial control of guidelines on antimonopoly fines in Poland</i>
25	Luís Miguel Romão/ Miguel Alexandre Mestre	<i>Conteúdo e extensão do direito à confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente à luz do direito comunitário e do direito nacional – Parte I</i>
26	Margarida Caldeira	<i>Acórdão do Tribunal Constitucional de 8 de junho de 2016, Peugeot Portugal Automóveis, S.A. contra Autoridade da Concorrência – Efeito devolutivo da interposição do recurso de impugnação judicial</i>
31	Patrícia Oliveira	<i>Acesso das visadas a documentação confidencial com potencial valor exculpatório nas contraordenações do Direito da Concorrência: análise jurisprudencial</i>
32	Luís Miguel Romão/ Alexandre Miguel Mestre	<i>Conteúdo e extensão do direito à confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente à luz do Direito Comunitário e do Direito nacional (Parte II)</i>
32	Tânia Luísa Faria	<i>Os efeitos dos recursos judiciais em processo de contraordenações da Autoridade da Concorrência: uma interpretação sistemática</i>
33-34	Inês Neves	<i>O lugar da proteção de dados na efetividade necessária ao direito da concorrência</i>
33-34	Rita de Sousa Costa	<i>O direito à portabilidade dos dados pela lente do direito da concorrência</i>
33-34	Maria Gabriela Castanheira Bacha	<i>CADE's application of pecuniary penalties and punitive measures: the need of ascertaining its "state of rightness"</i>
35	Sérgio Martins P. de Sousa	<i>Reflexões "soltas" sobre a jurisprudência do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão em matéria de confidencialidade e acesso à prova</i>
36	Maria José Costeira	<i>Direito da concorrência: o controlo jurisdicional das decisões proferidas em processos sancionatórios</i>
36	Inês Azevedo	<i>A utilização jusconcorrencial de compromissos como mecanismo de regulação</i>
37	Maria João Melícias & Rita Prates	<i>Diretiva ECN+: um processo de transposição pautado pela abertura, transparência e participação</i>

38	Marta Campos	<i>Competência do TCRS em relação à intervenção do Ministério Público na fase organicamente administrativa do processo de contraordenação por práticas restritivas da concorrência</i>
39	Marta Campos	<i>Right of Defence – Article 3 of the ECN+ Directive</i>
40	Irene Moreno-Tapia & Victoria Rivas	<i>Some Thoughts About Fundamental Rights and the ECN+ Directive</i>
41	Daniel Favoretto Rocha	<i>Acordos substitutivos como precedentes administrativos: desafios do CADE e lições para o direito concorrencial europeu</i>
41	Dani de Sousa Moreira	<i>Programas de clemência: a experiência norte-americana versus a experiência europeia</i>
51	Daniel Favoretto Rocha & Schermann Chrystie Miranda e Silva	<i>Inability to Pay sob a Perspectiva do Cade: Dosimetria e Limites das Sanções Pecuniárias Concorrenciais no Brasil e na Europa</i>

Private enforcement

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
4	Alberto Saavedra	<i>The relationship between the leniency programme and private actions for damages at the EU level</i>
9	Assimakis Komninos	<i>Private Antitrust Damages Actions in the EU: Second Generation Questions</i>
10	Alberto Saavedra	<i>Access by National Courts and Private Plaintiffs to Leniency Documents Held by the Commission</i>
10	Leonor Rossi/Miguel Sousa Ferro	<i>Private Enforcement of Competition Law in Portugal (I): An Overview of Case-law</i>
10	Catarina Anastácio	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de junho de 2011, no Processo C-360/09, Pfeiderer AG v. Bundeskartellamt</i>
11-12	José Robin de Andrade	<i>Apresentação sobre a nova Lei de Arbitragem Voluntária e a aplicação do direito da concorrência pelos tribunais arbitrais</i>
11-12	Christopher Hodges	<i>New Modes of Redress for Consumers and Competition Law</i>
11-12	Laurence Idot	<i>Arbitration, European Competition Law and Public Order</i>
11-12	Assimakis P. Komninos	<i>Arbitration and EU Competition Law</i>

13	Leonor Rossi/Miguel Sousa Ferro	<i>Private Enforcement of Competition Law in Portugal (II): Actio Popularis – Facts, Fictions and Dreams</i>
14-15	Fernanda Paula Stolz	<i>A defesa da concorrência no Mercosul e a responsabilidade civil por ilícitos concorrenciais</i>
14-15	Fernando Xarepe Silveiro	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de junho de 2013, no Processo C-536/11, Bundeswettbewerbsbehörde v. Donau Chemie AG</i>
18	Nuno Calaim Lourenço	<i>The European Commission's Directive on Antitrust Damages Actions</i>
19	João Espírito Santo Noronha	<i>Litigância jurídica–privada e Direito da Concorrência – A Diretiva n.º 2014/104/UE, de 26 de novembro de 2014: divulgação de elementos de prova, efeitos das decisões nacionais, prazos de prescrição e responsabilidade solidária</i>
20-21	Marco Botta/Natalie Harsdorf	<i>The Judgement of the European Court of Justice in Kone: Any Real Added Value?</i>
22	Ricardo Alonso Soto	<i>La aplicación privada del Derecho de la competencia</i>
22	Antonio Robles Martín-Laborda	<i>La Directiva 2014/104/UE sobre daños antitrust y la configuración del Derecho español de daños</i>
22	Leonor Rossi/Miguel Sousa Ferro	<i>O “private enforcement” do direito da concorrência e o acesso a elementos de prova</i>
22	Antonio Davola	<i>Empowering consumers through competition: A study on the creation of a European antitrust claims market</i>
22	Vasil Savov	<i>Quel role du regroupement de creances indemnitaires par voie de cession pour la reparation du prejudice subi en raison d'infractions commises au droit de la concurrence ?</i>
26	Maria João Melícias	<i>The art of consistency between public and private antitrust enforcement: practical challenges in implementing the Damages Directive in Portugal</i>
26	Miguel Sousa Ferro	<i>Workshop consultivo sobre o anteprojeto de transposição da diretiva 2014/104/UE – Relatório Síntese</i>
26	Autoridade da Concorrência	<i>Enquadramento da consulta pública da proposta de anteprojeto de transposição da Diretiva Private Enforcement; Relatório sobre a consulta pública da proposta de anteprojeto de transposição da Diretiva Private Enforcement; Exposição de motivos anexa à Proposta de Anteprojeto submetida ao Governo; e Proposta de Anteprojeto de transposição da Diretiva Private Enforcement</i>

