

## EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

*Maria João Melícias*

*Miguel Sousa Ferro*

O número 36 da Revista de Concorrência & Regulação reúne alguns contributos decorrentes de apresentações na V Conferência de Lisboa sobre Direito e Economia da Concorrência, realizada a 18 e 19 de outubro de 2018, ou no contexto dos Seminários Abertos mensalmente organizados pela AdC, além de peças doutrinárias realizadas independentemente.

Alguns dos artigos ora incluídos já foram disponibilizados *online* em *advance access*, numa opção que se pretende manter no futuro, para se garantir que os leitores da Revista tenham acesso à doutrina o mais depressa possível. Sugere-se, por isso, aos leitores que se mantenham atentos à divulgação antecipada de artigos na página da Revista. Esta página será em breve reformatada num novo

*Issue 36 of the Revista de Concorrência & Regulação brings together contributions deriving from presentations delivered at the V Lisbon Conference on Competition Law and Economics, which took place on 18-19 October 2018, as well as in the context of the Open Seminars monthly organized by the AdC, besides doctrinal works produced independently.*

*Some of the papers which are included in this issue have already been made available online, in advance access, in an option that will be kept in the future, to ensure that readers of this Journal have access to doctrine as quickly as possible. We therefore suggest that readers keep an eye out for the advance publication of papers on the Journal's webpage. This*

micro-website, que facilitará o acesso e a pesquisa do arquivo da C&R.

Na sequência do Seminário Aberto em que foi oradora convidada, realizado na AdC em julho de 2018, Maria José Costeira debruça-se sobre um tema que tem estado no centro de muitos debates recentes a nível europeu. Fornece-nos um apanhado das características do controlo judicial de decisões proferidas pela Comissão Europeia e pela Autoridade da Concorrência em processos sancionatórios. Realça que a garantia de um controlo jurisdicional efetivo é um problema de respeito por direitos fundamentais. Faz importantes distinções entre o tipo de apreciações que os tribunais da União são chamados a fazer, destrinçando aquelas em que se suscita a questão do respeito pela margem de discricionariedade da Comissão. Parece sugerir que se verifica, por vezes, uma tendência para sobrevalorizar a esfera de questões cujo controlo está limitado ao erro manifesto de apreciação. Esta importante mensagem está a encontrar terreno fértil recentemente, com alguns acórdãos do TGUE e TJUE que inverteram apreciações da Comissão que se poderia pressupor serem complexas e deverem estar a salvo de revisão judicial. Isto dito, a perspetiva da autora poderá não ser consensual, nomeadamente quando sugere que o controlo judicial da União deve identificar as apreciações

*webpage will soon be reformatted into a new micro-website, which will make access to and search of C&R's archive easier.*

*Maria José Costeira looks at a topic which has been at the center of many recent debates at European Union level, further to the Open Seminar where she was guest speaker and which took place at the AdC in July 2018. She provides us with a summary of the characteristics of judicial review of decisions adopted by the European Commission and by the Portuguese Competition Authority which impose sanctions on undertakings. She stresses that the assurance of effective judicial review is a fundamental rights issue. Important distinctions are made concerning the type of assessments which EU courts are called to make, singling out those in which the issue of respect for the discretionary margin of the Commission arises. The author seems to suggest that there is, sometimes, a tendency to overestimate the sphere of issues whose control is limited to manifest error of assessment. This important message is finding fertile ground recently, with several judgments of the GCEU and CJEU which reversed assessments by the European Commission which some might have assumed to be complex and protected from judicial review. That being said, the author's perspective may not be wholly consensual, namely when it is suggested that*

económicas complexas apenas de acordo com a natureza dessas apreciações, e não consoante a sua técnica ou dificuldade.

Maria Elisabete Ramos analisa o regime da Diretiva (UE) 2016/97, sobre a distribuição de seguros, especificamente no que respeita ao grau de proteção dos clientes e as questões da informação, conflitos de interesses e arbitragem regulatória. A autora é crítica da abordagem da Diretiva no que respeita a evitar a arbitragem regulatória (tendo em conta os produtos de investimento com base em seguros), especialmente a propósito da divergência de regras entre os dois regimes quanto à aceitação de “inducements”.

