

REVISTA
DE CONCORRÊNCIA
E REGULAÇÃO

ANO I • NÚMERO 3
JULHO – SETEMBRO 2010

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

direcção

JOÃO ESPÍRITO SANTO NORONHA • LUÍS SILVA MORAIS

presidência do conselho científico

EDUARDO PAZ FERREIRA • MANUEL SEBASTIÃO

presidência do conselho de redacção

PAULO DE SOUSA MENDES



INSTITUTO
DE DIREITO
ECONÓMICO
FINANCEIRO
E FISCAL FDL

NA
ALMEDINA


AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

Ano I • Número 3
Julho – Setembro 2010

PROPRIETÁRIOS
AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA
Av. de Berna, 19
1050-037 Lisboa
NIF: 506557057

IDEFF
FACULDADE DE DIREITO
Alameda da Universidade
1649-014 LISBOA
NIF: 506764877

EDITOR
EDIÇÕES ALMEDINA, SA
Avenida Fernão Magalhães, 584, 5.º andar
3000-174 Coimbra, Portugal
T: 239 851 904
F: 239 851 901
editora@almedina.net
www.almedina.net

EXECUÇÃO GRÁFICA
G.C. GRÁFICA DE COIMBRA, LDA.
Palheira – Assafarge
3001-453 Coimbra, Portugal
producao@graficadecoimbra.pt

Preço avulso desta Revista € 25,00
Assinatura anual da Revista (4 números) € 90 (desconto de 10%)

OUTUBRO 2010

DEPÓSITO LEGAL
304538/10

TIRAGEM
500 EXEMPLARES

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

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro
qualquer processo, sem prévia autorização escrita do editor,
é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infractor.

ÍNDICE

7 EDITORIAL

15 DISCUSSÃO PÚBLICA

17 Linhas Gerais para um Novo Regime Jurídico da Concorrência

27 *Call for Papers*

29 DOUTRINA

31 Doutrina Geral

33 João Confraria – *Falhas do Estado e regulação independente*

53 Ana Perestrelo de Oliveira/Miguel Sousa Ferro – *The sins of the son: parent company liability for Competition Law infringements*

93 Cristina Camacho – *O sistema de competências paralelas e o princípio “non bis in idem”*

137 Dossier Temático

Auxílios de Estado

139 Piet Jan Slot – *The Credit Crisis and the Community Efforts to Deal With It*

173 Manuel Porto/João Nogueira de Almeida – *Controlo negativo, controlo positivo ou ambos?*

209 António Carlos dos Santos – *Crise financeira e auxílios de Estado – Risco sistémico ou risco moral?*

235 Ana Rita Gomes de Andrade – *As energias renováveis – Uma luz verde aos auxílios de Estado?*

251 LEGISLAÇÃO

253 Notícia de legislação

Tribunais especializados, concentração de competências e o futuro Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão – Helena Gaspar Martinho

269 Legislação nacional

269 Legislação nacional de regulação – Maio a Agosto de 2010

275 PRÁTICA DECISÓRIA

277 Comentário de Decisão da Comissão Europeia

Decisão da Comissão Europeia relativa à garantia estatal concedida pelo Estado Português ao Banco Privado Português – Marco Capitão Ferreira

297 JURISPRUDÊNCIA

299 Comentário de Jurisprudência da União Europeia

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?) – Nuno Cunha Rodrigues

319 Jurisprudência Geral

319 Jurisprudência nacional de concorrência – Maio a Agosto de 2010

321 Jurisprudência nacional de regulação (CMVM) – Abril a Agosto de 2010

325 Jurisprudência de concorrência da União Europeia – Maio a Agosto de 2010

329 BIBLIOGRAFIA

331 Recensão

Michael J. Sandel, *The Idea of Justice* – Miguel Nogueira de Brito

341 **Novidades bibliográficas** – Maio a Agosto de 2010

343 ACTUALIDADES

355 NOTAS CURRICULARES

363 **Colaboração com a *Revista de Concorrência e Regulação***

365 Órgãos Sociais

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 impressionante 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.

DISCUSSÃO PÚBLICA

Linhas Gerais para um Novo Regime Jurídico da Concorrência

Call for Papers

LINHAS GERAIS PARA UM NOVO REGIME JURÍDICO DA CONCORRÊNCIA

Discurso do Presidente da Autoridade da Concorrência na 1.ª Conferência Luso-Espanhola de Direito da Concorrência – 2 de Julho de 2010

Senhor Presidente da Comissão Nacional de Concorrência de Espanha, D. Luis Berenguer

Senhora Juíza-Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça, Maria dos Prazeres Beleza

Senhor Director para a Política e Estratégia da Direcção Geral de Concorrência da Comissão Europeia, Carles Esteva-Mosso

Senhor Presidente do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência, Mário Marques Mendes

Senhor Presidente da Associação Espanhola para a Defesa da Concorrência, Luís Ortiz Blanco

Senhor Presidente do Conselho Consultivo do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência, José Luís Cruz Vilaça

Minhas Senhoras e Meus Senhores

Permitam-me, em primeiro lugar, que como Presidente da Autoridade da Concorrência de Portugal expresse o testemunho público de muito apreço, quer pela iniciativa desta 1.ª Conferência Luso-Espanhola de Direito da Concorrência, cujo sucesso dispensa elogios face aos oradores e temas tra-

tados, quer pela iniciativa da recente criação do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência, a quem se fica desde já a dever a organização desta conferência em parceria com a sua congénere ibérica, a Associação Espanhola de Defesa da Concorrência.

Por isso, gostaria desde já de saudar as duas associações ibéricas de concorrência e, em particular, os seus Presidentes, Mário Marques Mendes e Luís Ortiz Blanco, por esta iniciativa e pelo convite que me formularam para me dirigir a uma audiência tão conhecedora da matéria como os participantes desta conferência.

E antes de me debruçar sobre os dois temas que gostaria de abordar hoje, permitam-me ainda que expresse uma palavra de muita satisfação por poder partilhar esta sessão de encerramento com duas pessoas a quem me ligam laços de respeito intelectual e de consideração profissional, cuja razão de ser o passar dos anos não tem senão confirmado. Refiro-me naturalmente ao meu colega Presidente da Comissão Nacional de Concorrência de Espanha, D. Luis Berenguer, e ao Presidente do Conselho Consultivo do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência, José Luís da Cruz Vilaça. Saúdo ambos com todo o meu apreço.

A realização desta conferência e a criação do Círculo de Advogados servem bem a promoção de uma cultura de concorrência em Portugal. Juntamente com iniciativas no mesmo sentido da Autoridade da Concorrência – de que destaco, logo no início deste ano, a III Conferência de Lisboa sobre Direito e Economia da Concorrência e o início da publicação da Revista de Concorrência e Regulação, com periodicidade trimestral, em parceria com o Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal (IDEFF) da Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa – não há dúvida de que o tema da concorrência ganha cada vez mais foros de cidadania na sociedade portuguesa.

A circunstância desta conferência reunir profissionais de concorrência dos dois países ibéricos proporciona a audiência ideal para abordar dois temas de que falarei a seguir.

- O primeiro tem a ver com a questão central que nos motiva a todos: como é que, no âmbito das nossas competências e responsabilidades, podemos contribuir para promover e defender a concorrência nas nossas economias?
- E o segundo tem a ver com a apresentação de um conjunto de ideias que resultaram da reflexão interna que a Autoridade da Concorrência promoveu sobre um eventual Novo Regime da Concorrência em Portugal.

Ambos os temas permitem abordar preocupações comuns: Como introduzir maior previsibilidade e certeza jurídica nos assuntos de concorrência? Como agilizar procedimentos e diminuir a litigância? Como compatibilizar maior celeridade e eficácia processual sem prejudicar o respeito pelas garantias de defesa das empresas envolvidas? Como contribuir para a formação de uma jurisprudência consentânea com os valores do Direito Europeu e Nacional?

I. COMO CONTRIBUIR PARA PROMOVER E DEFENDER A CONCORRÊNCIA?

Cada um de nós tem competências e responsabilidades próprias muito diversas em matéria de concorrência.

A Comissão Nacional de Concorrência de Espanha ou a Autoridade da Concorrência de Portugal são instituições encarregadas de promover e defender a concorrência, através de um conjunto de poderes de sancionamento, supervisão e regulamentação.

Os advogados de direito da concorrência são as pessoas que mais directamente junto das empresas podem interpretar as regras de concorrência, aconselhar no cumprimento dessas regras e na gestão do risco do seu incumprimento, defender os arguidos em processos de infracção da concorrência, e promover a disseminação de uma cultura de concorrência ao nível das empresas suas clientes e da sociedade em geral.

Na verdade, partilhamos dois vértices daquilo que definiria como o triângulo nacional de entidades com intervenção no cumprimento das regras de concorrência. O terceiro vértice é naturalmente ocupado pelo poder judicial, ou seja, pelos tribunais que julgam os recursos em matéria de concorrência. Mas o simples facto de partilharmos dois dos três vértices deste triângulo traz-nos responsabilidades e facultá-nos incentivos, não apenas para que cada um faça bem o seu trabalho, no âmbito das suas competências próprias, mas igualmente para que desenvolva a melhor cooperação possível com as entidades que ocupam os outros vértices deste triângulo. Desta forma, podemos estar certos de que evuiremos no sentido de uma maior previsibilidade e certeza jurídica para as partes num processo, que é seguramente um objectivo partilhado por todos.

Para além desta cooperação a nível nacional, a Autoridade da Concorrência desenvolve ainda uma estreita cooperação a nível internacional, em particular no quadro da União Europeia. De facto, a Autoridade da Concorrência não é apenas uma instituição portuguesa, é igualmente uma instituição membro do que poderemos definir como o Sistema Europeu de Concorrência. Entre

a cooperação internacional que desenvolve, julgo interessante referir aqui que as autoridades de concorrência de Portugal e Espanha realizam todos os anos um encontro ibérico, alternadamente em cada país, que este ano terá a sua 5.^a edição, desta vez em Portugal.

Por isso, é com muito agrado que constato que o Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência tem igualmente a preocupação de cooperar com entidades congéneres estrangeiras, e nomeadamente de Espanha, de que esta conferência é um bom exemplo.

Ciente das suas responsabilidades, a Autoridade da Concorrência procura ter uma actuação cada vez mais transparente no seu relacionamento com a sociedade em que se insere e, em particular, com as empresas e seus representantes legais. Neste contexto, a cooperação com os advogados de concorrência faz todo o sentido.

Por exemplo, foram desenvolvidos recentemente, em sede de controlo de operações de concentração, diversos projectos com o intuito de facilitar esse relacionamento. É-me grato salientar que contaram com diversas contribuições muito úteis de advogados de concorrência. Refiro-me ao novo Formulário de Notificação, à Base de Dados de Operações de Concentração e ao Sistema de Notificação Electrónica de Operações de Concentração (SNEOC).

Também o lançamento da Revista de Concorrência e Regulação vai no mesmo sentido. Trata-se de um projecto singular e inovador, na medida em que assenta numa parceria entre uma autoridade de concorrência e uma instituição do meio académico. Tem todo o potencial para desenvolver massa crítica indispensável ao aprofundamento científico do Direito da Concorrência e para ser uma plataforma de diálogo e confronto livre de pontos de vista, com a garantia de qualidade científica dos materiais publicados, que servirá igualmente bem todos quantos se interessam pela concorrência, nomeadamente as autoridades de concorrência e os advogados de concorrência.

Outras iniciativas a Autoridade da Concorrência tem tomado e continuará a tomar, quer em termos de sua organização interna, quer na sua actuação, no sentido de melhor servir a concorrência em todas as suas vertentes, incluindo a relação com as empresas e os seus representantes legais.

De facto, na sua actuação, a Autoridade da Concorrência tem procurado caminhar decisivamente no sentido de compatibilizar os desígnios de celeridade e eficácia processuais com o respeito pelas garantias de defesa das empresas envolvidas e de transpor para uma lógica nacional as melhores práticas comunitárias e das autoridades congéneres.

Da mesma forma, a Autoridade da Concorrência tem procurado desenvolver uma abordagem económica – tecnicamente rigorosa e actualizada – das questões de concorrência que tem de esclarecer, seja na apreciação de operações de concentração, seja nos casos de práticas restritivas de concorrência, seja nas análises de mercado de sectores sensíveis sobre os quais tem de se pronunciar.

Por razões de tempo, passaria agora ao segundo tema da minha intervenção, sobre a reflexão interna que a Autoridade da Concorrência promoveu relativamente a um eventual novo Regime Jurídico da Concorrência.

II. IDEIAS SOBRE UM EVENTUAL NOVO REGIME DA CONCORRÊNCIA

Vários anos volvidos sobre o início de vigência da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, que aprovou o actual *Regime Jurídico da Concorrência*, e sem deixar de reconhecer que tem cumprido o seu objectivo fundamental de defesa e promoção da concorrência, a verdade é que

- a experiência da Autoridade da Concorrência no exercício dos seus poderes de sancionamento, supervisão e regulamentação e na defesa das suas decisões em tribunal;
- a jurisprudência nacional e europeia que entretanto foi ocorrendo; e
- a evolução das melhores práticas em matéria de defesa e promoção da concorrência;

sugerem ser oportuno proceder a uma reavaliação global daquele regime.

Por isso, o actual Conselho da Autoridade da Concorrência promoveu uma reflexão interna cujos traços principais gostaria de apresentar de seguida. Naturalmente, a reflexão interna da Autoridade da Concorrência não constitui mais do que uma primeira contribuição para o que possa vir a ser um Novo Regime Jurídico da Concorrência.

Embora a nossa reflexão interna tenha sido exaustiva, por razões de tempo abordarei apenas cinco tópicos, de forma a poder salientar alguns aspectos mais inovadores em matéria de: (1) a estrutura formal de um eventual novo diploma, (2) poderes sancionatórios, (3) poderes de supervisão, (4) infracções e sanções, e (5) recursos judiciais.

A estrutura formal do novo diploma legal

Um Novo Regime Jurídico da Concorrência deveria contemplar uma importante mudança na organização de todo o diploma, por comparação com o actualmente vigente, que permitisse responder bem a quatro preocupações:

- 1) Separação clara dos diversos domínios de intervenção da Autoridade da Concorrência (i) em capítulos diferentes, de acordo com os poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação que lhe estão atribuídos, e (ii) dentro de cada capítulo, com todas as todas as normas aplicáveis de natureza substantiva e procedimental.
- 2) Reformulação substantiva dos capítulos dedicados a (i) infracções e sanções e (ii) recursos judiciais.
- 3) Maior harmonização relativamente à União Europeia, nomeadamente em matéria de práticas proibidas da concorrência e de controlo de operações de concentração.
- 4) E reprodução adaptada de algumas normas de aplicação subsidiária, de modo a tornar o Novo Regime Jurídico da Concorrência mais autónomo, mais claro e mais inteligível.

Poderes sancionatórios

No que se refere aos poderes sancionatórios em matéria de práticas restritivas da concorrência, salientaria cinco possíveis alterações:

- 1) Uma alteração substantiva com o objectivo de clarificar e harmonizar o conceito de abuso de posição dominante com o regime constante do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).
- 2) Alterações de natureza processual que (i) clarifiquem a forma de exercício de poderes pela Autoridade da Concorrência, (ii) definam os direitos e deveres do arguido num processo por práticas restritivas da concorrência, actualmente resolvidas através da aplicação de legislação subsidiária, neste caso o Código de Processo Penal, e (iii) sejam úteis para uma maior agilização no tratamento dos processos, uma maior celeridade e eficácia na actuação da Autoridade da Concorrência e uma diminuição da litigância.
- 3) Inclusão da possibilidade de arquivar o processo de contra-ordenação com condições, isto é, mediante a aceitação de compromissos propostos pelo arguido susceptíveis de eliminar os efeitos sobre a concorrência decorrentes das práticas sob investigação, o que permitiria substituir a aplicação de uma coima, a que normalmente se segue um longo período de litígio judicial, pela sua resolução imediata.
- 4) Inclusão da possibilidade de concluir a instrução de um processo de contra-ordenação, que resulte na declaração de uma prática restritiva

da concorrência, com medidas de carácter estrutural, embora limitadas a situações em que outras medidas de natureza comportamental se revelem ineficazes para resolver o problema jusconcorrencial em causa.

- 5) Opção por um regime completo aplicável aos processos relativos a práticas restritivas da concorrência – quer em termos de acesso ao processo por parte de terceiros com interesse legítimo no mesmo, quer em termos de regulação do acesso ao processo pelo arguido – considerando as dificuldades e incertezas que em matéria de acesso ao processo tem suscitado a aplicação subsidiária do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Acesso aos Documentos Administrativos.

Poderes de supervisão

No que se refere aos poderes de supervisão, que abrangem não apenas o controlo de operações de concentração de empresas, mas igualmente inquéritos, estudos, inspecções e auditorias, bem como avaliações prévias de práticas proibidas, gostaria de abordar alterações possíveis no que diz respeito aos critérios de notificação e ao teste de avaliação de operações de concentração.

Em matéria de critérios de notificação, (i) a análise estatística das operações de concentração que foram objecto de prática decisória da Autoridade da Concorrência, (ii) a preocupação em focar melhor os recursos disponíveis na avaliação das operações de concentração que possam suscitar preocupações jusconcorrenciais e (iii) a evolução verificada na generalidade dos países da União Europeia, sugerem duas alterações.

- 1) Eliminar o critério da quota de mercado enquanto critério de obrigatoriedade de notificação prévia de uma operação de concentração.
- 2) Aumentar o valor do volume de negócios individual realizado pela empresa adquirida como requisito para que se considere a operação notificável. Actualmente é de dois milhões de euros.

Em matéria de teste para apreciação de uma operação de concentração, o teste da “*dominância*” deveria ser substituído pelo teste de “*entrave significativo à concorrência efectiva*”.

Esta alteração permitiria a harmonização com o teste hoje usado nas notificações apresentadas à Comissão Europeia e na generalidade dos países da União Europeia, e permitiria igualmente responder mais eficazmente nos casos em que uma operação de concentração não gera uma posição dominante, mas origina efeitos nocivos para a concorrência.

Admite-se, por último, que o estabelecimento de compromissos como condição de não oposição a uma operação de concentração seja objecto de um regime jurídico próprio, destinado a clarificar os direitos e deveres da notificante e os aspectos procedimentais conexos à apresentação dos compromissos e sua avaliação pela Autoridade da Concorrência.

Infracções e sanções

No capítulo de infracções e sanções, as alterações deveriam estabelecer um regime mais transparente e mais objectivo de determinação da medida da coima, designadamente através de uma melhor tipificação dos comportamentos que constituem contra-ordenação e dos critérios para a determinação da medida concreta das coimas.

No que respeita à tipificação das contra-ordenações, haveria que superar as lacunas da actual legislação e proceder à adequação ao novo diploma.

Por exemplo, a actual Lei da Concorrência não define como contra-ordenação a infracção aos artigos 101.º e 102.º do TFUE. Dado que o Regulamento CE n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, directamente aplicável na ordem interna dos Estados-Membros, atribui às autoridades nacionais da concorrência competência para aplicarem, em processos individuais, os artigos 101.º e 102.º do TFUE, remetendo para as legislações nacionais a punição dessas infracções, haverá que incluir, no elenco das contra-ordenações, a violação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE.

No que respeita à determinação da medida da coima, haveria que precisar os critérios que a Autoridade da Concorrência pode ter em consideração no momento da sua determinação e inovar em matéria de coimas quando o arguido renuncia ao exercício do direito de recurso depois de conhecer a nota de ilicitude.

Os critérios a tomar em consideração para efeitos da graduação do montante concreto das coimas seriam essencialmente a gravidade e duração da infracção, a situação económica do arguido e a existência de antecedentes contra-ordenacionais por infracção às regras da concorrência. Os dois últimos ilustram aspectos em que um eventual Novo Regime da Concorrência dispensaria a necessidade de aplicação subsidiária de outros regimes legais.

Uma maneira de inovar em matéria de coimas quando o arguido reconheça expressamente as imputações que lhe são feitas na nota de ilicitude, o que significa que renuncia a recorrer da decisão da Autoridade da Concorrência, poderia ser através da possibilidade de redução do limite máximo da

coima. Corresponderia a introduzir um incentivo adicional para diminuir o nível de litigância no sistema.

Recursos judiciais

Finalmente, em matéria de recursos, gostaria de salientar dois tipos de alterações que deveriam ser contempladas, ambas destinadas a introduzir elementos adicionais de ponderação nas decisões de recurso e desta forma também contribuir para limitar o nível de litigância no sistema ao essencial. As alterações seriam as seguintes:

- 1) O tribunal, em sede de apreciação de recursos interpostos de decisões proferidas pela Autoridade da Concorrência, deveria poder agravar a coima por esta aplicada (*reformatio in pejus*), e não apenas mantê-la ou baixá-la, como no actual regime.
- 2) Deveria ainda ser previsto o pagamento de juros à taxa legal por parte dos arguidos nos casos em que, tendo recorrido de uma decisão da Autoridade da Concorrência, esta decisão venha a ser total ou parcialmente confirmada pelo tribunal.

III. CONCLUSÕES

Em conclusão, uma conferência como esta constitui uma boa oportunidade para prosseguir dois objectivos: debater temas actuais de concorrência, muitas vezes ainda não suficientemente sedimentados; e promover uma cultura de concorrência. Ambos os objectivos são tanto mais importantes quanto é certo que a concorrência é uma componente essencial de qualquer economia de mercado, em particular em economias abertas e integradas numa união económica e monetária como a portuguesa ou a espanhola, e em períodos de dificuldades financeiras e económicas globais como o actual.

Esta conferência é também um bom exemplo das oportunidades que emergem da globalização, a qual contribui para uma rápida e abrangente transmissão de experiências e conhecimentos e, em contrapartida, obriga a um maior esforço de cooperação e articulação entre as autoridades competentes na aplicação do Direito da Concorrência e entre advogados e outros profissionais de concorrência.

A Autoridade da Concorrência está naturalmente interessada em conhecer as conclusões que serão retiradas desta conferência, em particular as que possam acrescentar valor à reflexão sobre um eventual Novo Regime da Concorrência em Portugal.

Em última análise, as autoridades de concorrência e os advogados de concorrência partilham o objectivo comum de contribuir para criar maior previsibilidade e certeza jurídica em todos os assuntos que digam respeito às regras de concorrência e desta forma contribuir para gerar no sistema apenas o nível de litigância que no essencial resulte de razões substantivas. O que está em causa é o interesse público de promover e defender os valores do Direito da Concorrência Europeu e Nacional. Prosseguir este objectivo e assegurar este interesse público é servir a concorrência.

Muito obrigado.

CALL FOR PAPERS

O Presidente do Conselho da Autoridade da Concorrência, Professor Doutor Manuel Sebastião, apresentou, no âmbito da 1.^a Conferência Luso-Espanhola de Direito da Concorrência, que teve lugar em Lisboa nos dias 1 e 2 de Julho de 2010 (conforme noticiado na secção “Actualidades” deste número), algumas ideias para o que poderá vir a ser um Novo Regime da Concorrência, as quais resultaram de um trabalho de reflexão levado a cabo pela Autoridade da Concorrência.

Também sobre esse assunto, o Mestre João Espírito Santo Noronha, Director da *Revista de Concorrência e Regulação* (C&R) e Vogal do Conselho da Autoridade da Concorrência, escreveu um artigo, publicado no N.º 1, intitulado “*Algumas reflexões na perspectiva de uma reforma da Lei da Concorrência*”.

Considerando que a C&R se assume como “*um projecto aberto à colaboração activa de todas as entidades de alguma forma envolvidas – a título individual ou institucional – na elaboração científica e na análise de problemas de direito da concorrência e de regulação sectorial da economia*” (Editorial do N.º 1), é natural e desejável que se constitua como um espaço privilegiado para protagonizar o debate em torno de um futuro Novo Regime da Concorrência, cujas sementes o Presidente do Conselho da Autoridade da Concorrência lançou na mencionada apresentação.

É com esse objectivo em mente que, por um lado, se publica na íntegra o discurso do Presidente do Conselho da Autoridade da Concorrência e, por outro, se convida todos os interessados a enviar à C&R, durante os próximos 6 meses, artigos, comentários e sugestões sobre esta matéria, que possam, de algum modo, contribuir para uma discussão que se considera de fundamental importância para o futuro do Direito da Concorrência em Portugal.

A publicação dos materiais enviados à C&R dependerá dos critérios gerais fixados para a colaboração dos Leitores.

C&R

DOCTRINA

Doutrina Geral

Dossier Temático

Auxílios de Estado

DOCTRINA GERAL

FALHAS DO ESTADO E REGULAÇÃO INDEPENDENTE

*João Confraria**

ABSTRACT: Several sectors have been regulated by government, sometimes since they were created, as it happened with postal services, telecommunications, electricity, civil aviation, railroads, roads, ports and water and waste. However, for the last 20 years regulation independent from the government has become increasingly popular in Portugal in some of these sectors, as well as in antitrust. In this paper it is argued that independent regulation should be considered as a response to state failures created by former government regulation. It is shown that there are different degrees of independence in the Portuguese legal framework and that there are several inconsistencies, at least in some sectors, concerning the management autonomy of independent regulatory authorities as well as their supervision. It is argued that this legal framework may be the source of inefficiencies in regulation and creates serious problems of accountability.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Estado na economia portuguesa e a regulação independente do governo. 3. Atributos de independência. 4. Competências próprias e flexibilidade de gestão. 5. Supervisão da regulação independente. 6. Comentários finais.