27-28	Maria Elisabete Ramos	<i>Situação do “private enforcement” da concorrência em Portugal</i>
31	Catarina Varajão Borges, Inês Neves, Ricardo Tavares & Tiago Monfort	<i>Sobre o prazo de prescrição e outros aspetos da Diretiva 2014/104/UE</i>
40	Guilherme Oliveira e Costa	<i>Otis: another brick in the wall of EU Competition Law’s private enforcement</i>
44	Marcelo Sequeira de Sousa	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de novembro de 2020, Processo C–59/19, Wikingerhof GmbH & Co. Kg v. Booking.com BV</i>
45	Nuno Alexandre Pires Salpico	<i>A operacionalidade do private enforcement do direito da concorrência – dissuasão, ações coletivas e third-party litigation funding</i>
46-47	Miguel Sousa Ferro	<i>The reality of access in antitrust private enforcement: overview of 3 years’ experience in Portugal</i>

Nemo tenetur se ipsum accusare

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	Paulo de Sousa Mendes	<i>As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem</i>
1	Helena Gaspar Martinho	<i>O direito ao silêncio e à não auto-incriminação nos processos sancionatórios do Direito da concorrência – Uma análise da jurisprudência comunitária</i>
1	Vânia Costa Ramos	<i>Nemo tenetur se ipsum accusare e concorrência – Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa</i>
1	Catarina Anastácio	<i>O dever de colaboração no âmbito dos processos de contra-ordenação por infração às regras de defesa da concorrência e o princípio nemo tenetur se ipsum accusare</i>
1	Augusto Silva Dias	<i>O direito à não-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários</i>
11–12	Diana Alfafar	<i>O dever de colaboração e o nemo tenetur se ipsum accusare no direito sancionatório da concorrência</i>

23-24	Angélica Rodrigues Silveira	<i>“Nemo tenetur se ipsum accusare” e o dever de colaboração: análise do caso 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>
46-47	Nuno Cunha Rodrigues	<i>A cooperação internacional no âmbito das políticas de concorrência dos PALOP</i>
48	Simone Maciel Cuiabano, João Carlos Nicolini de Moraes & Lucas Pinha	<i>Application of time series techniques in relevant market delimitation – the Brazilian experience</i>
51	Philippe Magalhães Bezerra	<i>Economia Digital, Concorrência e vieses cognitivos dos consumidores</i>

Concorrência – Práticas restritivas

Geral

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
3	Cristina Camacho	<i>O sistema de competências paralelas e o princípio “non bis in idem”</i>
3	Ana Perestrelo de Oliveira / Miguel Sousa Ferro	<i>The sins of the son: parent company liability for competition law infringements</i>
9	Nuno Carroulo dos Santos	<i>Like running water? The Interplay Between Antitrust and Online Music Licensing</i>
10	Fernando Xarepe Silveiro	<i>O regime jurídico da clemência na nova Lei da Concorrência: Novas valências, novos desafios</i>
13	Stéphane Rodrigues	<i>Les services sociaux d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne</i>
18	Harry First/Spencer Weber Waller	<i>Antitrust's Democracy Deficit</i>
26	Francisco Hernández Rodríguez/José Antonio Rodríguez Miguez	<i>La aplicación descentralizada del derecho de la competencia: la experiencia española</i>
37	Francisco Marcos	<i>A desordem judicial e a defesa da concorrência</i>
38	Eduardo Maia Cadete	<i>Artigo 101.º, law in books, law in action e o mundo real</i>
38	João Pateira Ferreira	<i>Old classics die hard. A few comments on vertical restraints as object infringements</i>

Abuso de posição dominante

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	João E. Gata/Jorge Rodrigues	<i>Uma perspectiva económica sobre abuso de posição dominante – A distribuição de gelados de impulso a nível europeu</i>
1	Miguel Moura e Silva	<i>A tipificação do abuso de posição dominante enquanto ilícito contra-ordenacional</i>
5	Ioannis Kokkoris	<i>Should the Dominance Test Have Been Changed?</i>
5	António Pedro Santos	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Fevereiro de 2011 no Processo C–52/09, Telia–Sonera (Abuso de posição dominante sob a forma de esmagamento de margens pela empresa TeliaSonera)</i>
6	Damien Neven/Hans Zenger	<i>Some remarks on pricing abuses and exclusionary conduct</i>
6	João Ilhão Moreira	<i>Preços predatórios: Encontros e desencontros de jurisprudência e pensamento económico</i>
7-8	Vicente Bagnoli	<i>Um balanço crítico do desenvolvimento da política de concorrência no Brasil nos últimos 15 anos e o início da repressão das condutas unilaterais – Abuso de posição dominante</i>
7-8	Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo	<i>A eficácia jurídica da norma de preço abusivo</i>
9	Miguel Moura e Silva	<i>Os abusos de exploração sobre os consumidores: Uma revolução silenciosa no novo regime nacional de proibição do abuso de posição dominante?</i>
14-15	Konstantina Bania	<i>Abuse of dominance in online search: Google’s special responsibility as the new bottleneck for content access</i>
14-15	Lucas Saretta Ferrari	<i>Google e o direito europeu da concorrência: abuso de posição dominante?</i>
29	Tânia Luísa Faria	<i>Direito da concorrência e big data: ponto da situação e 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>
52	Eva Oliveira	<i>Restrictions of competition in private blockchains: refusal to deal</i>

