

EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

João Espírito Santo Noronha

Luís Silva Morais

O N.º 3 da C&R que ora publicamos traduz quer a continuidade, quer a consolidação do projecto editorial lançado em Janeiro de 2010, através de um intenso processo de cooperação entre a Autoridade da Concorrência e o Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito de Lisboa (IDEFF), aberto a todos os agentes intervenientes nas áreas do direito e da política da concorrência e da regulação económica. A publicação deste N.º 3 da C&R corresponde também a um compromisso reiterado com os nossos leitores, no sentido de manter com plena regularidade esta publicação trimestral, cobrindo os mais recentes desenvolvimentos nessas áreas.

No. 3 of C&R that we are now publishing represents both the continuity and the consolidation of the editorial project launched in January 2010 through the active collaboration of the Portuguese Competition Authority and IDEFF and opened to all the stakeholders in the areas of competition law and policy and of economic regulation. It also corresponds to a renewed commitment with our readers of maintaining a quarterly and thus regular publication covering the latest developments in this field.

Mantendo-se uma cobertura alternada nos dossiers temáticos especiais da Revista ora de questões de direito da concorrência ora de questões de regulação económica, e depois de se ter abordado em especial no N.º 2 da C&R a *reforma da regulação financeira*, o presente N.º 3 vem agora incluir um dossier temático na área da *concorrência*. Esse dossier cobre, em particular, a área sensível dos *auxílios de Estado*, versando especialmente determinados aspectos dos auxílios de Estado em conexão com a recente crise económica e financeira. Na realidade, o objectivo que prosseguimos com este dossier temático especial assume uma dupla natureza: por um lado, propomo-nos contribuir para uma avaliação crítica do papel do controlo dos auxílios de Estado na gestão da crise do sector financeiro que se seguiu à falência de Lehman Brothers, no último trimestre de 2008 (essa análise é, a nosso ver, particularmente oportuna depois da discussão sobre a reforma da regulação financeira que procurámos promover no anterior N.º da C&R). Por outro lado, propomo-nos ainda dar aqui início a uma análise mais ampla e prolongada desse complexo corpo normativo referente ao controlo dos auxílios de Estado – análise a ser prosseguida e aprofundada em futuros N.ºs da C&R – o qual, algo incompreensivelmente, tem sido pouco estudado em Portugal (tanto

Observing the alternative coverage in special thematic files of either issues of competition law or issues of economic regulation, and after the No. 2 with a special focus on the reform of financial regulation, we now include in No. 3 of C&R a thematic file in the area of competition. This file covers in particular the sensitive area of state aid, especially in connection with the recent economic and financial crisis. In fact, our purpose with this special thematic file is twofold: on the one hand, we are interested in critically assessing the role of state aid control in the management of financial sector crisis which followed the collapse of Lehman Brothers in the last quarter of 2008 (this analysis is, as we see it, particularly timely after the discussion about the reform of financial regulation that we have tried to promote in the preceding No. of C&R). On the other hand, we intend to initiate a more extensive and continuous analysis of this complex body of law of state aid control – to be continued in following Numbers of C&R – which has been

numa perspectiva económica como jurídica).

Para além disso, diversas outras razões justificam que este tipo de análise em profundidade do controlo dos auxílios de Estado seja activamente prosseguido. Assim, após Junho de 2005 a Comissão Europeia publicou o seu *Plano de Acção no domínio dos auxílios estatais* onde estabeleceu um ambicioso programa de reforma do controlo dos auxílios estatais para o período compreendido entre 2005 e 2009. De acordo com a justa observação de autores como, *inter alia*, Damien Neven, essa reforma visou promover uma mais elaborada abordagem económica do controlo dos auxílios de Estado (através de um teste de ponderação global – “*general balancing test*” – que avalie de forma integrada se os auxílios de Estado enquadram ou corrigem reais falhas de mercado, se os auxílios são susceptíveis de gerar um efeito virtuoso de incentivo económico e se as possíveis distorções da concorrência e do comércio a que os auxílios de Estado possam conduzir são compensadas por um balanço global positivo associado àqueles dois primeiros factores). Com base nesses objectivos de referência, um impressivo conjunto de Regulamentos e Orientações Interpretativas foi adoptado pela Comissão Europeia entre 2005 e 2008. Curiosamente,

scarcely studied in Portugal (both on an economic and on a legal perspective).