1. INTRODUÇÃO

A regulação independente tornou-se popular em Portugal nas duas últimas décadas. Foi uma alteração da forma de intervenção do Estado nalguns mercados que eram intervencionados praticamente desde a sua origem. Esta intervenção tradicional pode ser explicada como uma tentativa de resolver falhas de mercado relacionadas com o monopólio, a falta de concorrência e assimetrias de informação entre produtores e consumidores. A regulação

* Professor auxiliar da Universidade Católica Portuguesa e Vice-Presidente do Instituto Nacional de Aviação Civil. Este trabalho baseia-se numa apresentação feita no Seminário da Revista de Concorrência e Regulação, realizada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 17 de Março de 2010. As opiniões expressas são da responsabilidade exclusiva do autor.

independente deve ser entendida como uma resposta a falhas do Estado verificadas com essa intervenção. Ou seja, através da regulação independente do governo procura-se evitar falhas e imperfeições associadas à regulação directamente dependente do governo. É este o argumento da secção 2 deste trabalho. Defende-se, depois, na secção 3, que a independência não é, na prática, um conceito bem delimitado, podendo ser considerados diferentes graus de independência na regulação em Portugal, tomando como exemplos os mercados de comunicações, de energia, de aviação civil e de águas, além das soluções encontradas em matéria de defesa da concorrência. Neste contexto, limitações e incoerências no quadro institucional português são identificadas e discutidas nas secções 4 e 5, tendo em conta, respectivamente, os problemas de supervisão de entidades reguladoras e os bloqueios que podem resultar da atribuição de competências próprias a uma entidade reguladora sem a flexibilidade de gestão necessária para o exercício dessas competências. Em síntese, sugere-se que o quadro institucional da regulação portuguesa necessita de ser pensado de forma sistemática em função das falhas do Estado que lhe estão associadas, escolhendo-se as configurações institucionais que as minimizem, numa abordagem coerente e integrada, que não tem sido evidente na evolução institucional da última década.

2. O ESTADO NA ECONOMIA PORTUGUESA E A REGULAÇÃO INDEPENDENTE DO GOVERNO

O Estado interveio profundamente na economia portuguesa ao longo de mais de cem anos. O Estado republicano procurou regular monopólios privados, dando continuidade às políticas das últimas décadas da monarquia, como sucedeu nos serviços telefónicos em Lisboa e no Porto e nos cabos submarinos. Noutros casos, organizações públicas forneceram serviços em regime de monopólio, de que foram exemplos os correios e telégrafos, ou os portos. O desenvolvimento das redes rodoviárias e ferroviárias também se verificou num quadro de profunda intervenção do Estado, não só através dos indispensáveis planos de desenvolvimento, mas também através de incentivos ao investimento, como a garantia de remuneração do capital, ou da regulação de preços. A promoção da actividade inovadora pela atribuição de monopólios de invenção ou de introdução de novas actividades na economia nacional é outro exemplo do intervencionismo estatal das últimas décadas do século XIX e dos primeiros anos do século XX.

O Estado Novo foi também um Estado regulador. Em certo sentido foi mesmo um Estado essencialmente regulador, pois privilegiou a empresa privada e o funcionamento dos mercados, desde que sujeitos a mecanismos apertados de regulação, como a regulação directa de preços e de investimentos, o condicionamento industrial e a organização corporativa, que alteraram os padrões de entrada e de saída, os investimentos das empresas instaladas e os preços. Investimentos foram apoiados pela atribuição de direitos de exclusivo, ou ainda por empréstimos públicos e por garantias públicas concedidas para a emissão de dívida privada. Manteve-se sempre a intervenção do Estado na regulação de monopólios privados, ou da exploração de indústrias em regime de monopólios através de organizações públicas. Energia, correios, telefones e telégrafos, portos, distribuição de águas e aeroportos fornecem exemplos específicos de regulação durante este período.

Reforçando-se o peso das empresas públicas, designadamente nos mercados em monopólio, continuou a intervenção do Estado na economia no quadro da Constituição de 1976, sem que se abandonassem completamente intervenções em matéria de preços ou de investimentos em mercados onde predominavam empresas privadas. E neste caso a tentativa de promoção do investimento teve novos instrumentos, designadamente a concessão de apoios financeiros directos a investimentos privados.

Na sequência da adesão à CEE a intervenção nos mercados através da concessão de subsídios ao investimento generalizou-se a vários sectores de actividade económica, em concorrência ou em monopólio, com empresas públicas ou privadas. Em finais dos anos 1980 o processo de privatizações de monopólios públicos evidenciava a necessidade de reforçar mecanismos de regulação de empresas privadas, em substituição da direcção que se esperava que o Governo imprimisse a empresas públicas. Foi o que sucedeu em actividades como o transporte e a distribuição de electricidade, as auto estradas ou as redes telefónicas. Noutras indústrias, como as de águas e resíduos e os aeroportos, as principais empresas permaneceram públicas. Com a adesão à CEE apareceu também um novo objectivo na intervenção do Estado na economia que foi a defesa e a promoção da concorrência. Objectivo que se tornou ainda mais importante do que normalmente seria, com a liberalização e abertura à concorrência nos anos 1990 de actividades tradicionalmente exploradas em regime de monopólio, como o fornecimento de electricidade, os serviços de telecomunicações ou os transportes aéreos.

Ao longo deste período de mais de cem anos, muitas das intervenções do Estado podem ser explicadas, adoptando-se uma perspectiva de interesse público, como uma tentativa de corrigir falhas no funcionamento dos mercados, relacionadas com monopólios, assimetrias de informação e promoção de uma concorrência saudável. Numa perspectiva de política económica nacional, por vezes nacionalista, algumas dessas intervenções podem também ser entendidas como tentativas de aumentar os benefícios que para a economia portuguesa poderiam resultar da participação das empresas residentes em Portugal nos mercados internacionais e, mais recentemente, no processo de globalização que se acelerou.

Nesta perspectiva de interesse público, as intervenções do Estado na economia baseadas na convicção de que o Estado poderia corrigir falhas de mercado foram naturalmente determinadas pela interpretação que em cada momento se teve do funcionamento de um mercado e, em consequência, do tipo de falhas que podiam ser detectadas. De facto, em diferentes épocas, as vantagens e inconvenientes do mercado foram interpretadas de forma diferente. Talvez que o exemplo mais simples possa ser dado pelo que se considerou serem os benefícios para a economia da propriedade privada, do mercado e da concorrência. Mantendo-nos na mesma perspectiva de interesse público na interpretação da intervenção do Estado, podemos dizer que no Estado Novo predominou uma visão do mercado que entendia os benefícios da propriedade privada mas considerava necessária uma intervenção sistemática do Estado para evitar a concorrência excessiva, desregrada, que seria o resultado normal do funcionamento de um mercado não regulado, com desperdício de investimentos e de emprego. Actualmente a perspectiva que temos do funcionamento do mercado é bem diferente. Privilegiamos a intervenção do Estado para corrigir situações de falta de concorrência, pela cartelização, pela monopolização ou pelo abuso de posições dominantes, valorizando as ineficiências produtivas e de mercado associadas a cada uma destas situações.

Para corrigir falhas de mercado, tal como interpretadas em cada circunstância histórica, foram adoptados diferentes modos de intervenção. Se nos limitarmos a um dos casos que temos vindo a ter como referência, a resolução do problema do monopólio, podemos falar da produção directa de bens e de serviços, no quadro geral da administração pública, de que foram exemplo os correios e telégrafos até ao início do século XX, ou através de entidades com maior autonomia financeira e administrativa, como sucedeu, depois da primeira década do século XX, com a Administração Geral de Correios e

Telégrafos, de forma semelhante ao que já acontecia com a administração do Porto de Lisboa. Noutros casos, como durante o Estado Novo, verificou-se a regulação de empresas privadas, na electricidade ou nos cabos submarinos. A partir dos anos 1990, com as privatizações na electricidade e nas telecomunicações, as novas empresas privadas, antigos monopólios públicos, ficaram sujeitas a um quadro regulativo que lhes impunha bastantes obrigações, na sequência, aliás, da legislação comunitária sobre o assunto. A constituição de empresas públicas, incluindo empresas municipais e regionais, por vezes através da transformação de serviços públicos, verificou-se um pouco ao longo de todo o século. Actualmente empresas e organizações públicas continuam com um papel fundamental em monopólios como as redes distribuição de águas e resíduos, nas estradas e nos aeroportos.

Nas duas últimas décadas ganhou popularidade uma forma específica de intervenção do Estado: a regulação de uma empresa ou de um mercado através de entidades reguladoras independentes.

A independência na regulação significa normalmente independência em relação aos interesses regulados e independência em relação ao governo. A independência em relação aos interesses regulados é uma ideia simples e intuitiva. Deve ser atributo fundamental da intervenção reguladora do Estado. Esta deve ser concretizada sempre num quadro legal que dê garantias dessa mesma independência. Problema mais complicado é o desenvolvimento da regulação independente do governo que se desenvolveu em Portugal de finais dos anos 1980 ao início do século XXI, iniciando-se nos sectores de comunicações e de energia.

Na economia portuguesa esta forma de regulação não é, na sua essência, uma resposta a falhas de mercado, como o monopólio e as assimetrias de informação significativas entre empresas e consumidores, com implicações na qualidade dos serviços e na segurança do consumo. A correcção de falhas de mercado era já objecto de diferentes modos de intervenção do Estado, designadamente a regulação da empresa pelo próprio Governo, geralmente através do Ministro com a tutela do sector em que se integrasse a empresa regulada. A opção pela regulação através de entidades independentes do governo foi sobretudo uma mudança na forma da intervenção do Estado.

Uma mudança destas justifica-se caso se considere que permite fazer melhor o que antes já se fazia. No fundo, admitiu-se que para melhor se corrigirem falhas de mercado a intervenção estatal através de uma entidade pública independente do governo seria mais adequada do que a intervenção

directa do próprio governo. Assim não está em causa a identificação de falhas de mercado, nem a utilidade da intervenção reguladora do Estado. Com a regulação independente discute-se sobretudo a configuração organizacional do Estado mais adequada para essa intervenção.

Neste contexto, a regulação independente é uma forma de dar resposta a um outro tipo de problemas: as falhas e imperfeições inevitáveis em qualquer intervenção do Estado. Procura-se evitar falhas e imperfeições do Estado que resultam da própria actividade governativa, e que se presume serem evitáveis, ou menos prováveis, se realizadas por entidades independentes.

Estas falhas e imperfeições do Estado tradicionalmente associadas à actividade governativa são múltiplas, e bem conhecidas.

Desde logo, as eleições não garantem resultados eficientes do ponto de vista económico. Como a cada eleitor é atribuído um voto, o resultado final é independente da intensidade das preferências de cada um. Como é bem sabido, nestes casos, os resultados de um processo eleitoral podem ser ineficientes no sentido de Pareto. Mas é também claro que nem sempre do resultado eleitoral se pode extrair uma interpretação inequívoca do que é o interesse público. O Teorema da Impossibilidade de Arrow evidencia o problema. Em abstracto, o poder discricionário dos governantes pode ser enorme. Não se sabendo identificar exactamente as preferências dos eleitores, satisfazer preferências dos governantes pode ser um objectivo da actividade governativa. Mas não se sabe em que medida esta se afasta do interesse público porque este se não conhece e, assim, não é viável uma supervisão adequada da actividade governativa.

De forma mais geral, deve ter-se presente que a supervisão da actividade dos eleitores pelos eleitos tem sempre custos muito elevados e por isso é sempre imperfeita. Não sendo possível supervisionar perfeitamente a actividade de deputados e de governantes, estes têm margem de actuação para desenvolver objectivos próprios, não coincidentes com o interesse dos eleitores, mesmo quando este é conhecido. Normalmente os objectivos próprios que se atribuem a políticos relacionam-se com a conquista e manutenção do poder.

Um problema semelhante tem-se com a própria função pública. A supervisão dos funcionários públicos é também imperfeita, pelo que estes têm também a possibilidade de ter objectivos próprios que se não confundem com o interesse público que em princípio deveriam defender. Normalmente admite-se que os interesses próprios dos funcionários públicos passam por ter mais

poder burocrático, ou ter uma vida descansada, ou ainda utilizar posições públicas para promover carreiras posteriores na política ou no sector privado.

Voltando à actividade governativa, se admitirmos que os objectivos dos políticos passam pela conquista e pela manutenção do poder, podemos esperar que os seus objectivos e políticas sejam definidos em função do calendário eleitoral. Assim, políticas cujos benefícios se façam sentir num prazo superior ao da legislatura tendem a ser desvalorizadas, relativamente a outras, eventualmente menos úteis, com benefícios que se façam sentir na própria legislatura. Em limite, podem acontecer resultados perversos. Por exemplo, políticas com pequenos benefícios de curto prazo e enormes custos de longo prazo podem vir a ser as políticas adoptadas, apesar de serem prejudiciais para a sociedade. Será esta, porventura, uma das razões para a crise da Segurança Social. Nas décadas de 1980 e de 1990 era mais vantajoso para as perspectivas eleitorais dos partidos políticos oferecer mais benefícios aos eleitores, sendo os custos pagos por gerações que na altura ainda não tinham nascido ou ainda não tinham direito de voto. Com a dívida pública é intuitiva uma hipótese semelhante. E o mesmo na área do ambiente.

Nas infra-estruturas de transportes e de comunicações, na energia e nas águas, também se verificaram situações destas no último século. Por exemplo, para tentar controlar pressões inflacionistas, e a impopularidade daí resultante, em várias circunstâncias os governos permitiram aumentos de preços às empresas reguladas inferiores aos que seriam justificados pelos seus custos, prejudicando decisões de investimento e de emprego. Também aconteceu o contrário. Pela prevalência de interesses concentrados relativamente a interesses dispersos, que num processo democrático é provável, os governos acabam por favorecer por vezes os interesses das empresas reguladas, concentrados, relativamente aos interesses dos consumidores, que tradicionalmente se consideram mais dispersos.

Estes exemplos ilustram as diferentes falhas a que a intervenção do Estado num mercado, através do Governo, pode estar sujeita. Com a regulação independente pretendeu-se evitar, ou reduzir, estas falhas e imperfeições do Estado. Pelo menos nos mercados a que se tem aplicado em Portugal, regra geral monopólios, ou indústrias em processo de liberalização e de abertura à concorrência, ou ainda na área de defesa da concorrência.

No entanto, a regulação independente não elimina as falhas do Estado. Nada há numa entidade reguladora independente que garanta que não se verifiquem falhas do Estado na sua actuação. Na génese do problema estão,

como sempre, os custos de supervisão da sua actividade. E mais ainda no caso português, onde essa supervisão não é sistemática, nem feita por entidades especializadas. Este problema de supervisão é tanto mais importante quanto se verificam possibilidades significativas de exercício de poder discricionário na regulação. Os objectivos das entidades reguladoras não são definidos de forma exaustiva. Há boas razões para isso. Porque não é possível prever todas as contingências futuras associadas à actividade reguladora, nem uma solução bem definida para cada uma delas. Sendo assim, pode haver também poder discricionário na regulação independente, pelo que, embora com menos influência do processo eleitoral, podem verificar-se todas as falhas associadas à intervenção do Estado.

De facto, numa entidade independente do governo, porque há poder discricionário dos seus responsáveis, pode haver objectivos próprios. Em abstracto, estes objectivos podem ser muito diversificados, e sem nenhuma relação com nenhum conceito operacional de interesse público. Por exemplo, podem estar ligados ao crescimento do poder regulador. Ou pode haver de facto uma gestão em função do termo do mandato e, em função do que se entendam ser perspectivas futuras de carreira, criando-se objectivos, por vezes contraditórios, como a procura de popularidade junto da comunicação social, de consumidores e de eleitores ou a defesa de interesses dos regulados.

3. ATRIBUTOS DE INDEPENDÊNCIA

À independência de uma entidade reguladora estão normalmente associados vários requisitos: a existência de competências próprias e de autonomia administrativa, a existência de autonomia financeira e de flexibilidade de gestão, restrições ao desempenho de cargos dirigentes por parte de antigos ou actuais dirigentes das entidades reguladas, restrições à possibilidade de demissão dos dirigentes por iniciativa do governo e limitações às actividades que podem ser exercidas pelos responsáveis em período seguinte ao termo dos seus mandatos.

Destes, o requisito fundamental da regulação independente, a sua base, é a existência de uma entidade pública com competências próprias. Isto é, as suas decisões não dependem de orientações ministeriais. Os interessados podem recorrer, mas para os tribunais competentes. Não há recursos para a Tutela.

Este requisito de independência não é definido de forma completa e inequívoca em cada entidade reguladora portuguesa. Há uma grande diversidade de situações. Por exemplo, pode uma entidade reguladora ter uma competên-

cia regulamentar geral em matérias de taxas, mas não ter o poder de regular efectivamente as taxas praticadas pelas empresas reguladas, mantendo-se esse poder no domínio das competências ministeriais. A decisão final sobre taxas pode então ser tomada pelo membro do Governo com a Tutela do sector, mediante parecer prévio da entidade reguladora. É o que sucede, por exemplo, com o sector das águas. Mas pode também acontecer que uma entidade reguladora tenha poder regulador em matéria de preços, sem intervenção directa do Governo, mas deva acordar esses preços com a empresa regulada. Aconteceu com preços relacionados com os serviços universais de telecomunicações e de correios. O caso mais típico de competências próprias em matéria de regulação é termos uma entidade com o poder legal de regular preços com autonomia do Governo, como sucede nas telecomunicações, na energia e nos aeroportos. Mas, ainda aqui, o quadro legal pode estabelecer restrições quanto aos modelos e técnicas de regulação de preços a utilizar e nestes três sectores há de facto diferenças significativas nos meios de actuação que o legislador atribuiu à entidade reguladora.

Noutra questão, a das eventuais relações com o Governo quando existem competências próprias, há também no quadro legal português uma grande diversidade de situações. Pode uma entidade reguladora ter competências próprias de decisão, sem que isso exclua a possibilidade de haver orientações do Governo num caso concreto. Fica a entidade livre de acatar, ou não, as orientações do Governo, suportando os seus responsáveis eventuais consequências. É o que sucede em algumas matérias de regulação aeroportuária. Noutros casos pode estar totalmente vedada ao Governo a possibilidade de dar orientações num caso concreto em decisão por entidade com competências próprias para o efeito, como acontece no domínio das competências próprias das entidades reguladoras das telecomunicações e da energia, assim como na actuação da Autoridade de Concorrência.

Além disto, pode também acontecer que, no conjunto das atribuições de uma entidade, haja um subconjunto em que essa entidade tenha competências próprias de actuação e outro em que desempenhe funções de assessoria ao Governo, como as que são típicas de uma Direcção Geral, ou ainda, que noutras áreas deva coordenar a sua actuação com a do Governo. Ou seja, pode acontecer num sector que nalguns domínios a intervenção do Estado seja exercida pelo Governo e noutros por entidade com competências próprias para o efeito, independentes das do Governo. O grau de independência de uma entidade depende das relações que existam entre estas diferentes áreas.

As opções que no âmbito das suas competências próprias são tomadas por uma entidade reguladora pelo Governo condicionam-se mutuamente, em função da intensidade de relações que existam nas áreas em causa.

Neste domínio tem também interesse distinguir entre poder de influenciar o mercado e competências próprias. Uma entidade reguladora pode ter, por exemplo, um poder muito superior ao que, aparentemente, resultaria de uma avaliação das suas competências próprias. Para isto pode contribuir, por exemplo, a posição dessa entidade na criação de consensos na indústria, entre empresas e entre estas e consumidores, na definição de normas técnicas, na elaboração de cenários de desenvolvimento. No mesmo sentido, o poder real de uma entidade administrativa aumenta caso a decisão final do Governo dependa de parecer prévio dessa entidade, e não haja mais nenhuma entidade administrativa no processo. O sector das águas e resíduos pode ser um bom sector para teste destas hipóteses.

Dos outros atributos acima referidos, que podem ser entendidos como úteis, ou necessários, para o melhor exercício das competências próprias que estão na génese da regulação independente, os mais importantes serão a autonomia financeira e a existência de alguma flexibilidade de gestão, designadamente em matéria de contratação de serviços especializados e na definição de um regime próprio de carreiras para os seus profissionais. Se em cada caso de exercício das suas competências próprias uma entidade reguladora necessitar de recursos que dependem de autorização do Governo, é claro que este pode condicionar decisivamente o resultado. Mas, como veremos a seguir, o problema é bem maior. É o exercício dessas competências que pode estar em causa, com consequências bem mais graves do que a simples perda de autonomia ou de independência.

Ora, neste domínio há também grandes variações no quadro institucional da regulação portuguesa de monopólios e de promoção da concorrência. Há entidades que combinam competências próprias com apreciável flexibilidade de gestão, outras sem grandes competências próprias e nenhuma flexibilidade de gestão, e ainda outras em que a uma alargada gama de competências próprias não corresponde nenhuma flexibilidade de gestão, encontrando-se, neste aspecto, em situação semelhante à da função pública em geral (figura 1, a título indicativo). Haverá ainda possibilidade de distinguir entre casos em que não há autonomia financeira significativa, de outros em que ela existe, baseada em receitas próprias.

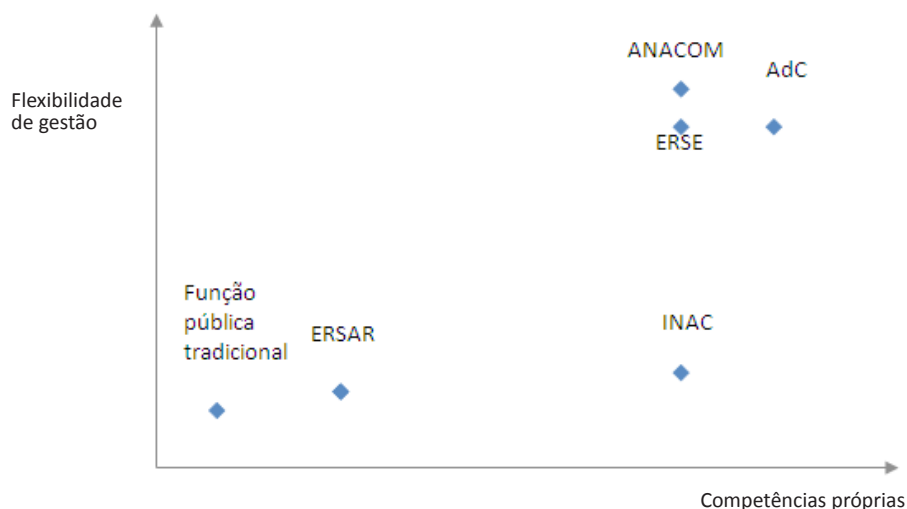


FIGURA 1: Competências próprias e flexibilidade de gestão

Diferenças há também entre as várias entidades portuguesas no que diz respeito a restrições ao poder do Governo em matéria de nomeação e de demissão dos responsáveis pelas entidades reguladoras. Nalguns casos existem restrições às possibilidades de nomeação, procurando-se evitar que pessoas que tenham trabalhado para entidades reguladas integrem os conselhos de administração ou directivos de entidades reguladoras. Pode também acontecer que, terminados os seus mandatos, os membros desses conselhos estejam impedidos de trabalhar em empresa do sector durante algum tempo, recebendo para o efeito uma compensação monetária. E, finalmente, pode ser consagrado o princípio da inamovibilidade dos responsáveis pelas entidades reguladoras. Normalmente considera-se que regras deste tipo são úteis para garantir maior independência do Governo e das entidades reguladas no exercício de competências próprias pela entidade reguladora. No caso português, regras deste tipo aplicam-se à ANACOM, à ERSE e à Autoridade da Concorrência, mas não se aplicam a outras entidades como o INAC.

Finalmente, também a supervisão da actividade reguladora tem diferentes quadros sectoriais. A supervisão do exercício de competências próprias pode dar-se a diferentes níveis. O da legalidade das decisões, o do cumprimento dos objectivos de regulação, assim como o próprio mérito de cumprimento

desses objectivos. Centrando-nos na avaliação do cumprimento das decisões, temos, na prática, três possibilidades: a supervisão pelo Governo, pela Assembleia da República e por organizações internacionais, no âmbito das suas missões e das responsabilidades assumidas pelo Estado português na adesão a essas organizações. Aqui também há diferentes casos entre as entidades com competências próprias, designadamente no que diz respeito à supervisão por organizações internacionais, incluindo-se aqui a supervisão do cumprimento de regulamentos e procedimentos de carácter obrigatório, assim como a supervisão da adesão a recomendações e a regras informais de comportamento (figura 2, para ilustrar o argumento, a título simplesmente indicativo).