Restrições verticais

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
4	Miguel Gorjão-Henriques / Miguel Sousa Ferro	<i>The latest reform of EU Competition Law on Vertical Restraints</i>
4	Laurence Idot	<i>La pratique de l'Autorité française de concurrence en matière de restrictions verticales</i>
4	Ioannis Lianos	<i>Upfront access payment, category management and the new regulation of vertical restraints in EU Competition Law: importing the retail side of the story</i>
5	Jean-François Bellis	<i>The new EU rules on vertical restraints</i>
7-8	Paula Vaz Freire	<i>O poder de compra e as restrições verticais determinadas pela procura</i>
7-8	Nuno Cunha Rodrigues	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de outubro de 2011, nos Processos C-403/08 e C429/08, Murphy Football Association Premier League Ltd e o. / QC Leisure e o. e Karen Murphy / Media Protection Services Ltd</i>
33-34	Francisco Espregueira Mendes, Leyre Prieto & Daniela Cardoso	<i>Da natureza das restrições à concorrência nos acordos de distribuição seletiva: a influência de Coty Prestige no comércio eletrónico</i>
37	Tânia Luísa Faria, Maria Francisca Couto e Francisco Chilão Rocha	<i>Comércio eletrónico e restrições verticais da concorrência: regresso ao futuro?</i>
45	Sofia Villas-Boas	<i>Bringing competition law into the digital era – selective distribution and marketplace bans: what should change?</i>
52	Tânia Luísa Faria, Tomás Carvalho Guerra	<i>Review of the EU vertical and horizontal block exemption regulations and guidelines – where we are at and what lies ahead</i>

Restrições horizontais

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	João Matos Viana	<i>Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Julho de 2008 – Processo T-99/04 (Os conceitos de autor e cúmplice de uma infração ao artigo 81.º TCE)</i>
2	João Pateira Ferreira	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Junho de 2009 (3.ª secção) no Processo C-8/08, T-Mobile Netherlands BV e o. c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (Práticas concertadas entre empresas, trocas de informações e infrações concorrenciais por objecto e/ou por efeito)</i>
4	Arianna Andreangeli	<i>Modernizing the approach to article 101 TFEU in respect to horizontal agreements: has the Commission's interpretation eventually “come of age”?</i>
4	Silke Obst / Laura Stefanescu	<i>New block exemption regulation for the insurance sector – main changes</i>
6	Donald I Baker/Edward A. Jesson	<i>Adam Smith, modern networks and the growing need for antitrust rationality on competitor cooperation</i>
6	Luís D. S. Morais	<i>The New EU Framework of Horizontal Cooperation Agreements</i>
6	Fernando Pereira Ricardo	<i>As infrações pelo objecto do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia na jurisprudência da União Europeia</i>
6	Cristina Camacho/Jorge Rodrigues	<i>Using Economic Evidence in Cartel Cases: A Portuguese Case Study</i>
6	João Pateira Ferreira	<i>A aplicação da Lei da Concorrência às decisões de associações de empresas na jurisprudência do Tribunal do Comércio de Lisboa</i>
13	Imelda Maher	<i>The New Horizontal Guidelines: Standardisation</i>
13	Margarida Caldeira	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de fevereiro de 2013, no Processo C-1/12, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas v. Autoridade da Concorrência – Aplicação das regras de concorrência a ordens profissionais</i>
16	Margarida Caldeira	<i>Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de janeiro de 2014 e Decisão Sumária do Tribunal Constitucional de 21 de maio de 2014, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas contra Autoridade da Concorrência</i>

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

Concorrência – Controlo de concentrações

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	António Gomes	<i>Minority Shareholders and Merger Control in Portugal</i>
2	Carlos Pinto Correia / António Soares	<i>Tender offers and merger control rules</i>
4	Fernando Pereira Ricardo	<i>A aquisição de participações ou de ativos da empresa insolvente e o conceito de concentração de empresas</i>
5	Miguel Mendes Pereira	<i>Natureza jurídica e função de compromissos, condições e obrigações no controlo prévio de concentrações</i>
7-8	Pedro Costa Gonçalves	<i>Controlo de concentração de empresas no direito português (uma visão jus-administrativista)</i>