Furthermore, this analysis of state aid control should be actively pursued on several accounts. After June 2005 the European Commission has published its State Aid Action Plan through which it set out an ambitious roadmap for reform of state aid control in the period 2005 to 2009. As authors like, inter alia, Damien Neven have put it, this reform has been intended to foster a more refined economic approach in state aid control (through a general balancing test that will comprehensively evaluate if state aids address actual market failures, whether aids generate an incentive effect and whether the possible distortions of competition and trade to which state aids may lead are overcome by a positive overall balance). With these overriding goals an impressive body of Regulations and Guidelines has been adopted from 2005 till 2008. Curiously, the EU had thus set in motion an important reform of state aid law before the economic and financial crisis erupted and this

a UE tinha desse modo desencadeado um importante movimento de reforma da disciplina normativa dos auxílios estatais ainda antes da eclosão da crise económica e financeira e esse novo corpo normativo foi imediatamente posto à prova – em condições muito difíceis e porventura extremas – no decurso dessa crise de 2008. O dossier temático especial que ora se publica, incluindo, designadamente, artigos de Piet Jan Slot, Lopes Porto e João Nogueira de Almeida e António Carlos Santos, visa, de algum modo, avaliar de que forma esse corpo normativo, tão recentemente objecto de reforma global, respondeu às circunstâncias excepcionais e exigentes da crise económica e financeira. O balanço a esse respeito está, nesta fase, ainda longe de ser claro (embora se apresente largamente positivo). Se deve, na verdade, reconhecer-se – como salientado por várias das análises incluídas neste dossier temático – que a Comissão Europeia mostrou uma considerável capacidade e flexibilidade para lidar com a irrupção massiva de numerosas medidas de auxílio entre 2008 e 2010, em contrapartida muitas incertezas, menos tranquilizadoras, subsistem neste domínio (particularmente no que respeita às condições impostas às instituições financeiras beneficiárias e às medidas de reestruturação projectadas pela Comissão

new body of law was immediately tested – under the most difficult and strained conditions – in the course of the financial crisis of 2008. Our thematic file, including namely articles by Piet Jan Slot, Lopes Porto and João Nogueira de Almeida and António Carlos Santos aims to ascertain how this recently reformed body of law has responded to the rather exceptional and trying circumstances of the financial and economic crisis. The balance is, at this stage, far from clear (although largely positive). If it should be recognized – as emphasized by several of the analysis included in this thematic file – that the European Commission has displayed considerable agility to cope with the tremendous surge in massive aid support between 2008 and 2010, several uncertainties remain (particularly as regards the conditions imposed on the beneficiary financial institutions and the restructuring measures devised by the Commission for many of those institutions, which, on the whole, have still to stand the test in the EU Courts).

em relação a muitas dessas instituições, as quais, globalmente, ainda têm de passar pelo crivo do escrutínio jurisdicional na UE).

Para além de procurarmos estabelecer um balanço crítico provisório a propósito do enquadramento dos auxílios estatais de emergência relacionados com a crise do sector financeiro, outros factores primaciais devem merecer uma atenção continuada neste domínio do controlo dos auxílios de Estado. Reportamos aqui, em particular, ao facto de a crise ter conduzido a uma renovada propensão para intervenções públicas de política industrial nos Estados mais desenvolvidos. Nesse contexto, o antigo Comissário da Concorrência, Mario Monti, salientou muito justamente um aparente retorno da política industrial (“*industrial policy is no longer taboo*”, como recentemente observou em termos muito sugestivos). Este inesperado regresso da política industrial – em alguns casos encorajado pela própria Comissão – envolverá uma articulação muito difícil e delicada entre essas novas estratégias industriais públicas e o controlo dos auxílios de Estado. Outros elementos desse “puzzle” político e jurídico-económico estão associados ao impacto das novas regras sobre serviços de interesse económico geral introduzidas pelo Tratado de Lisboa (de resto, sinto-

Beside establishing a provisional critical balance on the emergency framework of state aids in connection with this financial sector crisis, other key factors deserve ongoing attention in this field of state aid control. We refer here, in particular, to the fact that the crisis has led to a renewed trend of industrial intervention by governments in developed countries. In this context, the former Competition Commissioner, Mario Monti, has rightly emphasized a comeback of industrial policy (“industrial policy is no longer taboo” as he recently observed in very suggestive terms). This unexpected return of industrial policy – in some cases encouraged by the Commission itself – will lead to a much difficult and delicate interplay between these new public industrial strategies and state aid control. Other elements of this puzzle are associated with the impact of the new provisions on services of general economic interest introduced by the Treaty of Lisbon (not coincidentally, by the way, the Commission has launched between June and September

maticamente, a Comissão Europeia lançou entre Junho e Setembro de 2010 uma Consulta Pública sobre a aplicação das regras em matéria de auxílios de Estado aos serviços de interesse económico geral). Esse novo impulso para a intervenção pública na economia – também justificado com base na invocação de necessidades nacionais de prestação de serviços de interesse económico geral – conduzirá sem dúvida a interações difíceis entre as acções dos Estados Membros e da UE no âmbito das suas respectivas competências (cujas fronteiras nem sempre se apresentam de forma clara).