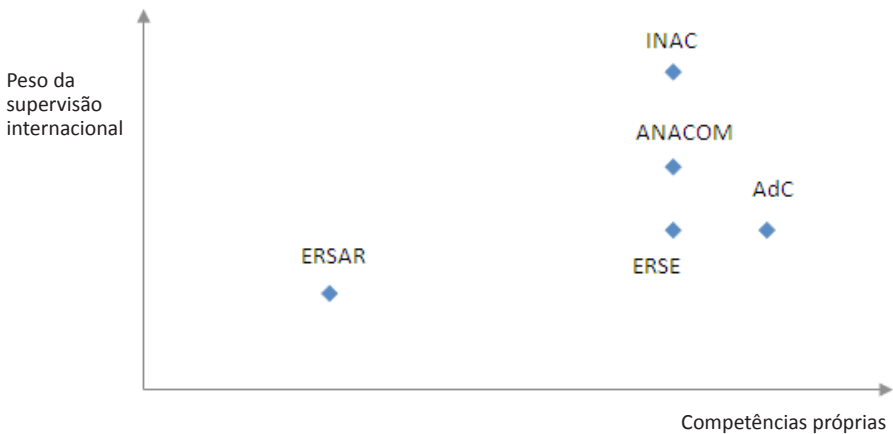


FIGURA 2: Competências próprias e supervisão internacional

4. COMPETÊNCIAS PRÓPRIAS E FLEXIBILIDADE DE GESTÃO

Numa perspectiva integrada de análise económica da regulação, que integre o problema de correcção das falhas que num mercado se identifiquem com a definição de um quadro institucional que minimize as falhas do Estado inerentes à actividade reguladora, o actual quadro institucional português não se entende bem. O nível de competências próprias varia bastante segundo os sectores e, sobretudo, há enormes diferenças entre a flexibilidade de gestão e a autonomia financeira que é permitida a entidades com fins e competências próprias semelhantes. Como já se mencionou, a flexibilidade de gestão está relacionada sobretudo com a capacidade de uma entidade com competências

próprias para gerir o seu orçamento em função das necessidades de regulação, designadamente em matéria de pessoal e de contratação de serviços especializados.

É claro que há diferenças substanciais entre uma entidade com competências próprias sem flexibilidade de gestão e outra entidade sem competências próprias nem flexibilidade de gestão. Neste segundo caso, o Governo mantém os poderes de decisão fundamentais. Não se tem realmente uma entidade reguladora e é mais transparente um modelo tradicional explícito de regulação directa pelo Governo. O segundo caso é o mais interessante. Se uma entidade tem competências próprias significativas mas não tem flexibilidade de gestão cria-se uma situação contraditória, com desequilíbrios fundamentais na dinâmica regulativa, podendo comprometer os próprios objectivos de interesse público que se pretendem atingir. É o que se discute a seguir.

Em abstracto, o que deve estar em causa é o controlo orçamental, da receita e da despesa, de uma entidade com competências próprias. Outras hipóteses que se apresentem neste contexto não parecem muito interessantes e acabam por ter solução bem prosaica. Por exemplo, admitir que através da falta de flexibilidade de gestão se pretende continuar a controlar a actividade reguladora é uma contradição básica. Nesse caso as competências próprias não existem de facto e, de novo, é mais transparente definir um modelo de regulação tradicional pelo governo.

O que interessa numa entidade reguladora com competências próprias é definir um orçamento, as receitas e as despesas, sujeitando-os, obviamente, ao controlo de um órgão com legitimidade democrática. Por vezes diz-se que isto põe em causa a independência. O comentário não faz sentido. Os recursos de funcionamento das entidades reguladoras são recursos públicos, muitas vezes resultantes da cobrança de taxas, e o montante de receita e de despesa necessitam obviamente de estar sujeitos a formas efectivas de controlo democrático.

O orçamento de uma entidade reguladora deve ser estabelecido para que essa entidade tenha os recursos necessários às suas atribuições. A forma mais adequada de concretizar este objectivo é realizar uma análise desagregada das necessidades de recursos humanos, técnicos e de contratação de serviços, indispensáveis dadas essas atribuições. Aqui haveria sempre que discutir opções de gestão da entidade reguladora, que podem ou não ser validadas pelo Governo ou pelo Parlamento. Por exemplo, pode prever-se um orçamento que incluia a fiscalização exhaustiva de todo o universo de empresas fis-

calizáveis, ou, em alternativa, por motivos de controlo de custos, optar-se pela fiscalização de uma amostra, havendo aqui ainda que decidir a dimensão da amostra: cinquenta, vinte e cinco ou dez por cento do Universo? Da mesma forma, os prazos inerentes à função reguladora também devem ficar definidos neste processo. Quando se pretende licenciar ou certificar uma empresa rapidamente, as necessidades de recursos serão maiores do que quando se admite que esse processo pode levar meses, ou anos. É o mesmo para a resolução de conflitos entre empresas reguladas ou entre empresas e consumidores. Em função das opções que se tomem nestas áreas, opções conjuntas da entidade reguladora e do Governo ou do parlamento, fica identificada a necessidade de despesa. Pode proceder-se então à definição das fontes de receita necessária para o funcionamento da entidade. A flexibilidade de gestão, tal como a entendemos acima, deveria concretizar-se com respeito pelas regras orçamentais e com a sujeição a auditorias periódicas por parte de organismos competentes para o efeito.

Na prática, a maior parte das entidades com competências próprias de regulação vê os seus orçamentos previamente aprovados, embora não seja evidente que todas as despesas estejam devidamente fundamentadas a partir de uma análise desagregada do seu processo produtivo. O que distingue as várias entidades é a flexibilidade de gestão de um orçamento. Algumas têm alguma flexibilidade, por exemplo em matéria de contratação de pessoal e de serviços e ainda pela definição de um regime de carreiras próprio.

Contudo, nos últimos anos, as reformas administrativas portuguesas têm vindo a reduzir a flexibilidade de gestão de entidades reguladoras com competências próprias. Em vários casos essa flexibilidade de gestão desapareceu, dependendo de autorização prévia do Governo, designadamente do Ministério das Finanças, simples actos de contratação de recursos previamente aprovados por via orçamental. Ao mesmo tempo, a integração de carreiras de pessoal no quadro geral da função pública inviabilizou o desenvolvimento de carreiras especializadas, amputando entidades reguladoras de capacidades técnicas essenciais e pondo em causa, eventualmente, a possibilidade de cumprirem as suas atribuições legais. No fundo, em muitos casos não é possível entender a atribuição de competências próprias sem a atribuição da capacidade de mobilizar e gerir os recursos para as exercer, no quadro de um orçamento previamente aprovado.

Esta situação, que afecta vários sectores em Portugal, cria problemas fundamentais. Na ausência de flexibilidade de gestão, o principal problema é o da

imputação de responsabilidades em caso de não cumprimento das atribuições das entidades reguladoras nessas circunstâncias. Se há competências que não são exercidas porque um Governo não autorizou, em tempo, a contratação de recursos indispensáveis para o efeito (e já aprovados no orçamento), a responsabilidade política e legal deveria ser naturalmente imputada ao Governo. Mas nesse caso importaria esclarecer completamente o problema em termos legais, para garantir a transparência institucional que deve estar subjacente a qualquer intervenção do Estado.

Numa perspectiva de teoria económica da regulação, podemos sugerir que este problema tem origem na forma casuística como se desenvolveu o quadro da regulação independente em Portugal. Cada sector tem a sua história. E a participação dos partidos políticos e da administração pública tradicional também. Por exemplo, nos mercados de telecomunicações a regulação independente desenvolveu-se gradualmente nos anos 1990, com o apoio da principal empresa regulada, o operador histórico, das empresas que entraram para o mercado e do próprio Governo. Cada um deles tinha as suas próprias motivações para o efeito. O operador histórico, ou pelo menos alguns dos seus accionistas, porque, sobretudo depois da privatização, queria evitar uma regulação em função de objectivos políticos de circunstância, repetindo-se erros de décadas anteriores. Os novos operadores porque não confiavam no exercício da função reguladora do Governo. Admitiam que o operador histórico poderia ter uma influência excessiva no Governo, por razões de relacionamento histórico e porque o Estado ainda era seu accionista. Admitiam também que poderiam influenciar mais facilmente um regulador independente do Governo. O Governo também estaria interessado porque na circunstância histórica do sector de comunicações em final dos anos 1990, a regulação independente era popular e, além disso, respondia também a algumas recomendações externas, designadamente a nível da União Europeia. Na energia e no domínio da defesa da concorrência circunstâncias económicas e políticas sectoriais concorreram para o mesmo fim.

Noutros sectores, entidades com competências próprias de regulação apareceram mais tarde. Inicialmente tiveram também alguma flexibilidade de gestão. Mas o seu desenvolvimento verificou-se numa altura em que já era menor a popularidade da regulação independente a nível político e, além disso, havia uma reacção adversa da administração pública tradicional.

Os políticos passaram a ter dúvidas sobre a generalização da regulação independente, em parte porque isso acabaria por reduzir o papel do Governo,

mesmo em áreas que tradicionalmente eram consideradas de maior sensibilidade política. Independentemente de interesses próprios, para esta atitude dos políticos também contribuiu a definição do âmbito de competências de alguns reguladores, com frequência demasiado gerais, e por vezes contraditórias com atribuições do Governo. Na prática a gestão destas competências nem sempre foi harmoniosa.

Do lado da administração pública tradicional houve uma reacção naturalmente adversa ao aparecimento de entidades com competências próprias e flexibilidade de gestão, actuando muitas vezes nos sectores mais dinâmicos da economia portuguesa. Reduzia o seu poder, e porque nalgumas entidades reguladoras as remunerações eram superiores às da função pública, criava situações que eram entendidas como injustas, quase nunca se discutindo se a especialização técnica necessária as justificava, pelo menos para algumas categorias técnicas. Assim, no sector público aumentou a pressão para reduzir a flexibilidade de gestão que tinha sido atribuída a várias entidades reguladoras.

Este movimento foi facilitado outros factores, relacionados com o comportamento dos governos face à administração pública tradicional. Multiplicaram-se no sector público português, designadamente nos anos 1990, entidades com alguma flexibilidade de gestão, muitas vezes sob a forma de institutos públicos. Não tinham funções reguladoras, mas gerou-se alguma confusão porque várias entidades reguladoras eram também institutos públicos. Tratou-se sobretudo de artifícios administrativos com os quais se pretendia evitar alguma rigidez de funcionamento da administração pública, mas que não tinham nada a ver com regulação. Como não se fez em bom rigor uma separação clara entre os vários tipos de institutos públicos, gerou-se um quadro institucional confuso em que entidades com competências próprias em matéria de regulação económica acabaram por ter o mesmo tratamento do que outras entidades que actuavam em domínios que se deviam integrar na organização do Estado tradicional. E para as quais não se encontravam bons motivos para terem competências próprias nem autonomia financeira e flexibilidade de gestão. Quando, por reacção política e administrativa, ou por simples bom senso, se pretendeu acabar com as autonomias de alguns institutos públicos que não tinham funções reguladoras, os que as tinham acabaram por ser afectados, comprometendo-se a própria função.

O resultado final é um quadro pouco coerente, relativamente ao qual há basicamente duas alternativas. A primeira é uma abordagem selectiva, iden-

tificando-se as entidades reguladoras que devem ter, fundamentadamente, competências próprias e dotando-as da indispensável flexibilidade de gestão, justificada em função da natureza do sector em que actuam. A outra é ignorar o problema das falhas do Estado com origem na actuação governativa e reconduzir a função reguladora ao modelo que predominou no século XX, dependente do Governo com apoio da administração pública tradicional, assumindo todas as consequências políticas e legais que daí resultem.

5. SUPERVISÃO DA REGULAÇÃO INDEPENDENTE

A regulação independente é uma forma de tentar resolver algumas falhas do Estado, mas não as elimina. Como acima foi referido, isto acontece porque não é possível uma definição legal exaustiva de todas as contingências futuras associadas ao exercício das competências próprias da entidade reguladora. Assim, as entidades reguladoras têm poder discricionário, reforçado pelos custos de supervisão das suas actividades, normalmente elevados como consequência da especialização técnica que lhes é inerente. Nalguns casos o problema é mais complexo porque a supervisão é feita por entidades internacionais, quer a nível da Comissão Europeia, quer ao nível de outras organizações internacionais especializadas, designadamente no âmbito das Nações Unidas. Para maior simplicidade, vamos aqui centrar a discussão na supervisão a nível nacional.

A supervisão nacional da actividade reguladora independente deve ter como objectivo garantir um exercício eficaz das competências próprias de uma entidade e evitar a multiplicação de falhas do Estado, como aquelas que muitas vezes se associam à actividade governativa e à actividade política.

Em bom rigor, a supervisão deve iniciar-se com as nomeações dos titulares dos órgãos dirigentes das entidades reguladoras. Aqui importa ter uma ideia precisa do que se pretende. Julgo que a supervisão se deve centrar em dois requisitos básicos. A competência técnica em primeiro lugar. Assegurada esta, em função de uma ponderação do currículo do candidato, que não tem que ser restringida a uma simples avaliação de saber teórico e prático sobre o sector em causa, importa sobretudo perceber a interpretação que cada candidato proposto tenha da dinâmica do mercado, da concorrência, do interesse público a salvaguardar e das técnicas a utilizar para o efeito. Isto é necessário para se saber como vai o candidato ao cargo, uma vez nomeado, utilizar o poder discricionário que lhe está associado, e que, como se viu, é inevitável na actividade reguladora, em geral. No fundo importa

conhecer a “ideologia” reguladora dos candidatos aos cargos dirigentes das entidades reguladoras.

Uma forma adequada de garantir estes objectivos é, antes da nomeação, submeter a uma audição parlamentar pública os candidatos ao cargo, propostos pelo Governo. A nomeação só se verificaria depois desta audição. É claro que em casos desastrosos, de incompetência técnica evidente, ou de manifesta falta de senso demonstrada numa audição pública, poderia o Governo ter de retirar a proposta de nomeação. Não é cenário provável. Conhecendo as regras, poderíamos esperar que um Governo seleccionasse candidatos aos órgãos dirigentes de entidades reguladoras que evitassem situações desse tipo.

Tem sido admitido na discussão pública destes problemas que um Governo pode tentar reduzir a independência dos reguladores escolhendo para seus dirigentes pessoas que já estão dispostas a alinhar as suas opções com as opções do Governo, subordinando a actuação reguladora a objectivos políticos de circunstância. E para resolver este problema tem sido sugerido que os titulares de cargos dirigentes nalgumas entidades reguladoras deveriam ser designados por consenso partidário, ou, pelo menos em parte, por partidos que em cada momento estejam na oposição.

Aqui importa distinguir entre opções ideológicas no exercício de competências próprias e a subordinação da actuação reguladora a objectivos políticos de circunstância.

As primeiras são legítimas e inevitáveis. Os reguladores têm opções sobre a forma como exercem o seu poder discricionário e pode ser vantajoso, do ponto de vista da coordenação da política económica geral, promover a sua coerência com opções do Governo, tanto mais que, como se referiu, há em várias entidades reguladoras a conjugação de atribuições em que têm competências próprias, com outras em que exercem funções de assessoria ao Governo, ou com ele devem coordenar a sua actuação. Assim, embora a regulação independente do Governo deva privilegiar a análise técnica e a decisão em função de critérios técnicos, dados os objectivos legais estabelecidos, é útil que não haja incompatibilidades de fundo entre a entidade reguladora e o governo, sobretudo em matérias em que as respectivas atribuições sejam adjacentes, ou se sobreponham.

Pelo contrário, a subordinação da actuação reguladora ao jogo político é a falha do Estado que se pretende evitar.

Ora, nomear os dirigentes de entidades reguladoras por consenso entre Governo e oposição não garante a resolução da falha de Estado que está

em causa. Caso se admita que um Governo procure designar pessoas que subordinem o exercício de competências próprias a objectivos de conjuntura política, ou quaisquer outros que sejam úteis ao Governo, então também tem de se admitir que partidos da oposição podem também utilizar a possibilidade de designação de dirigentes de entidades reguladoras para criarem dificuldades a um Governo, em função dos seus objectivos políticos. Um argumento semelhante pode ser utilizado para uma proposta alternativa que seria de nomeação de dirigentes pelo Presidente da República por proposta do Governo. Também aqui não seria garantida a eliminação de falhas do Estado. O resultado final dependeria do alinhamento, ou da falta de alinhamento político, entre o Presidente da República e o Governo em cada momento em funções.

Importa reconhecer que nesta matéria não se pode garantir o resultado final. Pode haver pessoas politicamente alinhadas com um Governo que, uma vez nomeadas para uma entidade independente, exercem as suas competências com independência e sólida base técnica. Em alternativa pode haver independentes que tendam a alinhar o seu comportamento com o Governo ou com a oposição. E isto sem excluir que haja pessoas ligadas à oposição que exerçam as suas competências com rigor, sem criar conflitos artificiais com o Governo em funções.

Também por estes motivos, procurando-se garantir ao nível da nomeação a competência técnica e a transparência nas opções fundamentais de regulação, é fundamental assegurar uma supervisão adequada da função reguladora à medida que ela se vai exercendo. Pretendendo-se evitar a governamentalização da actividade reguladora, a solução mais natural é assegurar a supervisão através de comissões parlamentares especializadas. Não significa isto obviamente que os deputados tenham de ser especialistas na regulação de um sector específico, basta que tenham acesso ao conhecimento especializado necessário para uma supervisão efectiva.

6. COMENTÁRIOS FINAIS

O quadro institucional português de regulação de mercados monopolistas e de defesa da concorrência tem diferenças significativas segundo os sectores de actividade. O resultado final não é coerente e pode ser melhorado em diferentes níveis. Desde logo ao nível da supervisão, quer das nomeações, quer da prática reguladora. Além disto há incoerências fundamentais entre a atribuição de competências próprias a uma entidade e a falta de instrumen-

tos de gestão adequados ao exercício dessas competências. Neste contexto, importa pensar o quadro regulativo português em função das falhas a que a intervenção do Estado sempre pode dar origem, procurando a configuração institucional mais adequada ao seu controlo e redução. A existência de instituições internacionais, de capacidade de supervisão da actividade regulativa interna por parte de organizações internacionais, designadamente no âmbito da União Europeia e das Nações Unidas, é um factor externo que não pode deixar de ser tido em conta nessa análise interna.

THE SINS OF THE SON: PARENT COMPANY LIABILITY FOR COMPETITION LAW INFRINGEMENTS

Ana Perestrelo de Oliveira¹/Miguel Sousa Ferro²

ABSTRACT: This paper summarises the current state of the law in what concerns the liability of parent companies for their subsidiaries' infringements of EU and Portuguese Competition Law, while contrasting such rules with general principles of Corporate Law and the tendencies for their evolution at the EU and national levels. It is argued that, despite the frequent criticism of European case-law on parent company liability, Competition Law must still take several expansive steps of parent liability in order to achieve internal coherence. Courts – especially at the national level – still seem to find it difficult to let go of the legal concept of undertaking.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Parent company liability under EU Law. 2.1. Beyond the realm of Competition Law. 2.2. Competition Law. 3. Parent company liability under Portuguese Law. 3.1. Corporate Law. 3.2. Competition Law. 4. Is it fair? 4.1. Internal coherence and fairness within Competition Law and policy. 4.2. Reconciling Corporate and Competition Law? 5. Conclusion.

¹ Counsel at Paz Ferreira & Associados. Assistant and doctoral candidate at the University of Lisbon Law School (Commercial and Corporate Law). E-mail: ana.perestrelo@pazferreira.pt.

² External Counsel at Sérvulo & Associados, in the field of EU Law and Competition Law. Doctoral candidate at the University of Lisbon Law School. E-mail: msf@servulo.com.

The authors would like to express their thankfulness for the thoughtful comments to drafts of this paper presented by: Teresa Serra, João Pateira Ferreira, Miguel Clemente and Miguel Brito Bastos. All views expressed herein are strictly personal to the authors.

1. INTRODUCTION

“For I, the LORD your God, am a jealous God, punishing the children for the sins of the fathers to the third and fourth generation of those who hate me, but showing love to a thousand generations of those who love me and keep my commandments.” (Exodus 20:5-6)

When a subsidiary is caught red-handed in an anti-competitive practice by the European Commission, parent companies are often still surprised to find that, not only are they held liable for that infringement, but that the applicable fine is calculated by reference to the turnover of the group, rather than merely that of the participating subsidiary, bringing it to much higher values than it could otherwise rise to. In such a mind set, it seems, the whole point of having a son is so as not to bear the consequences of his sins.

The issue – lifting the corporate veil – is not new. It has been the subject of debate within the realm of Corporate Law for some time. And its expression within the realm of Competition Law has also been the object of significant doctrinal analysis.

This paper hopes to contribute to the debate, while trying to bridge the gap between the fields of Corporate and Competition Law. The objective is not to analyse the evolution of the case-law, a task which has been attempted by many before. Instead, we shall focus on the law as it is currently interpreted, and tackle aspects which we perceive as crucial and less seldom highlighted.

Many previous discussions focused on the existence of a rebuttable presumption that allowed attribution of liability to the parent company in cases of fully-owned subsidiaries. While this issue has, at least for the moment, been laid to rest, the horizons of the debate have broadened.

Why is there a presumption only in cases of full ownership or quasi-full ownership? How does this case-law on parent company liability square with the well established single economic entity doctrine and with the notion of control in other areas of Competition Law? Is it correct to limit Competition Law fines through recourse to concepts of Corporate Law? Ultimately, is attribution of liability to parent companies, in these contexts, fair and justified?

An additional issue of concern must be that the same law – EU Competition Law – is being applied in different ways depending on whether it is enforced by the European Commission or by National Competition Authorities. While the present paper will focus – as a case study – on the Portuguese

legal order, it starts from the assumption that, in several Member States, the method of calculating competition fines differs from the one followed by the Commission, and the option for attribution of liability to a parent company may be subject to different considerations and restraints.

2. PARENT COMPANY LIABILITY UNDER EU LAW

2.1. Beyond the realm of Competition Law

Limited liability aims at eliminating three types of transaction costs: (i) individual shareholders and creditors' costs arising out of the need to monitor other shareholders' assets; (ii) shareholders and creditors' costs in monitoring directors; and, finally, (iii) investment costs, favouring diversification of the investment³.

The regimes of company liability – a matter of Civil and Corporate Law – remain mostly within the realm of national sovereignty. Nonetheless, the European Union has used some of its competencies under the TFEU, in particular internal market provisions, to adopt regulations and directives which regulate specific liability issues. This is the case with legislation on air carrier liability, liability for defective products, merger and division of public limited liability companies, etc.

However, none of these regimes regulate parent company liability in the context of corporate groups, even though they sometimes allow Member States to introduce an additional level of protection. This is the case of the Environmental Liability Directive (Art. 2(6)), whose implementation in Portugal has extended liability to the parent in the event of fraud or abuse (Art. 3(2) of the Portuguese Environmental Liability Act).

In European Law, the general principle of limited liability remains practically intact, even in domains where the prevalence of other social values (like those protected by Competition Law) would perhaps justify a different option. The phenomenon is especially clear within the area of environmental liability, where the traditional legal entity principle has given way to the lifting of the corporate veil in several legal orders (e.g., CERCLA). The EU has been unable to impose this innovation to all Member States, instead allowing each State to decide for itself.

³ Easterbrook & Fischel, 1985, 1991: *passim*.

Proposals which arose across the Atlantic, defending partners' *pro rata* liability for torts perpetrated by the company⁴, have also failed to obtain any echo in European Law.

These options may not be difficult to understand if we keep in mind the history of corporate groups at the European level. European Law does not deliberately oppose the enterprise principle, nor does it find the reasons for the limitation of liability superior to other social values at stake. It is not a desire to preserve limited liability that explains the silence of European Law in what concerns parent liability, in domains where such liability would be (at least) reasonable. Rather, this silence derives from the obstacles found in the attempts to harmonize the law of corporate groups. Even though corporate groups attracted the Community's attention from the very beginning, it was never possible to legislate in this regard (with the exception of the 7th Directive, on consolidated accounts). The draft 9th Directive, on corporate groups, which would have addressed parent company liability, had to tackle radically different rules across member States. Ultimately, the attempts at harmonization, often seen as an attempt to impose the German *Konzernrecht* on the rest of Europe, failed⁵.

In spite of "*the long and diversified history of groups*" in European Law⁶, the assessment of the EU's achievements in this domain must clearly be negative, especially if we compare it to the results obtained in other areas of Corporate Law⁷. Against this background, it is not surprising that sectorial Regulations and Directives have avoided establishing parental liability, which would become a source of conflicts.

This being said, it should be noted that the Courts' discussions of parent company liability for the purposes of the enforcement of EU Competition Law by the European Commission have limited themselves, at least on the surface, to the rules and principles deriving from Competition Law alone, with the exception of limitations which may be imposed on it by fundamental rights and related principles, such as the principle of fault or the presumption of innocence.