7-8	Ana Paula Martinez	<i>Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil</i>
10	Luis Ortiz Blanco/ Alfonso Lamadrid de Pablo	<i>Del test de posición dominante al test OSCE (Historia y evolución de los criterios de prohibición y autorización de las concentraciones entre empresas en el Derecho europeo, 1989 – 2004)</i>
31	Maria Teresa Capela	<i>Controlo de concentrações e o n.º 14 do artigo 145.º–N do RGICSF: uma exceção à obrigação de notificação prévia?</i>
33-34	Daniela Cardoso	<i>Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 7 de setembro de 2017, processo C–248/16</i>
35	Carlos Oliveira Cruz & Joaquim Miranda Sarmiento	<i>A fusão da Estradas de Portugal com a REFER: o caso da integração do operador rodoviário com o operador ferroviário</i>
36	Ricardo Bayão Horta	<i>Articulação AdC–ERC no âmbito do artigo 55.º do regime jurídico da concorrência: cenas dos próximos capítulos</i>
37	Alípio Codinha, Mariana Costa, Marta Ribeiro & Pedro Marques	<i>Input foreclosure em concentrações verticais nos media: o caso Altice/Media Capital</i>
37	Rita Prates	<i>Partial implementation and gun-jumping, how original. What will they think of next? – Chapter One</i>
38	Joaquim Caimoto Duarte	<i>Inovação e controlo de concentrações – breves notas sobre a sua prática em Portugal</i>
39	Thomas Hoehn	<i>Challenges in Designing and Implementing Merger Remedies – A Monitoring Trustee Perspective</i>
39	Simone Maciel Cuiabano	<i>Análise Alternativa de Fusões: Indicadores de Preços x Definição de Mercado Relevante</i>
39	Nuno Rocha de Carvalho	<i>European Champions vs. Real Champions: What will it cost you?</i>
41	Rita Prates	<i>Partial implementation and gun-jumping, how original. what will they think of next? – Chapter Two</i>
44	Rita Prates & Ricardo Bayão Horta	<i>Cooperation in multijurisdictional merger fillings – the ECA notice mechanism</i>
45	Tânia Luísa Faria, Margot Lopes Martins & Mariana Viana Pedreira	<i>New trends in merger control: the baby, the bathwater, uncertain outlooks and eternal returns</i>

50	Eva Oliveira	<i>Preventing Killer acquisitions: the combination between Article 22 of the EU Merger Regulation and the Digital Markets Act's Merger Rules</i>
52	Joana Tomaz Hilzbrich	<i>The insufficiency of the turnover threshold in merger control in the digital market: the case of killer acquisitions</i>

Concorrência – Auxílios de Estado

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
3	Piet Jan Slot	<i>The credit crisis and the Community efforts to deal with it</i>
3	Manuel Porto / João Nogueira de Almeida	<i>Controlo negativo, controlo positivo ou ambos?</i>
3	António Carlos dos Santos	<i>Crise financeira e auxílios de Estado – risco sistémico ou risco moral?</i>
3	Ana Rita Gomes de Andrade	<i>As energias renováveis – Uma luz verde aos auxílios de Estado?</i>
3	Marco Capitão Ferreira	<i>Decisão da Comissão Europeia relativa à garantia estatal concedida pelo Estado português ao Banco Privado Português</i>
11-12	Alexandra Amaro	<i>Auxílios de Estado e contratos públicos: Os limites do concurso</i>
17	Ricardo Pedro	<i>Auxílios de minimis 2014–2010: notas à luz do Regulamento (UE) n.º 1407/2013</i>
20-21	João Zenha Martins	<i>Consultoria em inovação e o redesenho dos apoios ao emprego e à formação no Regulamento (UE) n.º 651/2014</i>
27-28	Edmilson Wagner dos Santos Conde	<i>Poderão as decisões dos órgãos jurisdicionais que atribuem indemnizações constituir auxílios de Estado?</i>
27-28	Luis Seifert Guincho	<i>State aid and systemic crises: appropriateness of the European State aid regime in managing and preventing systemic crises</i>
27-28	Mariana Medeiros Esteves	<i>Os auxílios de Estado sob a forma fiscal e o combate da concorrência fiscal prejudicial na União Europeia</i>
27-28	Ricardo Quintas	<i>A incongruência judicativa de uma deliberação positiva de compatibilidade de um auxílio de Estado não notificado</i>

42-43	Miguel Mendes Pereira & Carla Marcelino	<i>Regras sobre auxílios de estado em tempos pandémicos: flexão ou torção?</i>
49	Manuel Queiroz Ribeiro	<i>O regime dos auxílios de estado – reflexões a propósito do quadro temporário covid 19 e da necessidade de flexibilização das regras gerais</i>
51	Beatriz Ribeiro Fernandes	<i>Fiat, Starbucks, Apple e Amazon e a aferição da seletividade do auxílio: Oportunidade desperdiçada?</i>

Financeiro e bancário

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

9	Ana Pascoal Curado	<i>As averiguações preliminares da CMVM no âmbito da luta contra a criminalidade financeira: Natureza jurídica e aplicação do princípio nemo tenetur</i>
9	Miguel Brito Bastos	<i>Scalping: Abuso de informação privilegiada ou manipulação de mercado?</i>
11-12	Helena Magalhães Bolina	<i>O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados no mercado de valores mobiliários</i>
11-12	Vinicius de Melo Lima	<i>Ações neutras e branqueamento de capitais</i>
13	Bernardo Feijoo Sánchez	<i>El Derecho Penal Español frente a fraudes bursátiles transnacionales – ¿Protege el derecho penal del mercado de valores los mercados financieros internacionales?</i>
14-15	Bernardo Feijoo Sánchez	<i>Imputacion objetiva en el derecho penal economico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares</i>
17	Joseph Dale Mathis	<i>European Payment Services: How Interchange Legislation Will Shape the Future of Retail Transactions</i>
18	José Gonzaga Rosa	<i>Shadow Banking – New Shadow Entities Come to Light</i>
18	Pedro Lobo Xavier	<i>Das medidas de resolução de instituições de crédito em Portugal – análise do regime dos bancos de transição</i>
18	Sofia Brito da Silva	<i>A notação de risco da dívida soberana: O exercício privado de um serviço de interesse público</i>
20-21	Pablo Galain Palermo	<i>Lavado de activos en Uruguay: una visión criminológica</i>
20-21	Sérgio Varela Alves	<i>Da participação da Banca em Sociedades não Financeiras: Mais do que allfinance</i>
20-21	Rute Saraiva	<i>Um breve olhar português sobre o modelo de supervisão financeira em Macau</i>
20-21	Luís Pedro Fernandes	<i>Dos sistemas de Microcrédito na Lusofonia: Problemas e soluções</i>
20-21	Daniela Pessoa Tavares	<i>O segredo bancário na legislação bancária de Angola, Cabo Verde e Moçambique</i>
20-21	Raluca Ghiurco	<i>As instituições de supervisão financeira em Moçambique</i>
20-21	Francisco Mário	<i>Supervisão bancária no sistema financeiro Angolano</i>
20-21	Catarina Balona/João Pedro Russo	<i>O Banco de Cabo Verde – Principais aspetos orgânicos e funcionais</i>