Marta Campos regressa à temática do direito de pessoas coletivas à não autoincriminação em processos contraordenacionais por práticas restritivas da concorrência, fornecendo um apanhado atualizado da doutrina e jurisprudência nacional e da União (e não só) sobre o tema. Este artigo fornece-nos um detalhado e precioso resumo da perspetiva da juíza *senior* do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (TCRS) sobre esta temática, incluindo os motivos que justificam, neste tipo de processos, algumas diferenças relativamente à configuração do direito à não autoincriminação de pessoas singulares em processos criminais (distinguindo fundamentos

*EU judicial review should identify complex economic issues merely on the basis of their nature, and not depending on their degree of technicality or difficulty.*

*Maria Elisabete Ramos analyzes the regime of Directive (EU) 2016/97, on insurance distribution, specifically in what concerns the degree of protection of clients and the issues of information, conflict of interests and regulatory arbitrage. The author is critical of the Directive's approach in what concerns the avoidance of regulatory arbitrage (considering investments products based on insurance), especially in relation to the differences in the rules of the two regimes as to the acceptance of inducements.*

*Marta Campos takes a fresh look at the topic of the privilege of legal persons against self-incrimination in cases relating to misconduct for anti-competitive practices, providing us with an updated overview of doctrine and case-law of Portugal and the EU (and beyond) on this issue. This paper provides us with a detailed and precious summary of the perspective of the senior judge of the Competition, Regulation and Supervision Court (TCRS) on this matter, including the reasons which justify, in this type of cases, some differences relating to the configuration of the privilege against self-incrimination of natural persons in criminal procedures (distinguishing*

substantivos e processuais). Numa refrescante abordagem teleológica, que vê o *nemo tenetur*, neste contexto, como uma expressão da dimensão tática do direito de defesa, a autora sublinha que, no âmbito do processo criminal contra pessoas singulares, deve circunscrever-se a esfera de proteção aos documentos que incluem, ou cuja entrega implica, uma expressão da vontade da pessoa (para além do mero conteúdo do documento). É deixada em aberto o modo como esta mesma questão deve ser tratada nos processos contraordenacionais contra pessoas coletivas que podem surgir perante o TCRS. A autora identifica ainda uma pequena divergência quanto à jurisprudência da UE, que parece depender da precisa interpretação desta, e que se debruça sobre casos limítrofes e seguramente raros. Em todo o caso, a existirem, tais casos poderão suscitar complicadas questões relativas ao limite do primado do direito da UE, no controlo judicial de decisões da AdC que aplicam o artigo 101.º ou 102.º do TFUE.

Ricardo Horta olha para o controlo de concentrações no setor dos media, discutindo a história e o futuro da articulação de poderes entre a AdC e a Entidade Reguladora da Comunicação Social, e fornecendo um apanhado dos vários cenários possíveis na interação entre os dois reguladores.

*substantive and procedural requirements). In a refreshing teleological approach, which regards the nemo tenetur principle, in this context, as an express of the tactical dimension of the right of defense, the author underlines that, in criminal procedures against natural persons, the sphere of protection should be circumscribed to the documents which include, or whose production implies, an expression of the will of the person (beyond the mere content of the document). The paper leaves unresolved the issue of how this same issue should be decided in misdemeanor proceedings against legal persons which may come before the TCRS. The author identifies a small divergence relating to EU case-law, which seems to depend on its precise interpretation, and which relate to borderline cases which are certain to prove rare. That being said, if such divergences do exist, they may raise complicated questions relating to the limit of the primacy of EU law, in the judicial review of decisions adopted by the Portuguese Competition Authority applying articles 101 or 102 TFEU.*

*Ricardo Horta looks at merger control in the media sector, discussing the history and future of the articulation of powers between the AdC and the Portuguese Regulatory Authority for the Media, and providing a summary of the possible scenarios in the interaction between the two regulators.*

Inês Azevedo descreve o enquadramento legal, origem e evolução da utilização das decisões de compromissos no direito da concorrência da União, bem como o seu controlo judicial. A autora partilha da opinião que parece predominante na doutrina, segundo a qual este tipo de decisões tende a ser utilizada pela Comissão Europeia como um mecanismo de *soft power* de regulação económica, permitindo à instituição europeia alcançar resultados que não lhe seriam possíveis ou fáceis ao abrigo dos seus poderes sancionatórios. A posição da autora parece pressupor a possibilidade de um abuso deste mecanismo, cuja eventual existência e consequência legal é difícil de reconciliar com a natureza voluntária da sua apresentação pelas empresas. Especialmente problemática (e sem solução aparente) é a tendência que tanto as empresas como as autoridades de concorrência têm, ocasionalmente, revelado para favorecer a adoção de decisões de compromissos, em prejuízo de decisões condenatórias. A autora identifica, mas deixa em aberto, a discussão das consequências precisas do recente e surpreendente acórdão do TJUE, no caso Gasorba (C-547/16), sobre o valor das decisões de compromissos nos processos de *private enforcement* da concorrência.