4 Hassman & Kraakman, 1991: 1879.

5 Menezes Cordeiro, 2005: 751.

6 Hopt, 2007: 200.

7 Sacristán Represa, 2005: 193-194.

2.2. Competition Law

Determining whether a parent company may be held liable for an infringement of Articles 101 or 102 TFEU carried out by a subsidiary has wide reaching legal consequences, which may be summarized as follows:

- The parent company may be held *jointly and severally liable* for the infringement, not only by competition authorities, but also by customers in private suits for damages (which may also have jurisdictional consequences).
- The *basic amount for the calculation of the fine* will be determined by the European Commission starting from the value of the group's (not the subsidiary's) "*sales of goods or services to which the infringement directly or indirectly relates in the relevant geographic area within the EEA*" (and possibly also worldwide), during the last full business year of participation in the infringement⁸.
- The amount of the *fine may be increased due to recidivism*, if any subsidiary of the group has participated in an identical or similar competition infringement before, sanctioned by the Commission or by a national competition authority⁹.
- The *fine may be increased to ensure deterrence*, in the case of "*undertakings which have a particularly large turnover beyond the sales of goods or services to which the infringement relates*"¹⁰.
- The *maximum fine* will be 10% of the group's (not the subsidiary's) total worldwide turnover in the preceding year¹¹.
- Being treated as the same undertaking also means that *inspections* concerning a subsidiary's alleged infringement may be carried out at the headquarters of the parent company (or of other subsidiaries).

The basic legal test under EC Competition Law for the attribution of liability to the parent company appears simple and straightforward: if, in general terms, the parent company *could and did exercise decisive influence* over the subsidiary, it may be held liable¹².

⁸ Commission Guidelines on fine setting, paras. 12-18.

⁹ Commission Guidelines on fine setting, para. 28(§1); EGC, *Michelin*: 290.

¹⁰ Commission Guidelines on fine setting, para. 30.

¹¹ Reg. 1/2003, Art. 23(2).

¹² ECJ, *ICI*: 137-138; ECJ, *AEG*: 50; ECJ, *Stora Kopparbergs*: 80; EGC, *Coöperative Verkoop*: 136.

The formal simplicity of the test has been rendered harder to grasp due to the continuous repetition of one of the formulations included in *ICI*, according to which an infringement may be attributed to the parent company, “*in particular where the subsidiary does not decide independently upon its own conduct in the market but carries out, in all material respects, the instructions given to it by the parent company*”¹³. The confusion which may be raised by this choice of wording should be set aside by the recognition that what the Court intended to identify were the characteristics that made two companies belong to the same economic unit – in other words, what rendered them the same undertaking, under EU Competition Law. This was made very clear from the outset: “*the formal separation between these companies, resulting from their separate legal personality, cannot outweigh the unity of their conduct on the market for the purposes of applying the rules on competition*”¹⁴.

The legal test requires two steps in the analysis. One must determine: (i) the legal possibility of control; and (ii) its actual exercise. While it may seem that the latter test necessarily includes the first, there are situations in which the demonstration of acts typically associated to the exercise of control – such as issuing instructions – may not suffice to attribute liability. Thus, if Company A issues “instructions” to Company B, of which it is a minority shareholder, the mere fact that Company B acts in accordance with those instructions is not enough to show imputability to Company A, if the latter was not legally capable of controlling the other company. In such cases, there could be an agreement or concerted practice between two independent undertakings.

The first step of this test becomes significantly more relevant when presumptions of exercise of control are applied, as described below.

It is important to stress that the legal test has nothing to do with instructions or even knowledge by the parent company relating specifically to the infringement¹⁵. The issue is not whether the parent company instructed the conduct that led to the infringement, or whether it knew or should have known about the infringement, but whether the parent company and the subsidiary are, for the purposes of Competition Law, the same undertaking, in accordance with the “single economic entity” doctrine, which has been

13 ECJ, *ICI*: 133.

14 ECJ, *ICI*: 140; see also ECJ, *Akzo Nobel*: 54-59.

15 EGC, *Alzo Nobel*: 58; EGC, *Itochu Corp*: 58.

settled case-law for decades¹⁶. This is a frequently misunderstood aspect of this debate, which is too often stirred only by the opposing legal (Corporate Law) and functional (Competition Law) concepts of “undertaking”.

While the basic legal test is always the same, the burden of proof in order to impute the infringement to the parent company is different depending on the relation between the parent company and the subsidiary. In the following analysis we shall distinguish: (i) cases of full ownership; (ii) cases of quasi-full ownership; and (iii) other cases.

(i) *Cases of full ownership*

Under EU Competition Law, as currently interpreted by the ECJ and the EGC, whenever a parent company owns 100% of the shares of a subsidiary, there is a rebuttable presumption of exercise of decisive influence¹⁷.

In other words, the Commission need only show that a subsidiary is fully-owned (the first step of the basic legal test) in order to attribute liability to the parent company. The burden of proof is then shifted, so that, in such cases, it is up to the parent company to adduce sufficient evidence that it could not or did not, in fact, exercise decisive influence over the subsidiary.

In the opinion of several authors, there were, until recently, unsolved contradictions in the case-law of the Courts in what concerns the presumption of exercise of decisive influence, or even discrepancies between the position of the Commission and EGC and that of the ECJ.

In the very least, it seems reasonable to affirm that there has been an evolution in the way the Court has approached this issue, ever since its first incursion into it in 1972¹⁸. Most recently, dissenting authors had focused their attention on two cases that seemed to stand out: the ECJ’s judgment in *Stora Kopparbergs* and the EGC’s judgment in *Bolloré*. In the latter, the Fifth Chamber of the EGC stated that, “*although the evidence relating to the 100% shareholding in its subsidiary provides a strong indication that the parent is able to exercise a decisive influence over the subsidiary’s conduct on the market, this is not in itself sufficient to attribute liability to the parent for the conduct of its subsidiary*

¹⁶ ECJ, *ICI*: 133-134; EGC, *Arkema*: 66 and 77.

¹⁷ ECJ, *AEG*: 50; ECJ, *British Gypsum*: 149; ECJ, *Stora Kopparbergs*: 80; EGC, *Limburgse Vinyl*: 961 and 984; EGC, *Michelin*: 290; EGC, *Coöperative Verkoop*: 136; EGC, *Akzo Nobel*: 60-62; EGC, *Itochu Corp*: 49-53; ECJ, *Akzo Nobel*: 60-64.

¹⁸ ECJ, *ICI*: 131 et seq.; see Opinion of AG Mischo in *Stora Kopparbergs*.

(...). *Something more than the extent of the shareholding must be shown, but this may be in the form of indicia*¹⁹.

Nonetheless, whether such discussions of the case-law were justified or merely the result of misinterpretations, they have now been laid to rest by the ECJ's judgment in *Akzo Nobel*, as recognized even by those who consider it a "decision against basic legal principles (...) and in favour of the excessive fines imposed by the Commission in the recent past"²⁰.

While it is settled that the described presumption will continue to be applied and upheld, what is far from clear is whether it is truly rebuttable.

It is difficult to identify cases where the Commission has openly accepted, in such a scenario, that the parent company should not be held liable for the subsidiary's infringement. In *Raw Tobacco Spain*²¹, it did so for Universal (*"apart from the corporate link ... there is no indication in the file of any material involvement of Universal ... in the facts which are being considered in this decision"* – para. 376), but the details behind this option remain shrouded in mystery. There is reason to suspect that this case will stand out as an accident, rather than a precedent.

On the other hand, the Courts have never refused attributing liability to the parent company on the grounds that sufficient evidence of autonomy had been presented. And they have explicitly rejected several arguments put forward to sever liability:

- Parent company being merely a holding company – it still coordinates budgets and financial investments within the group²²;
- Absence of a policy of the subsidiary of providing specific information to the parent company on its activities in the market in question²³;
- Minor role of the subsidiaries' activities and turnover within the group²⁴;
- Parent company being active on a separate market from that of the subsidiary²⁵;

19 EGC, *Bolloré*: 132.

20 Riesenkampff & Krauthausen, 2010: 41; see also Sorinas & Jorns, 2009: 8.

21 COMP/C.38.238/B.2.

22 EGC, *Limburgse Vinyl*: 988-989; EGC, *Arkema*: 76.

23 EGC, *Arkema*: 78.

24 EGC, *Bolloré*: 143-144; EGC, *Arkema*: 79.

25 EGC, *Arkema*: 80; EGC, *Itochu Corp*: 58.

- Subsidiary having its own production installations and its own staff²⁶;
- Subsidiary entering its turnover into separate annual accounts²⁷;
- Subsidiary acquiring a significant portion of supplies from competitors of the parent group²⁸;
- Absence of power, under applicable national law, to exert a decisive influence on the commercial policy of the subsidiary, in the absence of even an attempt to put an end to a known infringement²⁹;

It seems it is not possible to draft an accurate list of elements that may be put forward by parent companies to rebut the presumption, particularly because “*the nature and importance of [evidence] may vary according to the specific features of each case*”³⁰. In other words, the legal standard seems to be little more than a case by case approach guided by “*common experience*”³¹.

Even in the broadest interpretation of this presumption, a few situations will still probably be considered to fall outside its scope, such as a 100% shareholding acquired by a financial institution on a temporary basis, with a view to reselling it, and with further conditions (see Art. 3(5)(a) of the Merger Regulation); or a 100% owned company placed under a court-appointed trustee³² (an example that corresponds to Art. 3(5)(b) of the Merger Regulation).

The case-law has identified two further situations in which the applicability of the presumption has not yet been settled.

First, the above mentioned presumption may not apply when, instead of a parent “company”, subsidiaries are fully held by a natural person or persons³³. The Court has now stated explicitly that “*the mere fact that the share capital of two separate commercial companies is held by the same person or the same family is insufficient, in itself, to establish that those companies are a single economic unit with the result that, under Community competition law, the actions of one company*

26 EGC, *Bolloré*: 142.

27 EGC, *Bolloré*: 142.

28 EGC, *Bolloré*: 143-144.

29 ECJ, *Stora Kopparbergs*: 84.

30 EGC, *Akzo Nobel*: 65.

31 Opinion of AG Kokott, *Akzo Nobel*: 75.

32 Sorinas & Jorns, 2009: 9.

33 ECJ, *Siderúrgica Aristrain Madrid*: 97-99.

can be attributed to the other and that one can be held liable to pay the fine for the other”³⁴. It then went on to analyse further indicia of exercise of decisive influence in order to attribute joint and several liability to both subsidiaries. However, since a natural person may be deemed an “undertaking” under EU Competition Law³⁵, it is still left unanswered how the Court would react if the Commission were to attribute the fine to the natural persons controlling the subsidiaries in question. One (erroneous) reason for hesitation on this issue may be the different treatment of natural persons and legal persons in national Corporate Law requirements relating to groups (see below).

Second, it is unclear whether the presumption may be used to attribute liability in cases of joint control. The EGC has once concluded that a situation of shared control over a joint venture “is analogous to that (...) in which a single parent company [holds] 100% of its subsidiary, for the purpose of establishing the presumption that that parent company actually exerted a decisive influence over its subsidiary’s conduct”³⁶. Perhaps significantly, this joint venture was constituted as a “purely contractual entity without separate legal personality from its partners”³⁷.

(ii) Cases of quasi-full ownership

Shareholdings that are very near to 100% – i.e. 90% or more – have also been treated by the European Commission as allowing for the use of the presumption of exercise of decisive influence. This creates an interesting parallel with the requirements for the responsibility of parent companies under national Tax Law (see below).

This approach has been confirmed by the EGC in *Arkema*:

“Il ressort en outre de la jurisprudence que, si une société mère détient la quasi-totalité du capital de sa filiale, il peut raisonnablement en être conclu que ladite filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché et qu’elle forme par conséquent, avec sa société mère, une entreprise au sens de l’article 81 CE. (...)”

Dans ces conditions, dès lors que la Commission prouve que la totalité ou la quasi-totalité du capital d’une filiale est détenue par sa société mère et que, par conséquent, cette

³⁴ ECJ, *Dansk Rørindustri*: 118.

³⁵ Whish, 2008: 85.

³⁶ EGC, *Coöperative Verkoop*: 138.

³⁷ EGC, *Coöperative Verkoop*: 137.

*dernière est en mesure d'exercer une influence déterminante sur la politique commerciale de sa filiale, il incombe à la société mère de renverser la présomption*³⁸.

The ECJ has not yet tackled this extension of the presumption.

(iii) Other cases

Apparently, as the case-law stands, in all other cases when the Commission may wish to attribute liability to the parent company (i.e. when the parent company has less than a 90% shareholding in the subsidiary), it will have to produce sufficient evidence to take both steps of the basic legal test: it must show that the parent company could exercise decisive influence over the subsidiary, and that it actually did so. In principle, this demonstration is possible also in relation to a minority shareholder (if there are factors awarding them control, in practice, over the company) and to situations of joint control.

The Commission must show that the companies in question constitute a single economic unit, and not that there were “*instructions given by the parent company to its subsidiary to participate in the cartel*”³⁹.

Decisive influence must be assessed within the context, in particular, of the “*economic, organizational and legal links between those two entities*”⁴⁰, and it should relate to the subsidiary’s commercial policy⁴¹, since the fundamental criteria behind the single economic entity doctrine have to do with conduct on the market.

That being said, the decisive influence does not have to relate to the subsidiary’s “*commercial policy in the strict sense*” (i.e. distribution and pricing strategy) – according to the EGC, the Court has, in these contexts, looked at pricing policy, production and distribution activities, sales objectives, gross margins, sales costs, cash flow, stocks and marketing, etc., but “*it cannot be inferred that it is only those aspects that are covered by the concept of the business policy of a subsidiary for the purposes of the application of Articles 81 EC and 82 EC with respect to the parent company*”⁴².

38 EGC, *Arkema*: 69-70; see also EGC, *Michelin*: 290.

39 EGC, *Bolloré*: 132.

40 ECJ, *Akzo Nobel*: 58; ECJ, *Dansk Rørindustri*: 117.

41 EGC, *Akzo Nobel*: 63-64; EGC, *Coöperative Verkoop*: 136.

42 EGC, *Akzo Nobel*: 63-64.

The following are a few examples of the elements which have been considered relevant in the case-law:

- Representation of the subsidiaries by the parent company during the administrative proceedings before the Commission (the “sole interlocutor”); or even prior representation in other contexts⁴³;
- Inclusion of the subsidiary in a vertical integration scheme⁴⁴;
- Presence on the board of the subsidiary of a member of the parent company’s Board of Directors, or of persons with management-level positions within the parent company, even if they do not have authority as agents of the parent company, since they can ensure that *“the subsidiary’s course of action on the market is consistent with the line laid down at management level by the parent company”*⁴⁵.

While the burden of proof is, so far, clearly assigned to the Commission (notwithstanding uncertainty as to the limits of the case-law on quasi-full ownership), the evidentiary standard is obscure. Since the ECJ does not generally review assessments of facts by the EGC, it is likely that this standard will, for practical purposes, come to be determined by the EGC alone⁴⁶, which has shown a greater openness to a more straightforward application of the single economic entity doctrine.

3. PARENT COMPANY LIABILITY UNDER PORTUGUESE LAW

3.1. Corporate Law

3.1.1. General assessment: the group as a legal unit?

It has been noted that *“in the group everything is different”*⁴⁷ and *“everything is more complicated”*⁴⁸. Despite the traditional view centered on the single corporation (“entity approach”), the need to adapt general Corporate Law to the reality of corporate groups has long been recognized, trying to balance

43 ECJ, *Dansk Rørindustri*: 120.

44 EGC, *Bolloré*: 147; AG Mischo, *Stora Kopparbergs*: 50.

45 EGC, *Bolloré*: 137-140; see also ECJ, *Dansk Rørindustri*: 120.

46 ECJ, *Metsä-Serla*: 30 and 37; ECJ, *Dansk Rørindustri*: 122.

47 Wiedemann, 1988: 9.

48 Fleischer, 2005: 759.

“unit” and “multiplicity”⁴⁹ and to harmonize the singular interests of affiliated corporations, their shareholders and creditors, on the one hand, and the “interest of the group” as a whole, on the other hand. Especially, the deepening of economic integration and the higher degree of centralization within the group, as well as the inevitable dilution of the individual corporation in the group as an economic unit, all bring the problem of imputability to the center of the debate on corporate groups.

In spite of the evidence of the group as an *economic unit*, Portuguese Corporate Law – as others – does not treat it as a *legal unit*. Moreover, unlike other legal systems (e.g., German), Portuguese courts and literature have never sustained the unity or the personification of the group, nor have they, in any other way, followed an “enterprise approach”. Among the conceptions defended abroad, the classic “unity theory” (*Einheitstheorie*), which appeared in the early stage of German *Konzernrecht*⁵⁰, above all at the hands of R. Isay, saw the group as a “complex undertaking” composed by several corporations, and drew significant consequences from this interpretation, such as the acknowledgement of a protection against disturbances engendered against it. From there, Haussmann went a step further and argued that corporations would become confused with the group itself, to the point where each corporation would even stop being treated as a corporation and could not individually be the subject of rights and duties anymore. From a no less daring perspective, the group would appear as a *network*: a flexible net where we would find semi-independent centers of decision, well articulated and coordinated⁵¹. More modest conceptions would regard the group as a civil partnership⁵², which would also allow treating it as a legal unit.

None of these theories – long criticized even in the context of German Law – have ever found any echo or support in Portuguese Law. However, the imputation problems are acknowledged and must be solved. Portuguese Corporate Law tries indeed to tackle those problems in a set of rules which allow us to identify the Portuguese legal system as one of the few which systematically regulates groups of corporations (mainly alongside the German *Aktiengesetz*). Nevertheless, there are important gaps in Portuguese

49 Bälz, 1974: 320; Teubner, 1990: 67.

50 Hommelhoff, 1982: 2.

51 Teubner, 1993: 281.

52 Koppensteiner, 2006: 175.

Law, especially because it adopts a restrictive concept of “group”: the exercise of control or dominant influence over the subsidiary is not enough to speak of a group, which is only legally acknowledged when control arises out of full ownership or of contract [articles 488 *et ss.* of the Portuguese Companies Code (PCC)]. Therefore, many groups arise *de facto*, but are not legally recognized (they are not *de jure* groups), even though the interests involved require protection. Moreover the PCC does not regulate groups of companies when one or more of the members of the group are not headquartered in Portugal (article 481), which represents a notable limitation on the efficacy of this law.

3.1.2. Parent company liability in general

Under Portuguese Law, the liability of parent companies varies according to the type of group. While the PCC foresees a special liability regime for parent companies of *de jure* groups, there are no similar provisions for *de facto* groups. In the case of the latter, creditors may only find an additional level of protection in general Civil Law mechanisms, which remain relatively unexplored.

In *de jure* groups, parent companies are entitled to issue detrimental orders to their subsidiaries, with no need to ensure specific compensation, as long as the envisaged action meets its own interests or the interests of another company in the group (Art. 503 PCC). Thus, one usually finds references to a “group interest”⁵³, which is not so much a “common interest” of the grouped societies, but rather coincides with the interest of the parent company in the economic performance of the group⁵⁴. The large degree of lawful instrumentalization of subsidiaries justifies the broader liability foreseen for such groups. Thus:

- The *parent company is liable for the subsidiary’s debts* (Art. 501 PCC): this is a direct and unlimited liability for all debt, imposed *ipso jure* on the basis of the group relationship. The parent company is held liable even if it played no role in the acceptance of the obligation that led to the debt and, what’s more, even if it has never actually exercised influence over the subsidiary. Creditors are, thus, vastly protected, based exclusively on the

⁵³ Engrácia Antunes, 2002: 738.

⁵⁴ Perestrelo de Oliveira, 2007: 103.

possibility of exercise of decisive influence⁵⁵. This has been described as a manifestation of the lifting of the corporate veil⁵⁶.

- *Directors are liable for instructions that do not meet the required standards of diligence* (Art. 504 PCC): suits may be brought by the subsidiary itself or by minority partners, regardless of their share of the capital. Although not explicitly foreseen, one must also admit subrogation suits by creditors, as long as the respective conditions are met (Arts. 606-609 of the Portuguese Civil Code).
- *The parent company is jointly and severally liable with its directors*, in accordance with the general principles of the Civil Code (Art. 483) and the Portuguese Companies Code (Art. 6(5)).
- *The parent company must cover the subsidiary's losses* (Art. 502 PCC): the parent company must compensate its subsidiary for losses incurred within a group, regardless of their cause. This mechanism is very fragile, however, not only because it rests on easily manipulated accounting instruments, but mostly because it can only be enforced at the moment of the termination of the group relation, not while the subsidiary is still within the group (differently, e.g., from the solution under German Law).

As a result of these complementary mechanisms, creditors of subsidiaries are awarded a rather significant level of protection, being able to rely on the parent company for the payment of debts, even if the facts that led to such debts were entirely alien to it. This deeply contrasts with the protection of creditors in *de facto* groups, rendering the Portuguese Companies Code strikingly incoherent.

In *de facto* groups, the liability of the parent company remains a largely unexplored issue in Portuguese Law. Differently from German Law – the main source of inspiration for Portuguese regulation of groups – hardly any legal relevance is awarded, in Portugal, to *de facto* groups, i.e. groupings of companies wherein unitary economic direction rests on something other than a subordination contract or full ownership. It should be noted, moreover,

55 Criticizing this solution, Engrácia Antunes, 2002: 803.

56 Menezes Cordeiro, 2000: 131.

that full ownership does not give rise to a *de jure* group when the owner is a natural person⁵⁷.

Although the issues facing *de jure* and *de facto* groups are essentially identical, and despite the extraordinary proliferation of *de facto* groups, the PCC is completely silent as to the protection of interests affected by the latter. Thus, in most cases where a company exercises “decisive influence” over another, including cases of quasi-full ownership, the liability of the parent company is not specifically regulated. The sole exception is when the parent previously held full ownership, in which case the regime of *de jure* groups continues to be applicable (Art. 489(4)(c) PCC, *a contrario*).

Nonetheless, in our view, there are several ways of arriving at the liability of the parent company in *de facto* groups, on the basis of general Civil Law provisions:

- *Liability on the grounds of trust or expectations*: the idea of a protection of expectations specific to the law of groups, initially put forward in Germany by Reh binder⁵⁸, and hesitantly received in doctrine⁵⁹ and in case-law⁶⁰, holds that, in certain cases, the protection of third parties is justified by the creation of a perception of “unitary undertaking”. The use of advertising, brands, logos and other common identifying features all allow the subsidiary to avail itself of the goodwill already established for the group as a whole. It is thus often argued that such public presentations of group identity create legitimate expectations in third parties which should be legally protected⁶¹. However, such liability depends on meeting strict requirements⁶² and, therefore, cannot be seen as a general mechanism for achieving liability of the parent company for a subsidiary’s obligations.
- *Liability of the parent company as de facto director of the subsidiary*: parent companies often meet the requirements to be held as *de facto* directors, allowing for their (at least civil) liability in relation to the subsidiary

57 Perestrelo de Oliveira, 2009: 1121

58 Reh binder 1969: 324.

59 Wiedemann, 1988: 89, Canaris, 1971: 371.

60 See, e.g., BGE, *Swissair*.

61 Rieckers, 2004: 1; Lutter, 1997: 293; Brechbul, 1998: *passim*; Kuzmic, 1998: *passim*.

62 Carneiro da Frada, 2004: *passim*.

and even third parties. Essentially, the law requires lasting and broad management influence by someone who is not a *de jure* director, so that one may identify the “*positive exercise of management functions similar or comparable to those of formally appointed directors*”, with “*autonomous decision making power*” and “*a certain permanence and systematic nature*”⁶³. It has been noted that “*the group constitutes (...) a structure particularly capable of giving rise to situations which can be subsumed to the concept of de facto directors*”⁶⁴. A strict interpretation should, however, be followed⁶⁵: whenever *de jure* directors remain essentially free in their management, despite obedience to instructions or general policies set by third parties, the figure of the *de facto* manager should not be called upon.

- “*Lifting of the corporate veil*”: the lifting of the corporate veil, on the basis of *bona fide*, traditionally holds a special position within corporate groups⁶⁶. However, one should keep in mind that it cannot be generally applied to legal personality within the group⁶⁷ and that it is not an “*absolute means of imputation*”⁶⁸. Since a “multi-company undertaking” cannot be the subject of rights and obligations, the lifting cannot be directed at the group or, as has been put forward, against the multi-company network in itself (*Haftungsdurchgriff auf den Konzernverbund selbst*)⁶⁹. The group increases the likelihood of the occurrence of factual circumstances that may justify the lifting – *maxime* the entanglement of legal spheres or similar types of abuse⁷⁰, but the mere existence of economic, financial and administrative integration, and of control or of unitary direction, are an insufficient justification. The principles developed in case-law and doctrine on the disregarding of personality in general are, thus, applicable to the group. In particular, this mechanism must continue to be applied in restrictive terms – indeed, its exceptional nature

63 Ricardo Costa, 2006: 29.

64 Embid Irujo, 2003: 974.

65 Pereira Dias, 2007: 132.

66 Menezes Cordeiro, 2000: 131.

67 Emmerich & Habersack, 2009: 307.

68 Bork, 1994: 237.

69 Teubner, 1991: 209.

70 Ribeiro, 2009: *passim*.

may even deserve particular emphasis in this domain. Its acceptance in case-law has tended to be limited to cases where legal personality has been used “*illicitly or abusively in such a way as to cause damages to third parties*”, and it should only be invoked “*when there is no other legal basis to challenge the behaviour of the director or company in question*”⁷¹.