20-21	José Gonzaga Rosa	<i>União Económica e Monetária da África Ocidental: uma boa ideia, com uma execução pobre</i>
20-21	Tiago Larsen	<i>Regulação bancária na Guiné-Bissau</i>
23-24	Luís Guilherme Catarino	<i>“Fit and Proper”: o controlo administrativo da idoneidade no sector financeiro</i>
23-24	Margarida Reis	<i>A idoneidade dos membros dos órgãos de administração e fiscalização das instituições de crédito</i>
23-24	Inês Serrano de Matos	<i>“Debt finance”: as obrigações como engodo do investidor e a informação externa como um meio de tutela daquele</i>
23-24	João Andrade Nunes	<i>Os deveres de informação no mercado de valores mobiliários: o prospetivo</i>
23-24	João Vieira dos Santos	<i>A união dos mercados de capitais e o Sistema Europeu de Supervisão Financeira</i>
27-28	Bruno Miguel Fernandes	<i>A garantia de depósitos bancários</i>
29	Álvaro Silveira de Meneses	<i>Leading the way through: the role of the European Central Bank as pendulum, shield and supervisor of the euro area</i>
31	Miguel da Câmara Machado	<i>Problemas, paradoxos e principais deveres na prevenção do branqueamento de capitais</i>
33-34	Katerina Lagaria	<i>Towards a single capital markets supervisor in the EU: the proposed extension of ESMA’s supervisory powers</i>
33-34	Ivana Souto de Medeiros	<i>A resolução bancária e a salvaguarda do erário público na União Europeia: do bail-out ao bail-in</i>
33-34	Lucas Catharino de Assis	<i>A liberdade de circulação de capitais e a necessidade de se garantir a eficácia dos controlos fiscais nas situações envolvendo Estados terceiros</i>
33-34	Frederico Machado Simões	<i>Sobre o novo regime do concurso de infrações no Código dos Valores Mobiliários e o Princípio do Ne Bis in Idem</i>
39	Lara Tobías Peña, José Luís Rodríguez López & Pedro Hinojo González	<i>Fintech and its Implications for Competition and Regulation</i>
40	Luís Guilherme Catarino	<i>Ofertas Públicas de Criptomoedas: FinTech, Tokens, Smart Contracts, Blockchain, and all that jazz...</i>
40	Armando Sumba	<i>A Regulação e Supervisão de Instituições de Microfinanças na África Ocidental</i>
41	Joana Vaz Baptista	<i>A adoção de sanções pecuniárias compulsórias pelo Banco Central Europeu no âmbito do Mecanismo Único de Supervisão</i>

45	Luís Catarino	<i>A cooperação na supervisão financeira da união do mercado de capitais – entre o experimentalismo e a governance</i>
50	Diogo Pina Chiquelho	<i>O whistleblowing interno nas instituições de crédito e as políticas de participação de irregularidades</i>
52	Daniel Favoretto Rocha	<i>From fintechs to instant payment: A comparative approach to fostering competition in the financial sector</i>

Seguros

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

Comunicações eletrónicas

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

Energia

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
11-12	Miguel Sousa Ferro	<i>Nuclear Law at the European Court in the 21st Century</i>
13	Orlindo Francisco Borges	<i>Responsabilidade civil das sociedades de classificação por derrames petrolíferos causados por navios inspecionados: em busca de um claro regime entre o port state control e os contratos de classificação</i>
18	Filipe Matias Santos	<i>O comercializador de último recurso no contexto da liberalização dos mercados de eletricidade e gás natural</i>
44	Edson da Graça Francisco Macuácuca & Octávio de Jesus Gonçalves	<i>Regime jurídico da regulação do setor de petróleo e gás em Moçambique</i>
46-47	João Lopes	<i>Choque de preços no gás e tempestade elétrica: reflexos nos consumidores e na segurança de abastecimento</i>
46-47	Lisa Pinto Ferreira	<i>Energy efficiency first: overcoming the hurdles?</i>
51	Edson da Graça Francisco Macuácuca & Noé José Penete	<i>A Regulação do Sector do Petróleo em Moçambique: o Dilema entre o Instituto Nacional de Petróleo e a Alta Autoridade da Indústria Extrativa</i>