Na secção de artigos breves, José Luís da Cruz Vilaça, tendo recentemente concluído o seu distinto

*Inês Azevedo describes the legal framework, the origin and the evolution of the use of commitment decisions in EU competition law, as well as their judicial review. The author shares the opinion which seems to be found in the majority of doctrine, according to which this type of decision tends to be used by the European Commission as a soft power mechanism of economic regulation, allowing the European institution to achieve results which would not be possible or easy to achieve under its powers to impose sanctions. The author's position seems to presuppose the possibility of abuse of this mechanism, whose existence and legal consequence is difficult to reconcile with the voluntary nature of the submission of commitments by undertakings. Especially troublesome (and with no apparent solution) is the tendency that both undertakings and competition authorities have, on occasion, shown to favour the adoption of commitment decisions, instead of decisions adopted under the power to impose sanctions. The author identifies, but leaves open, the discussion on precise consequences of the recent and surprising judgment of the CJEU in the Gasorba case (C-547/16), on the value of commitment decisions in competition law private enforcement proceedings.*

*In the brief articles section, José Luís da Cruz Vilaça, having concluded his distinguished career as first President of*

percurso enquanto primeiro Presidente do Tribunal de Primeira Instância e Advogado-Geral e Juiz do Tribunal de Justiça da União Europeia, reflete sobre os novos desafios com que os juizes nacionais e da União se veem confrontados ao serem chamados a aplicar do direito da concorrência às atividades económicas na era digital. Este texto fornece um apanhado geral dos principais casos dos anos recentes, acabando por focar também a problemática da extensão do controlo judicial.

Na sequência do Seminário Aberto em que foi orador convidado, realizado na AdC em maio de 2018, Richard Whish apresenta um resumo da principal jurisprudência relativa a práticas concertadas “hub and spoke”, um tema que promete continuar a estar no centro de muito debate, em toda a UE e em Portugal, especificamente.

María Ortiz fornece-nos uma perspetiva dos desenvolvimentos mais recentes, da CNMC, relativos à defesa e promoção da concorrência no setor financeiro. Isto inclui a experiência da ANC com controlo de concentrações no contexto de uma concentração crescente do mercado, incluindo a aprovação sujeita a condições de uma concentração na área dos sistemas de cartões de pagamento. No que toca a práticas restritivas da concorrência, destaca-se uma multa de 91 M€ imposta a 4 bancos espanhóis por um cartel que afetou as taxas de juros de

*the Court of First Instance, and Advocate-General and Judge of the Court of Justice of the European Union, reflects on the new challenges which EU and national judges are confronted when they are called to apply competition law to economic activities in the digital era. This paper provides us with a general overview of the leading cases of recent years, and it ends up exploring also the complicated issue of the extent of judicial review.*

*Richard Whish, further to the Open Seminar where he was guest speaker and which took place at the AdC in May 2018, provides a summary of leading case-law on hub and spoke concerted practices, a topic which promises to continue to be at the center of much debate, both throughout the EU and in Portugal specifically.*

*María Ortiz provides us with an overview of the most recent developments, by the Spanish CNMC, relating to competition enforcement and advocacy in the financial sector. This includes the NCA's experience with merger control in the context of a reality of increasing market concentration, including the approval, subject to conditions, of a merger in the area of card payment systems. In what concerns practices falling under antitrust law, the highlight goes to a fine of 91 M€ imposed on 4 Spanish banks, for a cartel which affected syndicated loan interest rates (and which is still under*

empréstimos sindicados (ainda sob recurso). No plano da “advocacy”, tomou-se um importante passo com a adoção de um relatório sobre Fintech, incluindo recomendações específicas.

No seguimento do Seminário Aberto em que interveio sobre o tema, realizado na AdC em Dezembro de 2018, Ana Patrícia Carvalho traz-nos o benefício da sua extensa experiência como advogada *in-house* num conjunto de reflexões sobre os desafios que as empresas enfrentam ao desenvolverem políticas de *compliance* com o direito da concorrência, mas também sobre a importância e o valor destas políticas.

*judicial review*). *In the field of advocacy, an important step has been taken with the adoption of a report of Fintech, including specific recommendations.*

*Following the Open Seminar where she participated as guest speaker and which took place at the AdC in December 2018, Ana Patrícia Carvalho brings us the benefit of her extensive experience as in-house lawyer, in an ensemble of considerations about the challenges which undertakings face when developing policies to ensure compliance with competition law, but also on the importance and value of these policies.*