Generally, this mechanism is used only to control partners’ use of companies to (objectively or subjectively) pursue illegal aims, in the absence of an alternative adequate legal provision. In any case, only a very limited number of liability issues in groups may be solved through the “lifting of the veil”, in this strict sense.

- *Liability for measures against livelihood (Existenzvernichtungshaftung)*: this theory of German case-law and doctrine concerns so-called “qualified *de facto* groups”, i.e., groups where the intensity of unitary management is such that it is no longer possible to individualize specific damages-causing measures. While initially there was a tendency to apply, through analogy, the rules relating to *de jure* groups⁷², after the Bremer-Vulkan judgment it has been held that the parent company is liable for the termination or the endangering of the existence of the subsidiary. This was first treated as a situation of “lifting of the veil”⁷³, and subsequently as tort liability⁷⁴. The issue has not yet been addressed in the Portuguese legal order.

These various mechanisms might theoretically allow for an effective protection of companies’ creditors. This, however, requires their efficient enforcement by the courts, namely through the easing of the standard of proof and through judicial reversals of the burden of proof, which are as yet uncommon in national case-law and doctrine⁷⁵.

Although general Civil Law mechanisms may to some extent compensate for legislative shortcomings, it would clearly be preferable to see the explicit introduction of protective mechanisms at the level of *de facto* groups, so as

⁷¹ Porto CA, 25 October 2005; Lisbon CA, 5 July 2000.

⁷² BGH, *Autokran; Tiefbau; Video; Stromlieferung; TBB*.

⁷³ BGH, *KBV*.

⁷⁴ BGH, *Trihotel*.

⁷⁵ For a portrayal of the differing situation under German Law, see Baumgartel *et al.*, 2009: 230-257.

to avoid the “*hypocrisy*” in which these currently exist⁷⁶. It is perhaps not a coincidence that, while the relevant rules of Portuguese Law are only applicable to *de jure* groups, most groups are *de facto* ones.

3.1.3. Parent liability for subsidiaries’ infringements

Under Corporate Law, the liability of parent companies for illegal actions attributed to subsidiaries may be specifically tackled in different ways, of which we highlight the following:

- *Debts*: if the obligation to pay compensation (tort liability) or a fine (administrative offences) has translated into a debt of the subsidiary, in accordance with Art. 501 PCC, the parent company may be held liable, in the cases of full ownership (or in the rare cases of subordination contracts), with no further evidence being required beyond complete control over the subsidiary. Decisive influence is not enough.
- *Complicity*: even in the absence of complete control, the parent company is liable if it was an accomplice in the facts in question, under general provisions.
- *Fraud or abuse*: the corporate veil may be lifted in case of fraud or abuse of the legal personality. A similar and increasingly autonomous option is to hold the parent company directly liable when it issued instructions that jeopardized the livelihood of the subsidiary, leading it to bankruptcy and to the resulting inability to pay its debts (*Existenzvernichtungshaftung*).

Thus, even if limited to situations of debts, in cases of complete control the parent company may be held liable solely on the basis of the possibility to exercise control, with no need to show actual exercise of control. In other cases, the parent company may only be held liable if it participated (or was an accomplice) in the facts, if there was abuse of legal personality, or if it jeopardized the subsidiary’s livelihood.

3.1.4. Bottom-line: entity approach v. enterprise approach

Despite the almost absolute hegemony of the “entity approach” in Portuguese Law, the legislator has also taken into account considerations typical of “enterprise law” in relation to *de jure* groups. Thus, the law foresees that the

⁷⁶ Spada, 1996: 2191.

parent company is liable for subsidiaries' debts, exclusively on the basis of full ownership.

Occasionally, the parent company is also deemed liable for infringements carried out by subsidiaries, so as to protect certain social values (e.g. environmental protection), but only in cases of fraud or abuse. This corresponds to the general principle according to which a parent company may be liable for the conduct of a subsidiary whenever legal personality has been abused. Aside from this strict sense of the lifting of the corporate veil, the parent could only be liable if it is shown that it instructed or otherwise participated in the unlawful conduct in question.

The rules applicable to *de facto* groups are very similar: the parent company may only be held liable for unlawful conducts of subsidiaries in one of the previously described circumstances. However, especially in the case of the lifting of the corporate veil, particular care must be taken, being mindful of the justifications of legal personality and limitation of liability.

It should be noted that, under Tax Law, the legislator has also taken large steps to lift the corporate veil, much closer to those taken in Competition Law. Under articles 69 and 70 of the Portuguese Corporate Income Tax Code (following a solution apparently common to most Member States), the parent company is responsible for calculation and payment of the corporate income tax for the entire group, defined as including those companies where, directly or indirectly, it holds at least 90% of the share capital (with additional requisites to guarantee, *inter alia*, an actual and non-transitional control).

In light of the above, it must be concluded that, if one were to apply the rules of Portuguese Corporate Law, parent companies could only be held liable for infringements of Competition Law if it were shown that they participated in the facts (e.g. as instigator) or if the requirements for the lifting of the corporate veil were met (which include wrongdoing).

3.2. Competition Law

EU Competition Law is (also) enforced by national competition authorities, but in accordance with their own national procedural legislation, which determines, *inter alia*, the regime applicable to fines (Art. 5 of Reg. 1/2003). National competition authorities often apply EU and national Competition Law, in parallel, to the same infringements, as they are bound to do whenever there is an effect on trade between Member States (see Art. 3 of Reg. 1/2003).

In what is relevant for the present discussion, the Portuguese Competition Act has many similarities with European Competition Law, but also some differences, that may or may not impose a different approach to the issue of parent company liability.

The concept of “single economic entity” is recognized and enforced. Indeed, Art. 2 of the Competition Act has taken on that concept, as foreseen in EU case-law, in order to define the notion of “undertaking”. It even goes further than EU Competition Law, by directly tying the notion of “*interdependence or subordination*” (in essence, the power to control, or to exercise decisive influence) to the list of criteria used to include companies within the same economic group, when calculating market shares and turnover in the context of merger control (majority shareholding, more than half the votes, right to appoint majority of members of the Board, etc.). In other words, under Portuguese Competition Law, the determination of which companies fall within the same “single economic entity” has been legally tied to the criteria used in merger control.

The Act is applicable to any practices whose effects are or may be felt on Portuguese territory (Art. 1(2)), and it expressly foresees the possibility of decisions being addressed to foreign companies (Art. 23(2)). Fines are addressed to the “*undertakings that took part in the infringement*” (Art. 43(1)), and limited to 10% of those undertakings’ turnover in the last year of the infringement (with no territorial limitation as to where this turnover was obtained). There is an article dealing specifically with attribution of liability (Art. 47), but it does not tackle parent company liability. Art. 44 lists several of the mitigating and aggravating factors recognized in the Commission’s Guidelines on fine setting.

Thus, the letter of the Portuguese Competition Act, in itself, seems to allow the same interpretation that has been adopted at the EU level (or an even more expansive one) in what concerns fine setting and parent company liability. And yet, there appear to be substantial differences in the practice and interpretation followed by the European Commission and the Portuguese Competition Authority (PCA).

It is impossible to determine with certainty if this indeed is the case, since the PCA does not publish its decisions under Arts. 101 and 102 TFEU and their national equivalents (the Competition Act does not explicitly foresee the publication of such decisions), and there are no guidelines on fine setting.

Nonetheless, there are strong indicia, based on publicly available information, suggesting that the PCA has applied fines to subsidiaries found to have participated in cartels, rather than to their parent companies, even though they constituted a single economic entity, as is shown in the following examples:

- in *Nestlé Portugal* (31/04), a € 1 million fine was imposed on the national subsidiary of the Swiss-based Nestlé group;
- in *Vatel* (21/05), a € 545.000 fine was imposed on the national subsidiary of the German-based Esco group;
- in *Coimbra Hospital Centre* (06/03) and in *Complementary means of diagnostics* (04/05), fines were imposed on the national subsidiaries of the American-based Abbott group (€ 7,65 million), the German-based Bayer group (€ 5,85 million), the Italian-based Menarini group (€ 2,8 million), and the American-based Johnson & Johnson group (€ 1 million); and
- in *Coimbra Hospital Centre* (06/03), a € 650.000 fine was imposed on the national subsidiary of the Swiss-based Roche group.

Thus, even though the concept of undertaking, the relevant rules applicable to fines and the substantive provisions being enforced are identical, the same infringement will be attributed to the parent company of the group or exclusively to the national subsidiary, depending on which authority handles the case – the European Commission or the PCA. It being fair to assume that similar situations arise in other Member States, there seems to be a curious unevenness in decentralized enforcement within the European Competition Network.

This being said, the question becomes: what justifies the difference between the interpretation of essentially similar Competition Law provisions at the EU level and at the national level? It should be noted that the apparent difference discussed below relates only to the imposition of fines by the PCA, and not to civil proceedings (i.e. private enforcement).

One should consider that, unlike the European Commission, which can decide on fines while moving almost exclusively within Competition Law – with some limits imposed by fundamental rights –, the PCA is bound by the Competition Act, but also, in whatever is not specifically foreseen therein, by the General Regime for Administrative Offences (GRAO – see Art. 22(1) of the Portuguese Competition Act).

Art. 7(2) of the GRAO seems to suggest that a fine can only be imposed on legal persons if the infringements were carried out by their own bodies in the exercise of their respective functions, and Art. 8 excludes strict liability.

However, the issue is not whether the GRAO (and the Criminal Procedural Code) allows the fining of parent companies for infringements carried out by subsidiaries, but whether the Portuguese Competition Act has derogated from the GRAO, imposing a *lex specialis* in this respect (see Art. 22(1)), as it has in so many others, such as for the amount of fines or for, within limits, the principle of *nemo tenetur se ipsum accusare*⁷⁷. It should be noted that, unlike the debate around self-incrimination, the attribution of liability to a parent company does not bring into play a comparable fundamental right with explicit constitutional protection.

It is our belief that the Competition Act, by imposing the functional concept of undertaking, and foreseeing fines directed at “undertakings” as defined within that Act, does indeed constitute a *lex specialis* for this purpose. Even if one were to oppose derogation from the principle of personal responsibility or from the prohibition of strict liability, it must still be recognized that Competition Law addresses its prohibitions to the single economic unit, not to the legal entity, and thus it is only at that level which fault must be sought. As long as fault is ascribed to the single economic entity in question, there is no violation of either of those principles. One should indeed note that it is the law itself that creates a special legal subject in what concerns competition law: not the literature or the courts.

The Portuguese Competition Authority’s option to direct fines at national subsidiaries alone, rather than also to foreign parent companies, seems to have more to do with policy, than with insurmountable legal obstacles.

It should also be noted that the PCA faces an obstacle which is absent at the European level, i.e. particularly conservative views at the level of judicial control. Ironically, the Courts responsible for controlling the Authority’s decisions – the Commercial Courts – are specialized in Corporate Law and, thus, firmly rooted in the ideology thereof. Even though the Lisbon Commercial Court has recognized that the GRAO is only subsidiarily applicable, it has refused to attribute liability to a parent company, arguing

⁷⁷ See Teixeira, 2009: 114; Sousa Mendes, 2009: 211-212; Sousa Mendes, 2010: 123-124 and 138-142; Martinho, 2010: 171-172; Ramos, 2010: 178-179, and judgments of the Lisbon Commercial Court quoted in these works.

that the concept of single economic entity does not allow for the sanctioning of companies that did not themselves carry out an unlawful act, since administrative offences are incompatible with strict liability⁷⁸.

Although, ultimately, it is up to the Appeals Court, and possibly to the Constitutional Court, to settle this issue, an opportunity for review must first arise. Only the PCA can create such an opportunity.

4. IS IT FAIR?

4.1. Internal coherence and fairness within Competition Law and policy

Criticism of the case-law that has allowed parent companies to be found jointly and severally liable for their subsidiaries' infringements of competition law seems to be based on a fundamental misconception of the applicable legal framework.

This misconception is shown in the attempt to apply concepts of undertakings and liability regimes, arising from Civil and Corporate Law, to another branch of the law, where a functional concept of undertaking prevails, which is intimately connected to Economic theory, and specifically to the theory of the firm⁷⁹.

These approaches fail to recognize that, even if there are general rules shielding parent companies from liability for the actions of their subsidiaries, Competition Law emerges as a *lex specialis*, which derogates from those general rules whenever it contradicts them. This holds true both for EU Law and for national law. General rules are derogated to the extent that Competition Law and its fines are aimed at undertakings, as defined by Competition Law (single economic entities).

The question is not whether a parent company can be held liable for an obligation of a subsidiary, but whether there is a special rule of law which imposes directly on the parent company the obligation to pay a fine imposed on the basis of a conduct of its subsidiary. Such a special rule is supposedly justified by an overriding public interest. As was mentioned above, the protection of competition (with the ultimate goal of consumer welfare) is not the only public interest which the legislator has found to justify the lifting of the corporate veil (see Environmental Liability Directive and Portuguese

⁷⁸ LCC, *Vatel*: 6-8.

⁷⁹ Williamson, 2009: 726.

Environmental Liability Act). Indeed, the *effet utile* of Competition Law would be jeopardised if the veil were not removed, since the successful enforcement of fines would be “jeopardised by (...) transfers of assets between the parent company and its subsidiaries”⁸⁰, and their dissuasive effect would be significantly reduced by the artificial interposition of separate legal entities with much smaller ranges of activities and turnovers.

These ideas have guided the case-law from the beginning:

*“In the circumstances, the formal separation between these companies, resulting from their separate legal personality, cannot outweigh the unity of their conduct on the market for the purposes of applying the rules on competition”*⁸¹.

And the discussion of this issue in the current leading case could not have made it clearer:

“It must be observed, as a preliminary point, that Community competition law refers to the activities of undertakings (...), and that the concept of an undertaking covers any entity engaged in an economic activity, regardless of its legal status and the way in which it is financed.

The Court has also stated that the concept of an undertaking, in the same context, must be understood as designating an economic unit, even if in law that economic unit consists of several persons, natural or legal (...).

When such an economic entity infringes the competition rules, it falls, according to the principle of personal responsibility, to that entity to answer for that infringement (...). The infringement of Community Competition Law must be imputed unequivocally to a legal person on whom fines may be imposed (...).

[Repetition of basic ICI principle on possibility of attribution of liability to the parent company]

*That is the case because, in such a situation, the parent company and its subsidiary form a single economic unit and therefore form a single undertaking for the purposes of the case-law mentioned [above]*⁸².

⁸⁰ Opinion of AG Kokott, *Akzo Nobel*: 43.

⁸¹ ECJ, *ICI*: 140

⁸² ECJ, *Akzo Nobel*: 54-59; see also EGC, *Akzo Nobel*: 58; EGC, *Arkema*: 66.

These clarifications accurately show why the attribution of a subsidiary's infringement to its parent company, in this context, does not introduce strict (i.e. no fault) liability, and is compatible with the principle of personal responsibility and with the presumption of innocence⁸³.

Another aspect of the debate, too often silenced, concerns internal incoherence within Competition Law. There is no apparent reason why decisive influence should be assessed differently when applying the Merger Regulation or when attributing Arts. 101 or 102 infringements to a parent company. Thus, the fact that the Merger Regulation requires only the possibility of control (not the demonstration of actual exercise) introduces an aberrant double-standard⁸⁴, as does the difference in criteria for what must be shown in order to establish decisive influence.

Furthermore, even within the context of Art. 101, imputability is a two-bladed sword. As expressed by A.G. Mischo:

“The principle of imputability does not work in only one direction, that is to say, it does not serve solely to place on the parent company responsibility for an infringement committed by the subsidiary; it also serves to take certain conduct outside the scope of Article [101] of the Treaty, because where the subsidiary does not enjoy any real autonomy in determining its course of action on the market, the prohibitions laid down by Article [101(1)] may be considered to be inapplicable in the relationship between it and the parent company with which it forms one economic unit”⁸⁵.

Companies welcome the inapplicability of Competition Law to relations between parents and subsidiaries, allowing them to reach whatever agreements they wish within the group on the grounds that they constitute a single economic unit⁸⁶, but then wish to discard that approach when it comes to paying fines. Interestingly, history shows that the exclusion of intra-group

⁸³ See further Opinion of AG Kokott, *Akzo Nobel*: 39 and 74; for a theoretical underpinning to the relation between presumptions in Competition Law and presumption of innocence, see Castillo de la Torre, 2009: 517-519.

⁸⁴ Wils, 2000: 106-107.

⁸⁵ Opinion of AG Mischo, *Stora Kopparbergs*: 26.

⁸⁶ ECJ, *Béguelin*: 8-9; ECJ, *Centrafarm*: 41; ECJ, *VIHO Europe*: 51.

agreements from the scope of antitrust scrutiny is merely a possible, rather than necessary, solution⁸⁷.

Companies are also more than happy with a double standard in the requirements of imputability in each situation. In fact, the double standard seems to be sanctioned by Commission practice. If company A holds 60% of company B, the latter is assumed to belong to the same economic unit as A, and Art. 101 TFEU is not applicable to agreements between them. It is difficult to provide specific examples of this approach, since the issue would mostly arise in the context of the now-extinct comfort letters, which were not public. The case-law appears to be favourable to this approach, following an *a contrario* interpretation⁸⁸.

If the Commission wants to challenge intra-group agreements under Art. 101, it has to provide enough evidence that, despite a majority shareholding, company A does not exercise a decisive influence over company B. Considering the difficulty of access to such intra-group information and the need to prove a negative fact, this is a very difficult task.

Thus, when it comes to the interdiction of anti-competitive intra-group agreements, there seems to be a presumption of exercise of decisive influence which is closely tied to the notion of control under the Merger Regulation – beginning at the majority of shares, not at quasi-full ownership – and which is very difficult to rebut.

In other words, each blade of the sword is forged with a presumption meant to be used by each party in antitrust fencing – the Commission or companies –, and which allows for little defense by the other, but the blade used by companies is by far larger.

A possible explanation for this fundamental inconsistency in the case-law approach to what is, after all, the very same issue, may be that the Courts have never been fully able to move beyond preconceptions arising from Corporate Law notions of legal personality and limits to liability.

But, while this may be the legal solution *de jure condito*, the debate would not be complete without tackling the desirability and justification of this solution.

From a policy perspective – in order to answer the question “is it fair?” – the justification of the lifting of the corporate veil in the context of Competition

87 Williamson, 2009: 732.

88 EGC, *Baustahlgewebe*: 107.

Law enforcement must be that public interests are being pursued which outweigh the interests being pursued by the general rules on legal personality and liability. Competition Law aims at protecting the competitive process, with the ultimate goal of increasing consumer welfare. The general rules on legal personality and liability aim at protecting freedom of economic initiative and organization, and are essentially guided by concerns of economic promotion and incentive. The choice of allowing the first goal to restrict the latter has much to do with liberal v. State-guided approaches to the market economy.

It is clear that the founding Treaties are based on the assumption (expressed in the German ordoliberal school of thought) that one objective does outweigh the other, as all Competition Law is based on a restriction of the freedom of economic initiative and enterprise. And we happen to agree with that assessment.

However, one must also be persuaded that the derogations from the general rules are proportional to the degree in which one interest outweighs the other. We believe this proportionality test to be met.

It is fair to attribute liability to parent companies and to calculate the applicable fine in relation to the turnover of the group. Such an approach is compatible, and indeed required, by the purpose of antitrust fines. As summarized by one author:

“In imposing fines and periodic penalty payments, the Commission’s main aim is to ensure that the prohibited conduct does not recur. Thus, the essential purpose of both types of penalty is, in the main, to deter and persuade. In the specific case of fines, the Community Courts have recognized their twofold character, in that they punish past acts and have a general deterrent effect for the future, and this applies not only to the undertaking involved, but also to others who might be tempted to engage in the same type of conduct. (...) The focus on the “deterrent effect” of fines is of particular relevance where the infringement involves large undertakings which are presumed to have the legal and economic knowledge and their internal structures will enable them more easily to recognize that their conduct constitutes an infringement”⁸⁹.

By applying fines to the legal entity at the head of the single economic unit, competition authorities drastically increase their dissuasive effect. The parent company is made to take full responsibility for eliminating anti-competitive

⁸⁹ Ortiz Blanco 2006: 442-443.

behaviour within the group of companies it controls⁹⁰. This approach is also justified by the need for efficient and result-maximizing management of the competition authorities' limited resources.

And it is fair to introduce a rebuttable presumption to facilitate this attribution of liability. Presumptions are a commonly used and necessary tool in Competition Law, given the difficulties the authorities and private parties face in obtaining extensive evidence of practices: *“the characteristics of evidence tendered as proof of infringements of competition rules imply that it must be open to the authority or private party on whom the burden of proof lies to draw certain conclusions from typical sequences of events on the basis of common experience. (...) The facts and information which are necessary for that purpose originate in any case in the domain of the parent and subsidiary company. It is therefore perfectly justifiable to require the latter to discharge the burden of adducing evidence in this respect”*⁹¹.

Then there is the issue of the two-bladed sword: there is an internal coherence and balance in the system, which allows presumptions to be established to benefit both the enforcing authorities and the targeted companies alternatively. As the case-law stands, this balance is actually tilted in favour of companies.

While many authors seek to identify in the case-law the imposition of a *probatio diabolica*, the evidentiary standard required from companies is nonetheless easier to meet than the one imposed on the Commission, which does not have complete access to and knowledge of undertakings' internal documents. Furthermore, as was highlighted by the EGC, in order to rebut the presumption, companies need not produce direct and irrefutable evidence of the subsidiary's autonomous behaviour on the market – it is sufficient that they put forward sufficient evidentiary elements to demonstrate such autonomy⁹², following the same standard of drawing conclusions from typical sequences of events, on the basis of common experience.

4.2. Reconciling Corporate and Competition Law?

Finding a parent company jointly and severally liable for an infringement carried out by a subsidiary tends to be presented as an affront to general

⁹⁰ Whish, 2008: 94.

⁹¹ Opinion of AG Kokott, *Akzo Nobel*: 72 and 75.

⁹² EGC, *Arkema*: 82.

principles according to which a person should only be responsible for its own conduct, and separate legal personality implies separate liabilities. Incidentally, it should be noted that some legal orders have gone as far as foreseeing criminal parental liability of natural persons for acts of their children⁹³. To a large extent, the separation of legal personalities allowed under Corporate Law has much to do with the protection of the patrimony of companies, and is aimed precisely at severing liability ties.

While this clear separation of liability does not always hold true (we have noticed that the parent company can be held liable on the basis of general rules and principles), there are clearly different levels of willingness to lift the corporate veil in these two branches of the law. Under general rules of Corporate Law and Civil Law, the parent company is normally only liable when it has participated in the facts or when legal personality has been abused. The mere exercise of control is not enough to attribute to it liability for subsidiaries' infringements.

And yet, it is clear that even these general rules allow for two types of exceptions to the limitation of liability: internal exceptions, reacting to abuses of such limitation, and external exceptions, relating to the protection of certain social values (consumer protection, environmental protection, etc.). In such cases, the (economic) values which justify the autonomous legal personality of companies give way to opposing values, such as those protected by Competition Law. The solution arrived at fits squarely within the logic of the system: it is the result of balancing the principles at stake, and determining which should prevail.

It is true that in the case of other external exceptions, such as under environmental liability rules, the parent company's liability still depends on the existence of abuse or fraud. But the fact that Competition Law does not require these conditions typically associated to the lifting of the corporate veil should not be overestimated. Actually, the exceptional nature of this branch of the law does not have to do with the rules for attribution of liability to the companies that constitute a group, but instead rests upstream, in the consideration of the group as an economic unit. The parent company is held liable because it is a part (the directing part) of that economic unit.

⁹³ See, e.g., Weinstein, 1991.

Without having to go as far as to identify in the group a “new corporate personality”⁹⁴, European and Portuguese Competition Law have valued the economic reality of the group above the protection of the formal separation of its constituting entities. This is not incoherent with the general rules of the legal system, nor does it necessarily imply a tendency for the creation of a new legal concept, under enterprise law, which might be used in all cases as the subject of a group’s rights and duties (right-and-duty bearing unit).

In the words of Blumberg: *“enterprise law is not a transcendental doctrine reflecting the emergence of a new legal unit – “economic entity”, “enterprise”, or “undertaking” – corresponding to the complex corporate organism conducting the activity. It does not supersede entity law, except in discrete areas where it better serves the underlying policies and objectives of the law. Entity law continues unchanged in other respects”*⁹⁵. This should appease at least some of the fears arising from parent companies’ liability under Competition Law.