Saúde

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

Autoridades Reguladoras e Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
3	João Confraria	<i>Falhas do Estado e regulação independente</i>
6	Jorge André Carita Simão	<i>A responsabilidade civil das autoridades reguladoras</i>
7-8	Victor Calvete	<i>Entidades administrativas independentes: Smoke & Mirrors</i>
17	Luís Silva Morais	<i>Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras – Algumas questões essenciais e justificação do perímetro do regime face às especificidades da supervisão financeira</i>
17	João Confraria	<i>Uma análise económica da Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras Independentes</i>
17	Luís Guilherme Catarino	<i>O Novo Regime da Administração Independente: Quis custodiet ipsos custodes?</i>
17	Tânia Cardoso Simões	<i>Entidades reguladoras: Um ano de Lei-Quadro</i>
29	Nuno Cunha Rodrigues & Rui Guerra da Fonseca	<i>O quadro da responsabilidade civil extracontratual das entidades reguladoras do setor financeiro</i>
30	Francisca Van Dunem	<i>Prefácio ao dossier especial comemorativo do 5.º aniversário do TCRS</i>
30	Carla Câmara	<i>Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: quo vadis?</i>
30	Fernando Oliveira Silva & Fernando Batista	<i>A regulação dos setores da construção, do imobiliário e dos contratos públicos</i>
30	Luís Miguel Caldas, Marta Borges Campos, Alexandre Leite Baptista & Anabela Morão de Campo	<i>Âmbito e desafios do controlo jurisdicional do Tribunal da Concorrência Regulação e Supervisão: a vida íntima dos processos</i>
30	Miguel Sousa Ferro	<i>Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: uma análise jurídico-económica no seu 5.º aniversário</i>
30	Pedro Marques Bom & Ana Cruz Nogueira	<i>Cinco anos, cinco desafios</i>
30	Pedro Portugal Gaspar & Helena Sanches	<i>Deverão os recursos de todas as decisões contraordenacionais adotadas pela ASAE catrem na jurisdição do TCRS?</i>
30	Ricardo Gonçalves & Ana Lourenço	<i>Uma proposta de avaliação de impacto da criação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão</i>

30	Sofia Nogueira da Silva, Nuno Castro Marques & Álvaro Moreira da Silva	<i>O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: visão da regulação em saúde</i>
33-34	Raúl Vieira da Silva	<i>A independência orçamental das entidades reguladoras à luz da nova lei-quadro</i>
33-34	Miguel Pena Machete & Catarina Pinto Xavier	<i>Autoridade da Concorrência – dividir para reinar?</i>
33-34	Vicente Bagnoli	<i>Business strategies to improve antitrust compliance in Brazil and the approach of CADE to advocacy: the Car Wash investigation</i>
35	Fernando Pereira Ricardo	<i>As cativações e a autonomia administrativa e financeira das entidades reguladoras independentes (e da AdC em particular)</i>
42-43	José Luís da Cruz Vilaça & Mariana Martins Pereira	<i>Parental liability under the ECN+ Directive and its extension to accessory sanctions</i>
42-43	André Veloso Pedrosa, Francisco Espregueira Mendes & Rui Mesquita Guimarães	<i>O controlo das práticas restritivas da concorrência – nothing else matters?</i>
42-43	Luís Henrique	<i>A transposição da Diretiva ECN+ e o seu impacto no ordenamento jurídico nacional</i>
42-43	Joaquim Vieira Peres & Luís Nascimento Ferreira	<i>Água mole em pedra dura... mais um retoque na noção de empresa</i>
42-43	Nuno Ruiz	<i>A ECN+ não basta</i>
42-43	Luís Silva Morais & Lúcio Tomé Feteira	<i>Algumas notas sobre a Diretiva ECN+ e o seu processo de transposição para o ordenamento nacional</i>
42-43	Miguel Pena Machete, Catarina Pinto Xavier & Beatriz Belo	<i>Direito da concorrência: a necessária reforma por força da Diretiva ECN+</i>
42-43	João Pateira Ferreira	<i>The ECN@2.0. System failure ahead?</i>
44	Gonçalo Anastácio	<i>Projeto de transposição da Diretiva ECN+</i>
44	Inês Neves	<i>On the concept of “court or tribunal” for the purposes of article 267 of the TFEU: the status of National Competition Authorities, after the judgement of the Court of Justice in Case C–462/19</i>
49	Luís Miguel Caldas	<i>Dez anos do tribunal da concorrência, regulação e supervisão – algumas notas e propostas</i>

Regulação do comércio e concorrência desleal

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

Contratação pública

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
19	António Ferreira Gomes/ Ana Sofia Rodrigues	<i>Enhancing Efficiency in Public Procurement in Portugal: An Overview of the Relevant Competition Issues</i>
19	Nuno Cunha Rodrigues	<i>O princípio da concorrência nas novas diretivas sobre contratação pública</i>
19	Raquel Carvalho	<i>As novas Diretivas da Contratação Pública e a tutela da concorrência na execução dos contratos públicos</i>
27-28	Pedro Matias Pereira	<i>O dever de resolver contratos públicos</i>
27-28	Luís Almeida	<i>A Contratação Pública Verde no quadro da nova Diretiva 2014/24/UE</i>
29	Isabel Andrade & Joaquim Miranda Sarmento	<i>Uma análise contratual às renegociações das PPP e concessões no setor das águas em Portugal</i>
32	Nuno Cunha Rodrigues	<i>Contratação Pública e concorrência: de mãos dadas ou de costas voltadas?</i>
38	Fernando Batista	<i>Apresentação de propostas, num mesmo procedimento concorrencial, por operadores económicos ligados entre si</i>
45	Joaquim Caimoto Duarte & Rui Mesquita Guimarães	<i>Há concorrência e concorrência em contratação pública – uma primeira abordagem à recente comunicação da comissão europeia (2021/C 91/01)</i>
48	Octávio de Jesus Gonçalves	<i>A regulação pública das parcerias público privado em Moçambique</i>