Neste contexto, pretendemos assim continuar – em N.ºs futuros da C&R – essa discussão sobre o escrutínio jusconcorrencial das novas condições de intervenção pública na economia na sequência da crise económica.

Além do núcleo crítico de aspectos relativos ao controlo dos auxílios de Estado objecto de discussão no número temático especial do N.º 3 da C&R, a secção de Doutrina Geral deste N.º versa ainda – prosseguindo a nossa habitual abordagem interdisciplinar (jurídica e económica) – um conjunto de questões relevantes, compreendendo a análise dos modelos de regulação autónoma ou independente e suas potenciais falhas, o estudo da lógica particular de fun-

2010 a Public Consultation on the application of state aid rules to services of general economic interest). This new impulse for public intervention in the economy – also justified on grounds of national provision of services of general economic interest – will undoubtedly lead to difficult interactions between Member States and EU actions within their spheres of interventions (whose boundaries are not always clear).

We, therefore, intend to carry on – in following numbers of C&R – this debate about the competition law monitoring of the new conditions of public intervention in the economy in the aftermath of the economic crisis.

Beside the bulk of state aid control issues discussed in the special thematic file the N.º 3 of C&R, its General Doctrine section addresses – under our usual interdisciplinary (legal and economic) approach – a set of relevant issues, including the analysis of independent regulation models and its potential failures, the study of the particular logic of the functioning of company groups and the problems it raises as

cionamento dos grupos empresariais e dos problemas que tal suscita quanto a eventual responsabilidade de empresas-mãe no seio desses grupos por infrações ao direito da concorrência ou a análise dos problemas associados ao funcionamento do sistema de competências paralelas estabelecido no Regulamento (CE) n.º 1/2003, relativo à aplicação do direito europeu da concorrência.

No momento em que é publicado este N.º 3 da C&R, podemos com segurança antecipar que a transição de 2010 para 2011 será extremamente preenchida em termos de desenvolvimentos no plano do direito e política da concorrência, tanto a nível europeu como nacional. Um desses desenvolvimentos importantes corresponderá à conclusão, até ao final de 2011, da reforma global do enquadramento de direito europeu da concorrência referente a processos de cooperação horizontal entre empresas (na sequência da recente reforma das regras e orientações interpretativas aplicáveis à cooperação vertical entre empresas). Ainda no plano europeu – conquanto com potenciais repercussões nos Estados-membros – importa acompanhar eventuais ajustamentos em relação aos procedimentos administrativos de aplicação dos normativos de concorrência acentuando as devidas e equilibradas garantias de defesa (o reforço do cha-

regard parent company liability for competition law infringements, or the analysis of the problems associated with the functioning of the system of parallel competences established under Regulation (EC) 1/2003, for the enforcement of EU competition law.

At this stage, we may safely anticipate that the transition from 2010 to 2011 will be eventful in terms of competition law and policy, both as regards the EU and the national levels. Important developments will arise with the completion till the end of 2011 of the comprehensive reform of the EU framework of horizontal cooperation between undertakings (following the recent reform of the rules and guidelines applied to vertical cooperation). Still at the European level – although with potential repercussions at Member State level – continuous attention should be paid to hypothetical future adjustments to be introduced in the administrative procedures of enforcement of EU competition rules (aimed towards the reinforcement of due process in competition enforcement advocated over

mado “*due process*” tão insistentemente reclamado e em relação ao qual o recente discurso do Comissário da Concorrência Almunia, em Florença, parece abrir algumas portas). Em Portugal, a reforma prevista do direito interno da concorrência – que foi, desde o início, contemplada após um período inicial de aplicação da Lei n.º 18/2003 – e a criação prevista de um novo Tribunal especializado para as questões de concorrência e regulação económica justificarão uma discussão global e objectiva envolvendo os principais intervenientes nestas áreas. Em particular, este segundo desenvolvimento pode corresponder a uma ideia positiva que envolve riscos muito importantes se a sua concretização não se revestir dos necessários cuidados ou prevenções.

A Revista de Concorrência e Regulação assume desde já perante os seus leitores o propósito de cobrir esses desenvolvimentos relevantes, europeus e nacionais, nos seus próximos Números.

the years by numerous stakeholders and to which the recent speech of Competition Commissioner Almunia, in Florence, seems to pave the way). In Portugal the prospective reform of national competition law – that was envisaged from the start after an initial period of application of Law No. 18/2003 – and the prospective establishment of a new specialised Court for competition and economic regulation matters will justify a thorough and objective discussion involving the main stakeholders in these areas. In particular, this second development may represent a good idea that involves serious risks if poorly implemented.

C&R will make a point of covering these EU and national developments in its next issues.