There is also no encroachment on the principle of presumption of innocence, as it is not implied or assumed that the parent company has actually participated in the infringement. Rather, economic effects are imputed to the parent company – as they are in other fields –, on the basis of its responsibilities and powers within the group, of the objectives promoted by Competition Law and, ultimately, of considerations of distributive justice.

5. CONCLUSION

While some Member States are showing a tendency to lift the corporate veil even within the confinements of Corporate Law, general rules still do not attribute liability to parent companies for infringements carried out by their subsidiaries, on the basis of control alone. This is so despite the recognition of a “group interest”, allowing for a complete instrumentalisation of subsidiaries, and the self-promoted perception of groups as unitary undertakings. The European Union has been unable to reach an agreement on this level, even when it comes to the protection of values associated to other branches of the law, such as environmental protection. One exception to this state of affairs is Competition Law (it has been mentioned that Tax Law can also be seen as another exception).

⁹⁴ Blumberg, 1993: 232.

⁹⁵ Blumberg, 1993: 253.

Authors who criticize the Commission and the Courts for the ease with which they ascribe liability to parent companies for the anti-competitive behaviour of subsidiaries would do well to take a step back and reassess this issue within the full framework of Competition rules and policy. Perhaps the most surprising aspect of this case-law is precisely the overly careful approach to the fining of parent companies. The Courts have preferred to create a situation of internal incoherence in EU Competition Law, rather than risking too much of a shock to the traditional concept of legal personality and of the limits of corporate liability. This is so even though they recognize that the derogation from these general rules is the product of the enforcement of a *lex specialis*, justified by a balance between the opposing social values and legal interests at stake, a balance which is by no means a stranger to Corporate and Civil Law.

Now that the presumptions of exercise of decisive influence, in cases of full ownership or quasi-full ownership, have been settled, the Commission and the Courts must consider the next step and guarantee a level playing field for the enforcement of Competition Law. The internal logical coherence of Competition Law requires the evidentiary standard and the notion of decisive influence, for the purposes of attributing liability to parent companies, to be brought in line with those used in merger control, even if possibly limited to the dimension of positive control⁹⁶. Unless adequate justification is given for the continued double standard, the requirement of demonstration of actual exercise of decisive influence should be dropped, or, in the very least, the existing presumption should be extended. As highlighted by Wils, “*as long as the parent company retains the ultimate power to direct its subsidiaries’ (...)* operations, the degree of autonomy can only exist by its grace”⁹⁷.

Only after such harmonization has occurred will the two-bladed sword that is the concept of the single economic entity be fairly balanced. This has already been achieved (although only in theory) in Portuguese Competition Law, by legally tying the concept of single undertaking, under the national equivalents to Arts. 101 and 102, to the requirements for decisive influence used in merger control, without requiring actual exercise of decisive influence.

We have also noted a striking contrast between the enforcement of Competition Law by the European Commission and by the Portuguese NCA

⁹⁶ See Whish, 2008: 93.

⁹⁷ Wils, 2000: 103.

(a conclusion which might be extendable to other NCAs). The NCA repeatedly ignores the single economic entity doctrine present in its own law (as does the Lisbon Commercial Court), addressing its decisions on anti-competitive infringements to national subsidiaries, rather than foreign parent companies. The objective of decentralized and uniform enforcement of EU Competition Law cannot be achieved while different companies continue to be held liable for an infringement, depending on which authority handles the case.

In short, EU institutions must take the principles followed since long ago to their ultimate, logical consequences. And national competition authorities must decide whether to actually apply the single economic entity doctrine, and push it past the appeal procedure, or to strike it from their laws. It is time for the enforcement of Competition Law to complete the process of lifting the corporate veil. The son and the father are, after all, but two components of the same ethereal entity.

REFERENCES

CASE-LAW

- Judgment of the ECJ of 25 November 1971, *Béguelin* (22/71), ECR (1971) 949.
- Judgment of the ECJ of 14 July 1972, *ICI* (48/69), ECR (1972) 619.
- Judgment of the ECJ of 31 October 1974, *Centrafarm* (15/74), ECR (1974) 1147.
- Judgment of the ECJ of 25 October 1983, *AEG* (107/82), ECR (1983) 3151.
- Judgment of the EGC of 1 April 1993, *British Gypsum* (T-65/89), ECR (1993) II-389.
- Judgment of the EGC of 6 April 1995, *Baustahlgerewebe* (T-145/89), ECR (1995) II-987.
- Judgment of the ECJ of 24 October 1996, *VIHO Europe* (C-73/95 P), ECR (1996) I-5457.
- Judgment of the EGC of 20 April 1999, *Limburgse Vinyl* (T-305/94 etc.), ECR (1999) II-931.
- Judgment of the ECJ of 16 November 2000, *Stora Kopparbergs* (C-286/98 P), ECR (2000) I-9925.
- Judgment of the ECJ of 16 November 2000, *Metsä-Serla* (C-294/98 P), ECR (2000) I-10065.
- Judgment of the EGC of 30 September 2003, *Michelin* (T-203/01), ECR (2003) II-4071.

- Judgment of the ECJ of 2 October 2003, *Siderurgica Aristrain Madrid* (C-196/99 P), ECR (2003) I-11005.
- Judgment of the ECJ of 28 June 2005, *Dansk Rørindustri* (C-189/02 P etc.), ECR (2005) I-5425.
- Judgment of the EGC of 27 September 2006, *Coöperative Verkoop...* (T-314/01), ECR (2006) II-3085.
- Judgment of the EGC of 26 April 2007, *Bolloré* (T-109/02 etc.), ECR (2007) II-94.
- Judgment of the EGC of 12 December 2007, *Akzo Nobel* (T-112/05), ECR (2007) II-5049.
- Judgment of the EGC of 30 April 2009, *Itochu Corp* (T-12/03), ECR (2009) not yet reported.
- Judgment of the ECJ of 10 September 2009, *Akzo Nobel* (C-97/08 P), ECR (2009) not yet reported.
- Judgment of the EGC of 30 September 2009, *Arkema* (T-168/05), ECR (2009) not yet reported.
- Opinion of AG Mischo of 18 May 2000 in *Stora Kopparbergs* (C-286/98 P), ECR (2000) I-9925.
- Opinion of AG Kokott of 23 April 2009 in *Akzo Nobel* (C-97/08 P), ECR (2009) not yet reported.
- Portugal, Judgment of the Lisbon Commercial Court of 2 May 2007, *Vatel et al v. Portuguese Competition Authority* (LCC, *Vatel*).
- Portugal, Judgment of the Lisbon Court of Appeals of 5 July 2000 (Lisbon CA, 5 July 2000).
- Portugal, Judgment of the Porto Court of Appeals of 25 October 2005 (Porto CA, 25 October 2005).
- Germany, Judgment of the German Supreme Court of 19 June 1986, *Autokran*, BGHZ 95, 330 = NJW 1986, 188 = GmbHR 1986, 78 = AG 1986, 15 (BGH, *Autokran*).
- Germany, Judgment of the German Supreme Court of 20 February 1989, *Tiefbau*, BGHZ 107, 7 = NJW 1989, 1800 = GmbHR 1989, 196 = AG 1989, 243 (BGH, *Tiefbau*).
- Germany, Judgment of the German Supreme Court of 29 March 1991, *Video*, BGHZ 115, 187 = NJW 1991, 3142 = GmbHR 1991, 520 = AG 1991, 429 (BGH, *Video*).
- Germany, Judgment of the German Supreme Court of 11 November 1991, *Stromlieferung* (BGHZ 116, 37 = NJW 1992, 505 = WM, 1991, 2137 = AG 1992, 83) (BGH, *Stromlieferung*).

- Germany, Judgment of the German Supreme Court of 29 March 1993, *TBB*, BGHZ 122, 123 = NJW 1993, 1200 = GmbHR 1993, 283 = AG 1993, 371 (BGH, *TBB*).
- Germany, Judgment of the German Supreme Court of 17 September 2001, *Bremer-Vulkan*, BGHZ 149, 10 = NJW 2001, 3622 = GmbHR 2001, 1036 = ZIP 2001, 1874 (BGH, *Bremer-Vulkan*).
- Germany, Judgment of the German Supreme Court of 13 December 2004, *KBV*, BGHZ 151, 181 = NJW 2002, 3024 = GmbHR 2002, 902 = ZIP 2002, 1578 (BGH, *KBV*).
- Germany, Judgment of the German Supreme Court of 16 July 2007, *Tribotel*, BGHZ 173, 246 (2007) = NJW 2007, 2687 = ZIP 2007, 1552 (BGH, *Tribotel*).
- Switzerland, Judgment of the Swiss Federal Court of 5 November 1994, AG 1996, 44 (BGE, *Swissair*).

BOOKS AND ARTICLES

BÄLZ, Ulrich

- 1974 Einheit und Vielheit im Konzern, in *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen. FS für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag*, Tübingen: Mohr, pp. 287-338.

BAUMGARTEL *et al.* (eds.)

- 2009 *Handbuch der Beweislast. Grundlagen*, München: Carl Heymanns.

BLUMBERG, Phillips I.

- 1993 *The multinational challenge to corporation law. The search of a new corporate personality*, New York / Oxford: Oxford University Press.

BORK, Reihard

- 1994 *Zurechnung im Konzern*, ZGR 2/1994, pp. 237-165.

BRECHBÜHL, Beat

- 1998 *Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen*, Bern: Stämpfli Verlag.

CANARIS, Claus-Wilhelm

- 1971 *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München: Beck.

CARNEIRO DA FRADA, Manuel

- 2004 *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra: Almedina.

CASTILLO DE LA TORRE, F.,

- 2009 "Evidence, proof and judicial review in cartel cases", *World Competition*, vol. 32, n.º 4, p. 505 *et ss.*

COSTA, Ricardo

2006 “Responsabilidade civil societária dos administradores de facto”, in *Temas societários* n.º 2, Colóquios do IDET, Coimbra: Almedina.

EASTERBROOK, Frank H. & FISCHER, Daniel R.

1985 “Limited liability and the corporation”, *University of Chicago Law Review*, vol. 52, p. 89 *et ss.*

1991 *The economic structure of corporate law*, Cambridge /Massachusetts /London: Harvard University Press.

EMBED IRUJO, Antonio

2003 *El buen gobierno corporativo y los grupos de sociedades*, RDM 249 (2003), pp. 933-979.

EMMERICH, Volker & HABERSACK, Mathias

2008 *Konzernrecht*, 9.^a ed., München: Carl Heymanns.

ENGRÁCIA ANTUNES, José

2002 *Os grupos de sociedades*, Coimbra: Almedina.

FLEISCHER, Holger

2005 *Konzernleitung und Leitungssorgfalt der Vorstandsmitglieder im Unternehmensverbund*, DB 14/2005, pp. 759-766.

GERADIN, Damien & Henry, David

2005 “The EC fining policy for violations of Competition Law: an empirical review of the Commission decisional practice and the Community Courts’ judgments”, in *European Competition Journal*, vol. 1, no. 2, October 2005, pp. 401-473.

HASSMANN, Henry & KRAAKMAN, Reinier

1991 “Toward unlimited shareholder liability for corporate torts”, in *Yale Law Journal*, vol. 100, pp. 1879-1934.

HOMMELHOFF, Peter

1982 *Die Konzernleitungspflicht. Zentrale Aspekte eines Konzernverfassungsrechts*, Köln/Berlin /Bonn /München: Carl Heymanns.

HOPT, Klaus J.

2007 *Konzernrecht: Die europäische Perspektive*, ZHR 171, pp. 199-240.

KOPPENSTEINER, Hans-Georg

2006 anh. § 18, in *Kölner Kommentar Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, vol. VI, 3.^a ed., Köln / Berlin / München.

KUZMIC, Kristina

1998 Haftung aus “Konzernvertrauen”, Zürich: Schulthess.

LUTTER, Marcus

1997 *Haftung aus Konzernvertrauen?*, in *Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk*, Köln, pp. 229-245.

MARTINHO, Helena Gaspar

2010 “O direito ao silêncio e à não auto-incriminação nos processos sancionatórios do Direito Comunitário da Concorrência – uma análise da jurisprudência dos tribunais comunitários, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Vol. 1, no. 1, pp. 145-174.

MENEZES CORDEIRO, António

2000 *O levantamento da personalidade colectiva no Direito civil e comercial*, Coimbra: Almedina.

2005 *Direito europeu das sociedades*, Coimbra: Almedina.

ORTIZ BLANCO, Luis (ed.)

2006 *European Community Competition procedure*, 2nd ed., Oxford/New York: Oxford University Press.

PEREIRA DIAS, Rui

2007 *Responsabilidade por exercício de influência sobre a administração de sociedades anónimas*, Coimbra: Almedina.

PERESTRELO DE OLIVEIRA, Ana

2009 *in Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Coimbra: Almedina.

2007 *Responsabilidade civil dos administradores nas sociedades em relação de grupo*, Coimbra: Almedina.

RAMOS, Vânia Costa

2010 “*Nemo tenetur se ipsum accusare* e concorrência: jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Vol. 1, no. 1, pp. 175-198.

REHBINDER, Eckard

1969 *Konzernaussenrecht und allgemeines Privatrecht*, Berlin / Zürich: Gehlen.

RIECKERS, Oliver

2004 “Konzernvertrauen” und Konzernrecht, München: Beck.

RIESENKAMPFF, Alexander & KRAUTHAUSEN, Udo

2010 “Liability of parent companies for antitrust violations of their subsidiaries”, in *European Competition Law Review*, vol. 31, n.º 1, pp. 38-41.

SACRISTÁN REPRESA, Marcus

2005 *El grupo empresarial en el derecho comunitario. Perspectivas ante los cambios actuales en la UE*, in *Estudios de Derecho Mercantil Europeo*, Madrid / Barcelona, Marcial Pons, pp. 185-220.

SORINAS, Sergio & JORNS, Christine

2009 “When parents are liable: the impact of the Akzo Nobel and Arkema cases on the liability of parent companies for cartel offences committed by wholly-owned subsidiaries”, in *Competition Law Insight*, vol. 8, n.º 11, pp. 8-9.

SOUSA MENDES, Paulo de

2009 “O procedimento sancionatório especial por infracções às regras de concorrência”, in Palma, Maria Fernanda, Silva Dias, Augusto & Sousa Mendes, Paulo (ed.), *Direito sancionatório das autoridades reguladoras*, Coimbra Editora, pp. 209-224.

2010 “As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Vol. 1, no. 1, pp. 122-144.

SPADA, Paolo

1996 *L’alienazione del governo della società per azioni*, in *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di Studi, Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, vol. II, Milano, pp. 2175-2192.

TEIXEIRA, Carlos Adérito

2009 “Questões processuais da responsabilidade das pessoas colectivas no domínio do direito sancionatório da regulação”, in Palma, Maria Fernanda, Silva Dias, Augusto & Sousa Mendes, Paulo (ed.), *Direito sancionatório das autoridades reguladoras*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 107-137.

TEUBNER, Günther

1990 *Unitas multiplex: corporate governance in group enterprises*, in Sugarman Teubner, *Regulating corporate groups in Europe*, Baden-Baden: European Institute (Florence), pp. 67-104.

1991 “Unitas Multiplex. Das Konzernrecht in der neuen Dezentralität der Unternehmensgruppen”, in *ZGR* 1/91, pp. 189-217.

1993 *O Direito como sistema autopoietico* (translation of the German ed. of 1989), Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

WEINSTEIN, Toni

1991 “Visiting the sins of the child on the parent: the legality of criminal parental liability statutes”, in *Southern California Law Review*, vol. 64, p. 859 *et ss.*

WHISH, Richard

2008 *Competition Law*, 6th ed., Oxford / New York: Oxford University Press.

WIEDEMANN

1988 *Die Unternehmensgruppe im Privatrecht*, Tübingen: Mohr.

WILLIAMSON, D. V.

2009 “Organization, control, and the single entity defense in antitrust”, in *Journal of Competition Law and Economics*, December 2009, Vol. 5, n.º 4, p. 723 *et ss.*

WILS, Wouter P. J.

2000 “The undertaking as a subject of EC Competition Law and the imputation of infringements to natural or legal persons”, in *European Law Review*, vol. 25, pp. 99-116.

LEGISLATION AND OTHERS

Seventh Council Directive 83/349/EEC, of 13 June 1983, based on the Article 54(3) (g) of the Treaty on consolidated accounts, OJ L 193/1, of 18/07/1983 (7th Directive).

Council Regulation (EC) No. 1/2003, of 16 December 2002, on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ L 1/1, of 04/01/2003 (Reg. 1/2003).

Council Regulation (EC) No. 139/2004, of 20 January 2004, on the control of concentrations between undertakings, OJ L 24/1, of 29/01/2004 (Merger Regulation).

Directive 2004/35/CE of the European Parliament and of the Council, of 21 April 2004, on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage, OJ L 143/56, of 30/04/2004 (Environmental Liability Directive).

European Commission, Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003, OJ C 210/2, of 01/09/2003 (Commission Guidelines on fine setting).

Portugal, Decree-Law no. 47344, of 25 November 1966, as subsequently amended (Portuguese Civil Code).

Portugal, Decree-Law no. 433/82, last revised by Law no. 109/2001 (General Regime for Administrative Offences).

Portugal, Decree-Law no. 262/86, of 2 September, as subsequently amended (Portuguese Companies Code, or PCC).

Portugal, Decree-Law no. 442-B/88, of 30 November, as subsequently amended (Portuguese Corporate Income Tax Code).

Portugal, Law no. 18/2003, of 11 June, approving the legal framework for competition (Portuguese Competition Act).

Portugal, Decree-Law no. 147/2008, of 29 July, approving the legal regime of liability for environmental damage and transposing Directive 2004/35/EC (Portuguese Environmental Liability Act).

United States of America, Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act of 1980 (CERCLA).

O SISTEMA DE COMPETÊNCIAS PARALELAS E O PRINCÍPIO “NON BIS IN IDEM”

*Cristina Camacho**

ABSTRACT: Since May 2004, a new system of enforcement of now Articles 101 and 102 TFEU entered into force, allowing national competition authorities and the European Commission to act in parallel, within the European Competition Network (ECN). After examining the mechanisms of co-operation and case allocation within the ECN, this paper discusses the compatibility of the new enforcement system with the ‘ne bis in idem’ principle, which has been recognized by the Court of Justice of the European Union as a general principle of EU law.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O sistema de repartição de competências instituído pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003. 2. 1. A articulação entre a Comissão Europeia e as Autoridades nacionais de concorrência. 2. 2. A articulação entre as Autoridades nacionais de concorrência. 2. 3. A cooperação com os Tribunais nacionais. 2. 4. A retribuição de casos no interior da Rede Europeia de Concorrência (ECN). 3. O princípio “non bis in idem”. 3. 1. Breves considerações gerais. 3. 2 O princípio “non bis in idem” no direito da União Europeia. 3. 2. 1. O princípio “non bis in idem” no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça. 3. 2. 2. O princípio “non bis in idem” no direito europeu da concorrência. 3. 2. 2. 1. A aplicação paralela da legislação de concorrência nacional de um Estado-Membro e da UE. 3. 2. 2. 2. A aplicação paralela da legislação de concorrência da EU e extra-EU. 4. Da compatibilidade do Regulamento (CE) n.º 1/2003 com o princípio “non bis in idem”. 5. Considerações finais.

* Jurista no Gabinete de Relações Internacionais da Autoridade da Concorrência. As posições expressas neste artigo são da inteira responsabilidade da autora e não vinculam a Autoridade da Concorrência. O presente artigo corresponde a uma versão actualizada do essencial do Relatório apresentado no Seminário de Direito Comunitário Económico do Curso de Mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob orientação do Professor Doutor Luís Morais, a quem agradecemos os comentários críticos então transmitidos. Agradecemos também os comentários do Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes e da Mestre Catarina Anastácio ao presente artigo.

1. INTRODUÇÃO

O Tratado que institui a Comunidade Europeia (TCE) prevê, desde a sua redacção original, um conjunto de normas que visa garantir a existência de uma concorrência não falseada no mercado interno, enquanto instrumento para alcançar os objectivos da Comunidade Europeia. Com a entrada em vigor do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), e apesar de este não acolher um preceito equivalente ao n.º 1 do artigo 3.º do TCE, a ligação instrumental entre as regras que tutelam a concorrência e a construção do mercado interno não foi afectada, como o demonstra o *Protocolo relativo ao Mercado Interno e à Concorrência* anexo ao Tratado da União Europeia (TUE) e ao TFUE.

As normas fundamentais do regime jurídico da concorrência da União Europeia (UE) aplicável às empresas e associações de empresas encontram-se fixadas nos actuais artigos 101.º a 106.º do TFUE, merecendo aqui especial destaque os artigos 101.º e 102.º do TFUE, que proíbem os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas, as práticas concertadas e os abusos de posição dominante susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e restringir a concorrência.

Em Abril de 1999, a Comissão Europeia lançou um processo de reforma do sistema de aplicação dos, então, artigos 85.º e 86.º do TCE, que se encontrava previsto no Regulamento (CEE) n.º 17 (doravante Regulamento n.º 17¹), ao apresentar o *Livro Branco sobre a Modernização das Regras de Aplicação dos Artigos 85.º e 86.º do Tratado CE*². Este processo de modernização culminou na aprovação do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho de 16 de Dezembro de 2002 (doravante Regulamento (CE) n.º 1/2003)³, que entrou em vigor em 1 de Maio de 2004. Esta proposta de “modernização” do sistema de aplicação das regras de concorrência relativas a práticas restritivas inseriu-se numa reforma mais ampla, que se iniciou com o processo tendente à aprovação do Regulamento de Isenção por Categoria aplicável às restrições

1 Regulamento n.º 17: Primeiro Regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado, Jornal Oficial n.º 013, de 21.02, p. 0204 – 0211. O Regulamento foi alterado pelos seguintes actos: Regulamento (CEE) n.º 59 do Conselho de 03.07.1962 (Jornal Oficial n.º 013, de 21.02.1962), Regulamento n.º 118/63/CEE do Conselho de 5 de Novembro de 1963 (Jornal Oficial n.º 162, de 7.11.1963), Regulamento (CE) n.º 2822/71 do Conselho de 20 de Dezembro de 1971 (Jornal Oficial L 285, de 29.12.1971) e Regulamento n.º 1216/1999 do Conselho, de 10 de Junho de 1999 (Jornal Oficial L 148, de 15.06.1999).

2 Documento COM (1999) 101, de 28.04.1999, Programa da Comissão n.º 99/027.

3 J.O. L 1, de 4.01.2003, pp. 1-25.

verticais e que incluiu também o controlo das operações de concentração e dos auxílios de Estado.

Uma das características mais marcantes do Regulamento (CE) n.º 1/2003 consiste na integral descentralização da aplicação do actual artigo 101.º do TFUE, à semelhança do que já sucedia com o artigo 102.º do TFUE. Essa descentralização implicou o fim da aplicação exclusiva do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE pela Comissão Europeia, passando as Autoridades nacionais responsáveis pela concorrência (doravante ANC), bem como os Tribunais nacionais a poder também aplicá-lo. Esta descentralização foi também possível graças à abolição da obrigação de notificação prévia de acordos e de outras práticas⁴, prevista no artigo 4.º do Regulamento n.º 17. Instituiu-se, assim, o denominado sistema de excepção legal. Os acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresa abrangidos pelo n.º 1 do artigo 101.º do TFUE passam a poder beneficiar de uma isenção concedida ao abrigo do n.º 3 do mesmo preceito, sem necessidade de uma decisão de isenção prévia proferida pela Comissão Europeia.

O Regulamento (CE) n.º 1/2003 marca, pois, a passagem de um sistema de notificação e autorização *ex ante* para um sistema de excepção directamente aplicável *ex post*⁵.

Em complemento à aprovação do Regulamento (CE) n.º 1/2003, a Comissão aprovou o denominado “*pacote de modernização*”, que consiste num novo Regulamento da Comissão aplicável à instrução de processos relativos a práticas restritivas da concorrência⁶, bem como num conjunto de seis Comunicações sobre diferentes aspectos da aplicação do direito da concorrência da UE.

De facto, ao mesmo tempo que se operou a total descentralização da aplicação do direito da concorrência da UE, através do Regulamento (CE) n.º 1/2003, aumentaram as preocupações relativas à uniformidade e coerência dessa aplicação pelas ANC e pelos Tribunais nacionais dos Estados-Membros. Por outro lado, o fim das notificações prévias implicou, para as empresas, uma maior auto-responsabilização pelos seus comportamentos na aferição da

4 A referência a acordos deve ser entendida como abrangendo também práticas concertadas e decisões de associação de empresa, salvo quando o contrário resulte do texto.