Direito contraordenacional e processual penal

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
7-8	Luís Greco	<i>Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?</i>
9	Ricardo Oliveira Sousa	<i>A comunicabilidade da prova obtida em direito processual penal para o processo contraordenacional</i>
10	André Mauro Lacerda Azevedo	<i>Bribery Act 2010: Um novo paradigma no enfrentamento da corrupção</i>
13	André Paralta Areias	<i>O valor do princípio da presunção de inocência no novo regime da indemnização por indevida privação da liberdade</i>
13	Tiago Geraldo	<i>A reabertura do inquérito (ou a proibição relativa de repetição da ação penal)</i>
14-15	Miguel Prata Roque	<i>O Direito Sancionatório Público enquanto bissetriz (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo – a pretexção de alguma jurisprudência constitucional</i>
14-15	Milene Viegas Martins	<i>A admissibilidade de valoração de imagens captadas por particulares como prova no processo penal</i>
16	Érico Fernando Barin	<i>Alargar a perda alargada: O projeto Fenix</i>
16	José Danilo Tavares Lobato	<i>Um panorama da relação entre abuso e direito, ações neutras e lavagem de dinheiro</i>
16	Mafalda Melim	<i>Standards de prova e grau de convicção do julgador</i>
16	David Silva Ramalho	<i>O uso de malware como meio de obtenção de prova em processo penal</i>
16	Catiuce Ribas Barin	<i>A valoração das gravações de áudio produzidas por particulares como prova no processo penal</i>
16	José Neves da Costa	<i>Do aproveitamento em processo penal das provas ilicitamente obtidas por particulares – O caso BCP</i>
16	Catarina Abegão Alves	<i>Agente infiltrado ou provocador? Um problema de proibição de prova à luz do caso Teixeira de Castro v. Portugal</i>
23-24	Stephen Mason	<i>Towards a global law of electronic evidence? An exploratory essay</i>
23-24	Daniel Diamantaras de Figueiredo	<i>O direito ao confronto e o caso Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido</i>
23-24	Felipe Soares Tavares Morais	<i>O ónus da prova e a presunção de inocência no processo penal brasileiro</i>

23-24	Margarida Caldeira	<i>A utilizabilidade probatória das declarações prestadas por arguido em fase anterior ao julgamento</i>
27-28	Ana Catarina Martins	<i>Imputação subjetiva: como se constrói e se prova o dolo da pessoa coletiva?</i>
27-28	Maria João Almeida Semedo	<i>Imputação subjetiva: como se constrói e prova o dolo da pessoa jurídica – orientação jurisprudencial</i>
27-28	Joana Gato	<i>Identificação de algum dos dirigentes que são agentes do facto coletivo como requisito para a responsabilização da pessoa coletiva</i>
27-28	João Nuno Casquinho	<i>Responsabilidade penal das pessoas coletivas em casos de fusão, cisão ou transformação</i>
27-28	João Pedro Neves Rodrigues	<i>Critérios objetivos de imputação de facto coletivamente típico à pessoa coletiva e o conceito de gerentes de facto e de direito</i>
29	Renzo Orlandi	<i>“Operazione Mani Pulite” e seu contexto político, jurídico e constitucional</i>
29	Antonieta Nóbrega	<i>O jornalista assistente no processo penal português</i>
29	Joana Geraldo Dias	<i>A consagração de um novo paradigma na ordem jurídica: a divisão bipartida dos dados relativos às comunicações eletrónicas</i>
29	Sónia Cruz Lopes	<i>Interceção de comunicações para prova dos crimes de injúrias, ameaças, coação, devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego cometidos por meio diferente do telefone</i>
31	Nivaldo Machado Filho	<i>O agente infiltrado em duelo com o contraditório: aspectos críticos de seu relatório e depoimento</i>
32	Enrico Sanseverino	<i>O crime de corrupção no sector privado e o seu tratamento em uma perspectiva internacional em face dos interesses tutelados</i>
42-43	José Francisco Veiga	<i>O acórdão n.º 123/2018 do Tribunal Constitucional e as suas declarações de voto: breves notas ao efeito da impugnação das decisões contra ordenacionais de entidades reguladoras</i>
46-47	Nuno Ricardo Pica dos Santos	<i>Contraordenações no âmbito económico: sua investigação e a problemática dos meios intrusivos de obtenção da prova</i>