5 Na expressiva síntese de Lenaerts & Gerard, 2004: 313.

6 Regulamento (CE) n.º 773/2004 da Comissão de 7 de Abril de 2004 relativo à instrução de processos pela Comissão, para efeitos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, JO L 123, de 27.04.2004, p. 18-24.

sua compatibilidade com o regime jurídico da concorrência⁷. Nesse sentido, a Comissão publicou Comunicações sobre conceitos especialmente complexos relativos à aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, tais como o conceito de afectação do comércio ou os critérios de apreciação do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE. As outras Comunicações incidem sobre aspectos importantes do novo sistema de aplicação dos artigos 101.º e 102.º, tais como o funcionamento da rede europeia da concorrência, a cooperação entre a Comissão e os Tribunais nacionais, a orientação informal às empresas (cartas de orientação) e o tratamento de denúncias pela Comissão⁸.

Com esta reforma, pretendeu-se reforçar o controlo *a posteriori* das regras de concorrência, graças à retirada da enorme carga burocrática que as inúmeras notificações prévias de acordos representavam para a Comissão Europeia, que impossibilitavam a utilização dos seus recursos para a investigação das práticas mais graves, que não eram, naturalmente, objecto de notificação. Por outro lado, a actuação dos Tribunais nacionais foi também robustecida, nomeadamente através do fim da obrigação das notificações prévias que implicou a abolição da possibilidade de bloqueio das acções judiciais⁹. No que respeita às ANC, o Regulamento (CE) n.º 1/2003 implicou algumas alterações que serão analisadas *infra*.

Um dos aspectos mais importantes do novo sistema de aplicação das regras de concorrência é, assim, a obrigatoriedade de as ANC dos vinte e sete Estados-Membros e a Comissão Europeia aplicarem a integralidade das regras do

7 Subsiste, porém, a possibilidade de a Comissão Europeia aconselhar as empresas, quando se colocam novas questões de direito e as empresas têm dificuldade em apreciar os seus acordos ou o seu comportamento à luz das regras de concorrência da UE – v. Comunicação da Comissão sobre as Orientações Informais.

8 Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência, J.O. C 101, de 27.04.2004, pp. 43-53; Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais dos Estados-Membros da UE na aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, JO C 101, de 27.04.2004, pp. 54-64; Comunicação da Comissão relativa ao tratamento de denúncias pela Comissão nos termos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, JO C 101, de 27.04.2004, pp. 65-77; Comunicação da Comissão sobre a orientação informal relacionada com questões novas relativas aos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE que surjam em casos individuais (cartas de orientação), JO C 101, de 27.04.2004, pp. 78-80; Comunicação da Comissão Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JO C 101, de 27.04.2004, pp. 81-96; Comunicação da Comissão “Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado”, JO C 101, de 27.04.2004, pp. 97-118.

9 Durante a vigência do Regulamento n.º 17, os Tribunais nacionais não dispunham da competência para aplicar o n.º 3 do artigo 101.º TFUE. Assim, as empresas podiam suspender uma acção judicial até que a Comissão se pronunciasse sobre um pedido de isenção apresentado. Sobre este aspecto, v. Lenaerts & Gerar, 2004.

Tratado a práticas restritivas da concorrência. Tal implica um enorme esforço de coordenação entre estas Instituições.

Uma das preocupações suscitadas pela descentralização da aplicação das regras dos Tratados é a adopção, por diferentes Autoridades de concorrência, de várias decisões que incidam sobre as mesmas práticas, quando estas afectem mais do que um Estado-Membro. Como se verá *infra*, não foram criadas regras de resolução de conflitos de competência entre as diferentes Autoridades. Assim, as regras de coordenação estabelecidas entre as Autoridades de concorrência europeias constituem meros compromissos, sem valor juridicamente vinculativo. A aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, à luz do Regulamento (CE) n.º 1/2003, assenta num sistema de competências paralelas, admitindo a intervenção de mais do que uma ANC, num determinado caso, e não proibindo a existência de mais do que uma decisão condenatória sobre as mesmas práticas.

Surge, assim, a questão de saber se este sistema de aplicação do direito da concorrência da União Europeia é compatível com o princípio “*non bis in idem*”, cuja relevância a nível da UE tem sido reconhecida inúmeras vezes pelo Tribunal de Justiça da UE.

De facto, a incerteza gerada quanto à aplicação deste princípio poderá suscitar especiais dificuldades às Autoridades responsáveis pela concorrência sobre as decisões a tomar quando investigam um caso que afecte o território de mais do que um Estado-Membro. Com a crescente integração europeia do mercado e internacionalização das empresas, as práticas restritivas da concorrência tenderão a apresentar, com maior frequência, uma “*dimensão europeia*”, pelo que o problema poderá originar delicadas dificuldades de articulação entre as ANC e entre estas e a própria Comissão Europeia.

2. O SISTEMA DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS INSTITUÍDO PELO REGULAMENTO (CE) N.º 1/2003

O Regulamento (CE) n.º 1/2003 prevê expressamente que a Comissão, as ANC e os Tribunais nacionais têm competência para aplicar os artigos 101.º e 102.º do TFUE¹⁰, devendo, contudo, actuar em estreita cooperação (artigo 11.º).

A Comissão Europeia e as ANC formam, deste modo, um corpo de Autoridades responsáveis pela aplicação e fiscalização do respeito do regime jurí-

10 V. artigos 4.º, 5.º e 6.º do Regulamento n.º 1/2003.

dico da concorrência da UE. Atenta a complementaridade das suas acções, têm vindo a actuar em estreita colaboração, num esforço de cooperação que ultrapassa, muitas vezes, o mero cumprimento das obrigações legais previstas no Regulamento (CE) n.º 1/2003. De facto, a Rede Europeia de Concorrência (Rede ECN) transformou-se num *forum* de debate e difusão de conhecimento sobre questões processuais e substantivas de interesse para todas as Autoridades participantes, podendo ser referido como um exemplo de sucesso de cooperação a nível regional.

A cooperação entre as diversas entidades responsáveis pela concorrência é, no actual enquadramento legal, imprescindível para assegurar uma aplicação coerente e uniforme do direito da concorrência da UE, bem como para uma utilização racional de recursos.

2.1. A articulação entre a Comissão Europeia e as Autoridades nacionais de concorrência

No que respeita à articulação entre a Comissão Europeia e as ANC, o Regulamento (CE) n.º 1/2003 prevê um conjunto de mecanismos de cooperação, que inclui obrigações de informação e de comunicação mútuas.

Quando iniciam um procedimento tendente à aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE ou imediatamente após a primeira medida de investigação formal¹¹, as ANC devem comunicá-lo à Comissão e, facultativamente, às outras ANC (artigo 11.º, n.º 3 do Regulamento (CE) n.º 1/2003).

Na realidade, à luz da Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de Autoridades de concorrência a que se fez referência *supra*¹², todas as Autoridades são informadas mutuamente acerca do início de procedimentos, através do preenchimento de um formulário electrónico¹³. Pretende-se, através desta obrigação de informação, permitir às restantes Autoridades aferir sobre a necessidade de realocação de um determinado processo numa fase ainda inicial, nos termos descritos *infra*, de modo a ate-

11 Sobre este conceito, a Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de Autoridades de concorrência estabelece um paralelo com os poderes de inquérito reconhecidos à Comissão pelos artigos 18.º a 21.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, que incluem pedidos de informações, poderes para registar declarações e a realização de inspecções.

12 Esta Comunicação da Comissão apresenta a particularidade de ter implicado a emissão de uma Declaração expressa das Autoridades de concorrência nacionais, na qual estas reconhecem e declaram que respeitarão os princípios consignados na Comunicação (v. anexo à Comunicação).

13 V. os considerandos 16 a 19 da Comunicação.

nuar os inconvenientes causados por essa reatribuição, tanto para as empresas e outras entidades envolvidas, como para a própria investigação.

Numa fase mais adiantada do processo, as ANC têm o dever de informar a Comissão Europeia da intenção de adoptar certos tipos de decisões o mais tardar trinta dias antes da sua aprovação (artigo 11.º, n.º 4 do Regulamento (CE) n.º 1/2003)¹⁴. A mesma informação pode ser transmitida facultativamente às restantes ANC. Recebida a comunicação, a Comissão poderá decidir avocar o caso ou transmitir observações sobre o processo, devendo, em conjunto com a Autoridade nacional em causa, procurar uma interpretação e aplicação coerentes do direito da UE¹⁵. Estas observações não são, contudo, vinculativas para a ANC.

Transparece, assim, das disposições do Regulamento (CE) n.º 1/2003 que se pretende que a Comissão seja regularmente informada sobre os processos em curso nas ANC que impliquem a aplicação do regime jurídico da concorrência da UE, de modo a serem detectados os casos em que possa ser desejável uma realocação do processo.

Deste modo, após ser informada sobre a abertura de um procedimento a nível nacional, a Comissão pode decidir iniciar, ela própria, uma investigação sobre as mesmas práticas, após ter consultado a ANC em causa. O início por parte da Comissão de um processo conducente à aprovação de uma decisão final sobre um determinado caso priva as ANC de aplicarem os artigos 101.º e 102.º do TFUE, à luz do n.º 6 do artigo 11.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003¹⁶.

Sempre que a Comissão tencione accionar o mecanismo previsto no n.º 6 do artigo 11.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, deve comunicá-lo à Rede

14 Aplicáveis às decisões em que exija que seja posto termo a uma infracção, aceite compromissos ou retire o benefício da aplicação de um regulamento de isenção por categoria. Independentemente das obrigações descritas, as ANC podem, em qualquer momento, consultar a Comissão relativamente a outros casos de aplicação do direito comunitário, tais como de rejeição de denúncia, arquivamento ou medidas provisórias (artigo 11.º, n.º 5 do Regulamento (CE) n.º 1/2003).

15 V. o considerando 46 da Comunicação.

16 Outra forma ao alcance da Comissão para clarificar a legislação e assegurar a sua aplicação coerente (v. considerando 14 do Regulamento (CE) n.º 1/2003), precludindo ou orientando a acção das Autoridades nacionais de concorrência encontra-se prevista no artigo 10.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, referente às “declarações de não aplicabilidade”. À luz daquela disposição, a Comissão dispõe da possibilidade de adoptar decisões de carácter declaratório, em casos excepcionais, que contêm orientações para as Autoridades e Tribunais nacionais.

ECN, de modo a que as ANC tenham a possibilidade de solicitar uma reunião do Comité Consultivo, antes de a Comissão iniciar formalmente o processo¹⁷.

A Comissão compromete-se, ainda, a utilizar esta faculdade em casos excepcionais, sobretudo quando tenha decorrido o período inicial de atribuição do caso, após ter sido registado, pela primeira vez, na Rede ECN. Nessas situações, a Comissão só iniciará um caso quando os membros da rede tenham adoptado decisões contraditórias no mesmo processo, quando as ANC prevejam uma decisão em conflito com a jurisprudência da UE, quando os membros da Rede estejam a atrasar indevidamente um processo, quando o caso se revista de interesse para a UE ou quando as Autoridades em causa não se oponham¹⁸.

Ainda no quadro da repartição de competências entre a Comissão e as ANC, o artigo 13.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 prevê que a Comissão possa rejeitar uma denúncia com o fundamento que uma ANC está já a instruir o processo. No caso de a Comissão optar por uma decisão desta natureza, é duvidoso se tal implica uma renúncia à faculdade de iniciar um processo num momento posterior. Entendemos que, na ausência de novos elementos de prova que venham a alterar de forma substancial a configuração das práticas em causa, a Comissão não deverá, numa fase ulterior do processo, avocar o caso, impedindo a Autoridade nacional de prosseguir a sua investigação. Na verdade, o acto da Comissão em causa é o de rejeição de uma denúncia e não a mera suspensão do procedimento sobre os factos em causa.

De acordo com a Declaração conjunta do Conselho e da Comissão sobre o funcionamento da rede de Autoridades responsáveis em matéria de concorrência¹⁹, “a cooperação entre as ANC e com a Comissão baseia-se na igualdade, no respeito e na solidariedade”. Todavia, a mesma Declaração conjunta não deixa de salientar o papel preponderante reservado à Comissão Europeia no quadro do regime descrito. De facto, apesar de a Comissão e as ANC integrarem a Rede ECN, sendo todas responsáveis pela aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, o Regulamento (CE) n.º 1/2003 não estabelece, como se viu, uma inteira equiparação entre a Comissão e as ANC, cabendo àquela um lugar de “*primus inter pares*”. Apenas a Comissão tem o poder de preempção dos casos,

17 V. os considerandos 50 a 57 da Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência.

18 V. os considerando 54 da Comunicação da Comissão.

19 Documento n.º 15435/02 ADD 1.

de modo a poder harmonizar eventuais práticas conflitantes de diferentes Autoridades nacionais ou a poder fixar precedentes em casos inovadores²⁰.

No âmbito dos mecanismos de coordenação das actividades da Comissão Europeia e das ANC, cumpre fazer uma referência ao Comité Consultivo, que poderá ser convocado para a discussão de processos individuais ou de outras questões, nos termos do artigo 14.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003.

O Comité Consultivo pode ainda ser convocado para debater processos que estejam a ser instruídos por uma ANC, por iniciativa da Comissão ou de uma Autoridade nacional. Esta possibilidade encontra-se prevista, em particular, para os processos relativamente aos quais a Comissão tenciona dar início à instrução, ao abrigo do n.º 6 do artigo 11.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003. Nestes casos, porém, o Comité Consultivo não emite pareceres *proprio sensu*.

O Comité Consultivo desempenha, assim, um papel fundamental para o alcance da desejável coerência na aplicação do direito da concorrência a nível da UE, estando previsto que funcione, para os casos mais importantes, como a instância para a discussão da atribuição de um determinado processo²¹.

2.2. A articulação entre as Autoridades nacionais de concorrência

O Regulamento (CE) n.º 1/2003 prevê algumas disposições que visam estabelecer o enquadramento jurídico das relações entre as Autoridades responsáveis em cada Estado-Membro pela aplicação do direito da concorrência da UE, numa perspectiva horizontal.

O n.º 1 do artigo 13.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 dispõe que, caso as ANC de dois ou mais Estados-Membros tenham recebido uma denúncia ou tenham oficiosamente dado início a um processo que vise a aplicação dos artigos 81.º ou 82.º do TCE à mesma prática anti-concorrencial (actuais artigos 101.º e 102.º TFUE), a instrução do processo por parte de uma Autoridade constitui, para as restantes, motivo suficiente para suspenderem a respectiva tramitação ou rejeitarem a denúncia. Através desta faculdade, as ANC podem obstar à multiplicação de processos relativos às mesmas infracções.

Por outro lado, se for apresentada a uma ANC ou à Comissão uma denúncia contra um acordo ou outra prática cuja investigação já está a ser prosse-

²⁰ Neste sentido, Korah, 2004: 213.

²¹ V. o capítulo 4 da Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência.

guida por outra ANC, tal denúncia pode ser rejeitada (artigo 13.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1/2003).

2.3. A cooperação com os Tribunais nacionais

Com a descentralização da aplicação do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE é previsível que mais casos sejam sujeitos à apreciação dos Tribunais nacionais²². O acréscimo de litígios que envolvam a aplicação das regras da concorrência da UE junto dos Tribunais nacionais suscita, de igual modo, preocupações relativas à aplicação eficaz e coerente do direito da concorrência da UE, sem prejuízo da possibilidade de recorrerem ao mecanismo do reenvio de questões prejudiciais previsto no artigo 267.º do TFUE²³. Tal como refere o considerando 21 do Regulamento (CE) n.º 1/2003, a aplicação coerente das regras de concorrência exige também a adopção de mecanismos de cooperação entre os Tribunais dos Estados-Membros e a Comissão.

Ao contrário do que sucede com as ANC, o início de um procedimento pela Comissão não preclui a competência de um Tribunal nacional para prosseguir o seu processo referente às mesmas práticas. Assim, tendo em vista a aplicação uniforme do direito da concorrência da UE, o artigo 16.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 prevê dois tipos de situações, que reflectem a jurisprudência do Tribunal de Justiça²⁴.

Se a Comissão já adoptou uma decisão final sobre o comportamento restritivo da concorrência em causa, os Tribunais nacionais não podem proferir decisões que conflituem com a apreciação da Comissão, salvo se esta decisão vier a ser anulada pelo Tribunal de Justiça²⁵.

22 Nesta secção, não estão incluídos os Tribunais nacionais que foram designados pelos Estados-Membros como autoridades nacionais responsáveis pela concorrência.

23 Recorde-se que as ANC não podem recorrer a este mecanismo, tal como foi decidido pelo Tribunal de Justiça num caso que envolveu um pedido de decisão prejudicial apresentado pela Comissão de Concorrência Helénica, *Epitropi Antagonismou – v. Acórdão do Tribunal (Grande Secção) de 31 de Maio de 2005, Synetairismos Farmakopoiou Aitolias & Akarnanias (Syfait) e outros contra GlaxoSmithKline plc e GlaxoSmithKline AEEV*, processo C-53/03.

24 V. o Acórdão do Tribunal de 14 de Dezembro de 2000, *Masterfoods Ltd contra HB Ice Cream Ltd.*, processo C-344/98, Colectânea da Jurisprudência 2000, p. I-11369, bem como o Acórdão do Tribunal de 28 de Fevereiro de 1991, *Stergios Delimitis contra Henninger Braeu AG*, processo C-234/89, Colectânea da Jurisprudência 1991, p. I-00935. V. ainda os considerandos 11 a 14 da Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais dos Estados-Membros da UE na aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE.

25 V. o considerando 13 da Comunicação da Comissão.

No caso de o processo da Comissão ainda estar a decorrer, o Tribunal nacional deve evitar tomar uma decisão contrária àquela que a Comissão tencione adoptar. Em regra, e atendendo ao facto de não participar na Rede ECN, o Tribunal nacional tomará conhecimento da existência de um processo administrativo em curso através de uma das partes. O Tribunal nacional poderá, assim, dirigir um pedido de informação à Comissão, nomeadamente sobre se esta deu início a um processo relativo às mesmas práticas, o estágio do processo e a probabilidade de ser tomada uma decisão. Independentemente de ter formulado um pedido de informação à Comissão, o Tribunal nacional pode, atendendo a considerações de certeza jurídica, suspender a instância até que a decisão da Comissão seja tomada, em particular nos casos para os quais não exista prática decisória anterior relevante. Na eventualidade de suspender a instância, o Tribunal nacional deve, simultaneamente, adoptar as medidas cautelares adequadas aos interesses das partes em confronto. Por sua vez, a Comissão Europeia compromete-se a atribuir prioridade aos processos que tenham implicado a suspensão de um procedimento judicial nacional²⁶.

Além destas disposições, o artigo 15.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 prevê um conjunto de regras sobre a cooperação da Comissão e das ANC com os Tribunais nacionais, que incluem mecanismos de troca de informação e de intervenção em juízo como “*amicus curiae*”.

2.4. A retribuição de casos no âmbito da Rede Europeia de Autoridades de Concorrência (ECN)

O Regulamento (CE) n.º 1/2003 não pretendeu instituir um sistema rígido de atribuição de competências a uma única entidade – a Comissão ou uma ANC –, procurando, no entanto, que o mesmo processo seja preferencialmente prosseguido por apenas uma Autoridade²⁷. De facto, o Regulamento (CE) n.º 1/2003 não impede que a mesma prática restritiva da concorrência seja investigada e sancionada por mais do que uma ANC, aspecto sobre o qual nos debruçaremos *infra*.

Deste modo, a repartição de competências entre as diferentes Autoridades intervenientes constitui um dos maiores desafios colocados pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003.

26 V. os considerandos 12 e 14 da Comunicação da Comissão.

27 V. o considerando 18 do Regulamento (CE) n.º 1/2003.

Em complemento do Regulamento (CE) n.º 1/2003 e integrando o “*pacote de modernização*”, a Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência²⁸ contém orientações sobre o modo de funcionamento da Rede ECN, que integra as ANC dos 27 Estados-Membros e a Comissão Europeia.

No que concerne à repartição de competências entre as Autoridades de concorrência, a Comunicação da Comissão preconiza que a ECN deverá assegurar uma repartição eficiente do trabalho e uma aplicação eficaz e coerente das regras de concorrência da UE. Assim, apesar do sistema de competências paralelas, em que o mesmo caso pode ser tratado por uma ou mais ANC ou pela Comissão, prevêem-se mecanismos de cooperação tendentes a proporcionar uma partilha eficiente de processos.

A Comunicação da Comissão refere a possibilidade de reatribuição de um caso após o início de um processo por parte de uma Autoridade de concorrência, sendo que, em regra, a Autoridade que inicia o processo continuará a ser responsável por ele²⁹. A possibilidade de reatribuição do processo só deve ser equacionada numa fase inicial do processo, ou seja, num prazo indicativo de dois meses após o envio da primeira informação sobre o início do caso à Rede. A reatribuição de um caso após o decurso destes dois meses só deverá ocorrer no caso de se verificar uma alteração substantiva dos factos integrantes do processo.

A reatribuição de um caso pode ocorrer por iniciativa da Autoridade que iniciou o processo ou ser suscitada por uma outra Autoridade que se considere bem posicionada para agir.

O critério de reatribuição de um caso é, assim, constituído pelo conceito de “*autoridade bem posicionada*”³⁰. Na Comunicação da Comissão, são estabelecidas três condições cumulativas para que uma Autoridade seja consi-

28 JO C 101, de 27.04.2004, p. 43-53.

29 De facto, resulta do conteúdo da Comunicação da Comissão sobre o funcionamento da Rede que a principal preocupação no que respeita à repartição de competências entre as Autoridades de concorrência não é tanto constituída pela atribuição de um processo, mas antes pela sua reatribuição. Decorre, assim, deste sistema que a regra será a que caberá à primeira Autoridade a iniciar um processo a responsabilidade de prosseguir-lo. Neste sentido, Bramer, 2005: 1387.

30 Um critério alternativo seria o do “*centro de gravidade*” ou de “*enfoque nacional*”, defendido pelas autoridades de concorrência alemãs (v. o Relatório de 2001 da *Monopolkommission*). A Comissão defende, contudo, desde a apresentação da proposta do novo Regulamento, que “[a] rede garantirá igualmente uma distribuição eficaz dos casos, baseada no princípio de que os processos devem ser tratados pela autoridade em melhores condições de o fazer” (p. 8). V. Neste sentido, Bramer, 2005: 1388.

derada bem posicionada: (i) conexão ao território – o acordo ou prática tem grande impacto directo, real ou previsível, na concorrência no seu território, é aplicado no seu território ou tem nele origem; (ii) eficácia da acção – a Autoridade pode pôr eficazmente termo à infracção na sua totalidade, isto é, pode adoptar uma decisão de cessação com efeito suficiente para pôr termo à infracção e, se for caso disso, sancioná-la adequadamente; e (iii) melhor capacidade de produzir prova – pode reunir, eventualmente com a assistência de outras Autoridades, os elementos necessários para provar a infracção. Com estes critérios indicativos, pretende-se que a Autoridade que lida com um caso mantenha uma conexão material (territorial) com a infracção. Tal implicará, na maioria dos casos, que essa Autoridade disporá dos meios adequados para recolher os meios de prova necessários e para pôr termo à infracção. As três condições cumulativas correspondem, assim, a dois critérios fundamentais: proximidade e eficácia³¹.

A Comunicação da Comissão não exclui, no entanto, que, em certos casos, possa existir mais do que uma Autoridade de concorrência bem posicionada. Será o caso de um acordo que tem efeitos substanciais na concorrência no território de mais do que uma Autoridade e em que a acção de apenas uma delas não será suficiente para pôr totalmente termo à infracção e/ou para a sancionar adequadamente. Nestas situações, a Comissão entende que as Autoridades deverão coordenar a sua acção, de modo a designar uma Autoridade principal, que poderá ocupar-se da coordenação das acções de investigação, sem que nenhuma delas deva, no entanto, abdicar de instruir o seu próprio processo e, em última instância, proferir uma decisão sobre o caso.

A Comissão considera-se bem posicionada sempre que uma determinada prática restritiva da concorrência afectar a concorrência em mais de três Estados-Membros ou se o interesse da UE assim o exigir, nomeadamente por estarem em causa novas questões de concorrência.

A questão da retribuição de um caso origina um intenso diálogo, que poderá revestir uma natureza horizontal – entre ANC – ou vertical – entre ANC e a Comissão Europeia.

Como já foi referido, para os casos mais importantes – e previsivelmente mais polémicos –, o Comité Consultivo poderá funcionar como instância de

31 Smits (2005: 179), que realça ainda a importância de três “E”: “effect, end and evidence”.

discussão e alcance de um consenso sobre a atribuição de um determinado processo³².

O sistema instituído pode ser criticado pela ausência de critérios suficientemente claros que permitam assegurar um mínimo de previsibilidade quanto à Autoridade que virá a prosseguir e, em última análise, decidir um determinado processo. A atribuição de competência a uma determinada Autoridade tem implicações profundas para as empresas e pessoas envolvidas, que se estendem desde o direito processual aplicável até à natureza e montante das sanções a aplicar, atendendo ao princípio da autonomia processual dos Estados-Membros. Nessa medida, o actual sistema pode ser criticado à luz dos direitos processuais reconhecidos às pessoas singulares e colectivas, em particular quando possa estar em causa a aplicação de sanções de natureza penal. Além daqueles aspectos, Brammer (2009) refere ainda as dificuldades para as partes de impugnarem judicialmente uma decisão de reatribuição de um caso, apontando ainda como aspecto negativo o carácter interno à rede ECN das discussões entre Autoridades sobre a Autoridade bem posicionada para prosseguir um caso, sem a participação dos visados pela investigação.