Ambiente

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

Transportes

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

Artigos transversais e outros

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	Manuel Sebastião	<i>The Portuguese Competition Authority and the Portuguese Competition and Regulation Journal – A meeting of the minds</i>
1	Eduardo Paz Ferreira	<i>Em torno da regulação económica em tempos de mudança</i>
16	Nuno Sousa e Silva	<i>The proposed Directive on multi-territorial licensing for online music – Is competition a good idea?</i>
20-21	Miguel da Câmara Machado	<i>“Corrupção: denuncie aqui” – vale tudo no combate à corrupção?</i>
22	Paulo Alves Pardal	<i>O acidentado percurso da Constituição Económica Portuguesa</i>
32	Miguel Moura e Silva e Manuel Cabugueira	<i>The competition impact of extending the activity of waste and water management concessionaires to competitive markets</i>
35	Carlos Pinto de Abreu	<i>Breves notas sobre segurança da informação, acesso a dados e privacidade</i>
38	Luís Catarino	<i>Segredos da Administração: segredos de supervisão e de sanção</i>
42-43	Miguel Pena Machete & Marlene Sennewald Sippel	<i>Crise do princípio da primazia do direito da União Europeia: algumas considerações sobre o acórdão do Tribunal Constitucional Alemão de 5 de maio de 2020</i>
48	Margarida Rosado da Fonseca	<i>O mecanismo português de análise dos investimentos diretos estrangeiros: dos antecedentes da sua criação às perspetivas de modificação em 2022 – Parte I</i>
49	Marc Barennes	<i>Third party funding: an attorney’s perspective on how to choose a funder</i>
49	Sónia Moura	<i>Advocacy and competition impact assessment supporting pro competitive reforms in self regulated professions and the transport sector – the Portuguese competition authority experience</i>
50	Margarida Rosado da Fonseca	<i>O mecanismo português de análise dos investimentos diretos estrangeiros: modificação em 2023? Enquadramento e porquês</i>
50	Rita Prates	<i>ESG e Concorrência</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 excecionais, poderão ser aceites textos não inéditos, devendo o Autor indicar onde foram publicados anteriormente. Se aceite, o texto será publicado no idioma em que, originalmente, foi redigido, devendo – se aplicável – o Autor assegurar a respetiva tradução para um dos 4 idiomas acima referidos.
5. Aos textos, os Autores devem ainda juntar uma breve nota curricular (que não deverá exceder, para cada versão linguística, 950 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, ou acedida em http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Paginas/Revista-CR.aspx.
7. Os trabalhos devem ser remetidos em formato digital para o endereço eletrónico revista@concorrenca.pt ou para a morada: Autoridade da Concorrência – Avenida de Berna, 19, 1050-037 Lisboa, ao cuidado de Ricardo Bayão Horta e Filipa Calado Lopes Castanheira.
8. As provas tipográficas dos textos aprovados para publicação serão enviadas ao Autor para a morada ou endereço eletrónico por si indicados, para revisão.

Collaboration with

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

1. *Revista de Concorrência e Regulação* (C&R) welcomes submissions for publication from its readers, including papers (academic or short), studies or case comments, related to Competition and Regulation Law and Economics and the specific theme of each issue, according to the interest and scientific quality of each contribution.
2. Authors are exclusively responsible for their papers. Publication of papers does not mean that C&R endorses the views expressed therein.
3. Papers must not have been published elsewhere and can be submitted in Portuguese, Spanish, French or English. Papers will be published in their original language.
4. In exceptional cases, papers that have already been published may be accepted. In such circumstances Authors are required to indicate where the paper was previously published. If accepted, the paper is published in its original language, remaining the Author responsible for ensuring its translation into 1 of the 4 accepted languages.
5. Authors must provide a short CV in Portuguese and English, (which should not exceed 950 character, including spaces, for each of the languages) as well as mailing and email addresses.
6. Further information on the formal rules for submission of materials to the C&R must be requested in advance, either by contacting revista@concorrencia.pt or by accessing the link http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Paginas/Revista-CR.aspx.
7. Contributions must be sent in digital format to the email address revista@concorrencia.pt or to the address: Autoridade da Concorrência – Avenida de Berna, 19, 1050–037 Lisboa – Portugal, to the attention of Ricardo Bayão Horta and Filipa Calado Lopes Castanheira.
8. Prior to publication, proofs will be sent to the Authors, to the mailing address or email address previously indicated.

ÓRGÃOS SOCIAIS

DIREÇÃO

Ana Sofia Rodrigues/Miguel Sousa Ferro

CONSELHO CIENTÍFICO

Presidentes: Eduardo Paz Ferreira/Nuno Cunha Rodrigues

Membros:

António Avelãs Nunes
 António Ferreira Gomes
 António Menezes Cordeiro
 Augusto Silva Dias
 Barry Hawk
 Bernardo Feijóo Sánchez
 Bo Vesterdorf
 Carlos Pinto Correia
 David Gerber
 Diogo Rosenthal Coutinho
 Donald Baker
 Douglas Rosenthal
 Eleanor Fox
 Fernando Borges Araújo
 Fernando Herren Aguillar
 Francisco Marcos
 Floriano Marques
 François Souty
 Frederic Jenny
 Geraldo Prado
 Gerhard Dannecker
 Germano Marques da Silva
 Giorgio Monti
 Harry First
 Heike Schweitzer
 Ioannis Kokkoris
 João Ferreira do Amaral
 Jorge Braga de Macedo

Jorge de Figueiredo Dias
 José António Veloso
 José Danilo Lobato
 José Luís da Cruz Vilaça
 José de Faria Costa
 José de Oliveira Ascensão
 José Lobo Moutinho
 José Manuel Sérvulo Correia
 Jürgen Wolter
 Keiichi Yamanaka
 Klaus Rogall
 Laurence Idot
 Luís Cabral
 Luís Greco
 Manuel da Costa Andrade
 Manuel Lopes Porto
 Marco Bronckers
 Maria Fernanda Palma
 Mark Zöller
 Miguel Moura e Silva
 Miguel Nogueira de Brito
 Miguel Pinares Maduro
 Nicolas Charbit
 Oswald Jansen
 Patrick Rey
 Paulo Câmara
 Paulo de Pitta e Cunha
 Paulo Pinto de Albuquerque

Pedro Pais de Vasconcelos
Pedro Pita Barros
Peter Freeman CBE, QC
Philip Marsden
Piet Jan Slot
René Smits

Richard Wish
Rosa Greaves
Vasco Pereira da Silva
Vito Tanzi
William Kovacic
Wouter Wils

CONSELHO CONSULTIVO

João E. Gata

CONSELHO DE REDAÇÃO

Presidência: Ricardo Bayão Horta / Filipa Calado Lopes Castanheira

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

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