Bruno Lassere, Presidente da *Autorité de la concurrence* francesa, considera que as exigências de eficácia na alocação de recursos e de solução dos problemas de concorrência explicam, em parte, o número diminuto de reatribuições, desde Maio de 2004³³.

A ocorrência de reatribuições de processos pode, no entanto, ser exponenciada através da generalização de regimes de isenção ou redução de sanções, geralmente denominado de “*programas de clemência*” ao nível dos Estados-Membros³⁴. De facto, não existe para o regime de clemência um “*balcão único*” a nível da UE, sendo que as empresas estão actualmente obrigadas a apresentar pedidos de clemência em todas as ANC (ainda que sob forma sumária) que se preveja que possam vir a investigar um determinado caso, à luz dos critérios pouco concretos que presidem à eleição da Autoridade

32 V. o considerando 62 da Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência.

33 Lassere, 2005: 44. O mesmo Autor descreve as “negociações” subjacentes à repartição de competências entre a Comissão Europeia e o *Conseil de la concurrence*, com especial destaque para o caso “*Wanadoo*” (Lassere, 2005: 45).

34 Actualmente, dos vinte e sete Estados-Membros apenas Malta não dispõe de mecanismos que possibilitem a atribuição de imunidade ou redução de sanções por violação das regras da concorrência. Em Portugal, este regime encontra-se previsto na Lei n.º 39/2006, de 25 de Agosto, publicada no Diário da República, 1.ª Série – n.º 164, de 25 de Agosto de 2006.

“bem posicionada”. Deste modo, é previsível que o mesmo caso seja levado ao conhecimento de várias Autoridades, o que pode induzir o aumento de situações de processos múltiplos ou de reatribuição de casos³⁵.

3. O PRINCÍPIO “NON BIS IN IDEM”

3.1. Breves considerações gerais

O princípio “*non bis in idem*” visa evitar que a mesma pessoa seja condenada ou sujeita a julgamento mais do que uma vez, em virtude da prática dos mesmos factos, constituindo uma protecção do indivíduo contra eventuais abusos do Estado no exercício do seu *ius puniendi*, como já foi salientado pelo Tribunal de Justiça. O princípio “*non bis in idem*” integra, assim, as garantias e direitos do arguido, afigurando-se intrinsecamente ligado aos princípios de um processo justo e equitativo. Na síntese de Costa Ramos (2009: 82), podem ser reconhecidas duas funções centrais ao princípio – garantia da segurança jurídica individual e garantia da segurança jurídica colectiva – e uma função acessória de promoção da eficiência do sistema judiciário.

O princípio “*non bis in idem*” integra, assim, um princípio de “*exaustão do procedimento*”, que proíbe um segundo procedimento sancionatório sobre os mesmos factos³⁶. Tal como é salientado pelo Advogado-Geral Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer³⁷, o princípio “*non bis in idem*” visa acautelar dois pilares fundamentais do ordenamento jurídico: a segurança jurídica e a equidade. As exigências de segurança jurídica implicam que o infractor, uma vez punido, deve confiar que “*expiou a sua culpa, sem receio de um novo correctivo*” ou, no caso de ser absolvido, que não será confrontado com novo processo. Por seu turno, o respeito pela equidade e a proporcionalidade impedem uma acumu-

35 Por outro lado, de modo a evitar a multiplicação de requerimentos, as empresas poderão tender a procurar obter clemência junto da Comissão, uma vez que a sua decisão tem eficácia a nível comunitário. Este procedimento pode, porém, comprometer os objectivos de descentralização visados pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003. Neste sentido, Moreira, 2005.

36 Em conexão com o princípio “*non bis in idem*”, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da UE refere-se ao “*Anrechnungsprinzip*” ou princípio do cômputo, de acordo com o qual, tendo havido uma condenação anterior num outro Estado, a sanção já aplicada deve ser tomada em consideração na segunda condenação, de modo a reduzir a nova sanção a aplicar. Todavia, este aspecto não será aqui desenvolvido, atenta a economia do presente trabalho.

37 V. as Conclusões apresentadas em 19 de Setembro de 2002 nos Processos C-187/01, *Processo penal contra Hüseyin Güzütok*, e C-385/01, *Processo penal contra Klaus Brügge*.

lação de sanções, na medida em que cada sanção aplicada já leva em conta todas as necessidades de prevenção geral e especial reveladas no caso concreto.

Devido ao seu carácter fundamental, o princípio está presente nas Constituições (ou tradições constitucionais) de inúmeros países³⁸, bem como em diversos instrumentos internacionais, nomeadamente no âmbito das Nações Unidas e Conselho da Europa³⁹.

3. 2. O princípio “*non bis in idem*” no direito da União Europeia

Também ao nível da UE, a relevância do princípio “*non bis in idem*” é reconhecida, o que decorre da configuração da UE como uma União de Direito, assentando na dignidade e liberdades humanas (Costa Ramos, 2009: 101)⁴⁰.

O Tribunal de Justiça, no âmbito do seu activo papel promotor do reconhecimento dos direitos fundamentais a nível da UE, declarou a aplicação deste princípio, nas primeiras décadas das Comunidades. No processo *Max Gutmann contra a Comissão da Comunidade Europeia da Energia Atómica*⁴¹, o Tribunal de Justiça pronunciou-se sobre a aplicação do princípio “*non bis in idem*”, declarando que o princípio proíbe, não só a imposição de duas sanções disciplinares relativas à mesma ofensa, como também a mera existência de dois processos disciplinares relativamente aos mesmos factos⁴². O Tribunal reconheceu assim a dimensão intra-comunitária do princípio, em termos

38 V. artigo 29.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa: “Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime”.

39 No quadro das Nações Unidas, destacamos o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 16 de Dezembro de 1966. Neste instrumento internacional, o princípio “*non bis in idem*” é definido em função do conceito de “*infracção*”. De acordo com o n.º 7 do artigo 14.º do Pacto, “ninguém pode ser julgado ou punido novamente por motivo de uma infracção da qual já foi absolvido ou pela qual já foi condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal de cada país”. No âmbito do Conselho da Europa, existem, de igual modo, convenções que prevêm disposições específicas sobre o princípio “*non bis in idem*”, tais como o Protocolo n.º 7 de 22 de Novembro de 1984 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades e a Convenção Europeia sobre a Validade Internacional de Julgamentos em matéria penal, de 28 de Maio de 1970.

40 Sobre o princípio “*non bis in idem*” no Direito da União Europeia, realizando uma análise da jurisprudência mais relevante, v. também Medina de Seíça, 2009.

41 Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 5 de Maio de 1966 e de 15 de Março de 1967, *Max Gutmann contra Comissão da Comunidade Europeia da Energia Atómica*, processos apensos 18 e 35-65, Colectânea da Jurisprudência edição especial portuguesa 1965-1968, páginas 00325 e 00551.

42 No caso concreto, o Tribunal concluiu que os dois procedimentos disciplinares realizados pela Comissão CECA visavam o mesmo comportamento do funcionário, anulando a decisão de abertura de processo disciplinar adoptada pela Comissão após a imposição de uma sanção disciplinar.

equivalentes à sua consagração nas ordens jurídicas dos Estados⁴³. Mais tarde, o Tribunal viria a estabelecer o princípio “*non bis in idem*” como princípio geral num acórdão respeitante ao direito da concorrência no caso conhecido por “*PVC II*”, a que nos referiremos *infra*.

Décadas volvidas, a construção pretoriana viria a ganhar consagração nos Tratados. O artigo 6.º, n.º 3, do Tratado UE prevê expressamente que do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros. O respeito pelo princípio “*non bis in idem*” não pode deixar de estar incluído neste acervo de direitos e garantias fundamentais. Neste contexto, importa ainda salientar que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em Nice, em 2000, e com valor jurídico equivalente ao dos Tratados nos termos do actual artigo 6.º, n.º 1 do TUE, explicita a relevância do princípio “*non bis in idem*” no seu artigo 50.º, afirmando expressamente o seu carácter transnacional⁴⁴.

3.2.1. O princípio “*non bis in idem*” no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça
Atendendo à ligação genética do princípio “*non bis in idem*” com o direito penal – ramo paradigmático do direito sancionatório –, não surpreende que seja no âmbito da acção desenvolvida no quadro do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça que se tenham registado maiores desenvolvimentos neste domínio, nomeadamente através da sua consagração em Convenções celebradas entre os Estados-Membros⁴⁵, onde se destaca a Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen (CAAS)⁴⁶. Neste mesmo âmbito, têm ainda sido apresentadas algumas iniciativas que visam a consagração em termos mais genéricos do princípio “*non bis in idem*”, como foi o caso da iniciativa da Grécia de 2003 relativa à aplicação do princípio “*non bis in idem*” a nível da União

43 V. Costa Ramos, 2009: 71.

44 V. Costa Ramos, 2009: 78.

45 Refira-se a Convenção sobre a aplicação do princípio “*non bis in idem*”, de 25 de Maio de 1987, a Convenção relativa à Protecção dos Interesses Financeiros da Comunidade e a Convenção relativa à Luta contra a Corrupção.

46 V. os artigos 54.º a 58.º da Convenção de aplicação do Acordo de Schengen, J.O. L 239, de 22.09.2000, pp. 19-62.

Europeia, que não obteve, todavia, consenso entre os Estados-Membros⁴⁷. Na sequência do fracasso da iniciativa helénica, a Comissão publicou, no final de 2005, o Livro Verde sobre os conflitos de competência e o princípio “*ne bis in idem*” no âmbito dos procedimentos penais, acompanhado por um desenvolvido Anexo Técnico⁴⁸, lançando, deste modo, uma consulta alargada das partes interessadas sobre a problemática dos conflitos de competência e do princípio “*non bis in idem*” em matéria penal.

Além disso, o Tribunal de Justiça tem vindo a desenvolver um importante trabalho de densificação dos conceitos integradores do princípio “*non bis in idem*”, considerando a sua aplicação a nível do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça da UE, sobretudo em sede de apreciação, a título prejudicial, de questões colocadas por órgãos jurisdicionais nacionais sobre a interpretação da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, em particular o seu artigo 54.º. Assim, o Tribunal de Justiça tem fornecido critérios interpretativos dos diferentes elementos que compõem o princípio, nomeadamente os conceitos de “*definitivamente julgado*”⁴⁹ e de “*mesmos factos*” (“*idem res*”).

Com maior relevância para a matéria aqui tratada, importa referir brevemente a Jurisprudência do Tribunal de Justiça da UE no que respeita ao conceito de “*idem res*” ou de “*mesmos factos*”. No caso *Van Esbroeck*, discutia-se a

47 Iniciativa da República Helénica tendo em vista a adopção de uma Decisão-Quadro do Conselho relativa à aplicação do princípio *ne bis in idem*, J.O. C 100, de 26.4.2003, pp. 24-27.

48 Livro Verde sobre os conflitos de competência e o princípio *ne bis in idem* no âmbito dos procedimentos penais (documento n.º COM(2005) 696 final, de 23.12.2005), e *Commission Staff Working Document Annex to the Green Paper On Conflicts of Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal Proceedings* (documento n.º SEC(2005) 1767, de 23.12.2005).

49 Sobre o conceito de “*definitivamente julgado*”, o Tribunal de Justiça pronunciou-se, em 11 de Fevereiro de 2003, no caso *Processos penais contra Hüseyin Gözütok (C-187/01) e Klaus Brügge (C-385/01)*, processos apensos C-187/01 e C-385/01, Colectânea da Jurisprudência 2003, página I-01345. O Tribunal de Justiça acolheu, em grande parte, as Conclusões do Advogado-Geral Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, apresentadas em 19 de Setembro de 2002. Este foi o primeiro Acórdão do Tribunal de Justiça proferido no exercício das competências conferidas pelo artigo 35.º do TUE (v. Fletcher, 2003).

Posteriormente, o Tribunal de Justiça voltou a pronunciar-se sobre a mesma questão nos Acórdãos de 10 de Março de 2005, *Processo-crime contra Filomeno Mario Miraglia* (processo C-469/03, Colectânea da Jurisprudência 2005), de 10 de Março de 2005, *Processo-crime contra Filomeno Mario Miraglia* (processo C-469/03, Colectânea da Jurisprudência 2005), de 28 de Setembro de 2006, *Jean Leon Van Straaten contra Estado Neerlandês e República Italiana* (processo C-150/05), de 28 de Setembro de 2006, no processo C 467/04, processo-crime contra *Giuseppe Francesco Gasparini, José M.a L. A. Gasparini, Giuseppe Costa Bozzo, Juan de Lucchi Calcagno, Francesco Mario Gasparini, José A. Hormiga Marrero e Sindicatura Quiebra* e de 22 de Dezembro de 2008, *Vladimir Turanský*, processo C-491/07.

V. ainda o Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Dezembro de 2008, *Klaus Bourquain*, processo C-297/07, no qual o Tribunal decidiu que o princípio se aplica mesmo quando a pena a que a pessoa tenha sido condenada (em primeiro lugar) nunca tenha sido executada devido a especificidades processuais.

questão de saber se o transporte ilícito de estupefacientes entre dois Estados-Membros constitui “*os mesmos factos*” ou se dois Estados poderiam puni-lo como uma infracção diferente (num Estado como *importação* e noutro como *exportação* de estupefacientes).

Nas suas Conclusões sobre o caso⁵⁰, o Advogado-Geral Dámaso Ruiz Jarabo Colomer distinguiu três possibilidades de interpretar o conceito de “*mesmos factos*”, através de uma concepção material – enquanto conjunto de acontecimentos que constituem um fenómeno histórico –, da sua qualificação jurídica ou de acordo com os bens protegidos pelo tipo penal. O Advogado-Geral considera a primeira possibilidade como a mais adequada às infracções com incidência transfronteiriça⁵¹.

No seu Acórdão⁵², o Tribunal de Justiça entendeu que o conceito de “*idem res*”, para efeitos de aplicação do princípio “*non bis in idem*” no quadro da CAAS, é o de “*identidade dos factos materiais, entendido como a existência de um conjunto de factos indissociavelmente ligados entre si, independentemente da qualificação jurídica desses factos ou do bem jurídico protegido*”. Nessa medida, o Tribunal de Justiça considerou que os factos sob apreciação relativos à importação e à exportação dos mesmos estupefacientes deveriam ser considerados os mesmos factos, ou seja, “*um conjunto de circunstâncias concretas indissociavelmente ligadas entre si [...] no tempo, no espaço e pelo seu objecto*” (considerandos 36 a 38). O Tribunal de Justiça adoptou, deste modo, um conceito material de mesmos factos.

As dúvidas interpretativas acerca do conceito de “*mesmos factos*” constituem também um dos elementos subjacentes ao reenvio prejudicial nos casos *Van Straaten*, *Gasparini* e *Kretzinger*⁵³. O Tribunal de Justiça reitera a jurisprudência no caso *Van Esbroek*, considerando que, face à inexistente harmonização das legislações penais nacionais, “*o único critério relevante [...] é o da identidade dos factos materiais, entendido como a existência de um conjunto de circunstâncias concretas indissociavelmente ligadas entre si*”, independentemente da sua qua-

50 Conclusões do Advogado-Geral Dámaso Ruiz Jarabo Colomer apresentadas em 20 de Outubro de 2005 no Processo C-436/04, *Léopold Henri van Esbroeck contra Openbaar Ministerie*.

51 O Advogado-Geral afirma, de forma taxativa, que “*se, em lugar dos simples factos, se ponderassem as violações da lei ou os valores que se protegem com a sua proibição, o princípio ne bis in idem nunca operaria no âmbito internacional*”.

52 Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Março de 2006, *Processo-crime contra Leopold Henri Van Esbroeck*, processo C-436/04, Colectânea da Jurisprudência 2006.

53 Acórdão de 18 de Julho de 2007, *Jürgen Kretzinger*, processo C-288/05.

lificação jurídica ou do bem jurídico protegido em ambas as decisões (considerando 48 do Acórdão *Van Straaten*). Posteriormente, no processo *Kraaijenbrink*⁵⁴, o Tribunal de Justiça acrescentou que uma “*ligação subjectiva entre factos*” ou a existência de uma “*mesma intenção delituosa*” que origina os dois processos não implica necessariamente a existência de uma ligação objectiva entre os factos, que podem ser distintos do ponto de vista temporal e espacial e pela sua natureza (considerando 30).

Pode, assim, concluir-se que o Tribunal de Justiça tem vindo, paulatinamente, a construir um quadro interpretativo para a definição, a nível do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça da UE, dos conceitos integrantes do princípio “*non bis in idem*”, tais como o conceito de *decisão final* e o conceito de “*idem res*”. No que se refere ao conceito de “*idem res*”, importa salientar que o Tribunal fundamenta a sua interpretação na circunstância de, “*devido à inexistência de harmonização das legislações penais nacionais, um critério baseado na qualificação jurídica dos factos ou no interesse jurídico protegido [ser] susceptível de criar tantos obstáculos à liberdade de circulação no espaço Schengen quantos sejam os sistemas penais dos Estados contratantes*”⁵⁵.

3.2.2. O princípio “*non bis in idem*” no direito europeu da concorrência

Os processos de aplicação das regras de concorrência e as decisões adoptadas pela Comissão ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 1/2003 têm natureza administrativa, não se revestindo essas sanções, à luz do disposto no n.º 5 do artigo 23.º do Regulamento, de carácter penal.

Por outro lado, no quadro dos ordenamentos jurídicos nacionais, as decisões das ANC revestem-se de natureza administrativa (onde se incluem as contra-ordenações) ou penal, de acordo com as opções do legislador nacional, uma vez que o Regulamento (CE) n.º 1/2003 não impôs uma harmonização da natureza das sanções.

Esta caracterização não isenta, porém, nem a Comissão Europeia nem as ANC da submissão aos princípios consagrados na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) na sua actuação, atendendo ao carácter amplo

⁵⁴ Acórdão de 18 de Julho de 2007, *Norma Kraaijenbrink*, processo C-367/05.

⁵⁵ V. considerando 35 da decisão do Tribunal no caso *Van Esbroek*.

do conceito de matéria penal constante do respectivo artigo 6.º, que consagra o direito a um processo equitativo⁵⁶.

Apesar da natureza eminentemente administrativa dos procedimentos desenvolvidos pela Comissão Europeia, foi no domínio do direito concorrência que o Tribunal de Justiça declarou expressamente, pela primeira vez, que o “*non bis in idem*” é um princípio fundamental de Direito da UE, no caso que viria a ser conhecido por *PVC II*⁵⁷.

No referido processo, discutia-se se a Comissão poderia proferir uma nova decisão sobre os mesmos factos após o Tribunal ter anulado a sua decisão de 1988, sob pena de violação do princípio “*non bis in idem*”. Na sua apreciação, o então Tribunal de Primeira Instância⁵⁸ considerou que “*uma empresa não pode ser acusada pela Comissão [...] por violação das normas comunitárias da concorrência ou penalizada por esta através da aplicação de uma coima, devido a um comportamento anticoncorrencial relativamente ao qual o Tribunal de Primeira Instância, ou o Tribunal de Justiça, já concluiu que a Comissão tinha, ou não, feito a respectiva prova*”. O Tribunal entendeu, porém, que, no acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Junho de 1994, não haviam sido analisados os fundamentos de mérito invocados pelas recorrentes quando anulou a decisão da Comissão de 1988. Assim, o Tribunal de Primeira Instância considerou que, ao adoptar a sua nova decisão, a Comissão se limitara a reparar o vício formal censurado pelo Tribunal de Justiça, não tendo aplicado duas sanções às empresas, pelo que rejeitou os argumentos de violação do princípio “*non bis in idem*”.

Em sede de recurso do Acórdão de 1994, o Tribunal de Justiça viria a confirmar o entendimento do Tribunal de Primeira Instância no Acórdão de

⁵⁶ Como observa Smits, 2005: 183. Para uma síntese da interpretação deste preceito, v. Barreto, 2005: 111-178.

⁵⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Outubro de 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) (C-238/99 P)*, *DSM NV e DSM Kunststoffen BV (C-244/99 P)*, *Montedison SpA (C-245/99 P)*, *Elf Atochem SA (C-247/99 P)*, *Degussa AG (C-250/99 P)*, *Enichem SpA (C-251/99 P)*, *Wacker-Chemie GmbH e Hoechst AG (C-252/99 P)* e *Imperial Chemical Industries plc (ICI) (C-254/99 P) contra Comissão das Comunidades Europeias*, processos apensos C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, Colectânea da Jurisprudência 2002, p. I-08375.

⁵⁸ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 20 de Abril de 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV, Elf Atochem SA, BASF AG, Shell International Chemical Company Ltd, DSM NV e DSM Kunststoffen BV, Wacker-Chemie GmbH, Hoechst AG, Société artésienne de vinyle, Montedison SpA, Imperial Chemical Industries plc, Hüls AG e Enichem SpA contra Comissão das Comunidades Europeias*, Processos apensos T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 e T-335/94, Colectânea da Jurisprudência 1999, p. II-00931.

2002 já mencionado⁵⁹. O Tribunal considerou que o princípio “*non bis in idem*” “*proíbe, em matéria de concorrência, que uma empresa seja condenada ou alvo de um processo uma segunda vez devido a um comportamento anticoncorrencial pelo qual já foi punida ou declarada isenta de responsabilidade por uma decisão anterior que já não seja susceptível de recurso*” (considerando 59). O Tribunal acrescentou que “*em contrapartida, este princípio não obsta, em si mesmo, à retoma de um processo que tenha como objecto o mesmo comportamento anticoncorrencial quando uma primeira decisão foi anulada por motivos de forma sem que tenha havido uma decisão de fundo quanto aos factos imputados, a decisão de anulação não sendo, neste caso, equivalente a ‘absolvição’ na acepção dada a este termo em matéria penal. Neste caso, as sanções impostas pela nova decisão não se juntam às aplicadas pela decisão anulada, mas substituem estas*” (considerando 62). Com estes fundamentos, o Tribunal declarou que a Comissão, ao adoptar a segunda decisão sobre os mesmos factos, não violara o princípio “*non bis in idem*”.

Decorre desta Jurisprudência que o princípio envolve uma decisão de mérito sobre os factos. Esta Jurisprudência foi recentemente retomada pelo Tribunal de Primeira Instância no Acórdão *ThyssenKrupp* de 2009⁶⁰.

Perspectivando a aplicação do princípio de uma outra forma, o *Grupo Danone* recorreu de uma decisão condenatória da Comissão Europeia perante o Tribunal de Primeira Instância, invocando, como fundamento do seu recurso, a violação do princípio “*non bis in idem*”⁶¹. A impugnante sustentava que a Comissão, ao tomar em consideração anteriores infracções da *Danone* para aferir a gravidade da infracção e consequentemente determinar o montante da coima, havia violado o princípio “*non bis in idem*”⁶². O Tribunal de Primeira Instância reiterou a Jurisprudência do caso *Cimentos* – a que

59 Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Outubro de 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) (C-238/99 P)*, *DSM NV e DSM Kunststoffen BV (C-244/99 P)*, *Montedison SpA (C-245/99 P)*, *Elf Atochem SA (C-247/99 P)*, *Degussa AG (C-250/99 P)*, *Enichem SpA (C-251/99 P)*, *Wacker-Chemie GmbH e Hoechst AG (C-252/99 P)* e *Imperial Chemical Industries plc (ICI) (C-254/99 P)* contra Comissão apensos C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, Colectânea da Jurisprudência 2002, p. I-08375.

60 Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 1 de Julho de 2009, *ThyssenKrupp Stainless AG contra Comissão das Comunidades Europeias*, processo T-24/07 – v. considerandos 178 a 192.

61 Acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de Outubro de 2005, *Groupe Danone contra Comissão das Comunidades Europeias*, processo T-38/02.

62 Sobre a relevância da reincidência na determinação da medida concreta da sanção, v. as Orientações da Comissão para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, que prevêem um agravamento até 100% do montante base da coima por esse motivo (J.O. C 210, de 1.9.2006, p. 2-5).

se fará referência *infra* –, de acordo com a qual, no domínio do direito da concorrência da UE, o princípio “*non bis in idem*” proíbe que uma empresa seja condenada ou submetida a novo procedimento por uma conduta relativamente à qual já foi condenada ou absolvida por decisão definitiva. Além disso, a aplicação do princípio “*non bis in idem*” está sujeita a uma triplíce condição de identidade dos factos, do arguido e do interesse legalmente protegido (considerando 185). Nessa medida, o Tribunal considerou que, no caso *sub judice*, a Comissão não violara o princípio, tendo antes apenas tomado em consideração, como circunstância factual, duas infracções anteriores da mesma empresa ao disposto no então artigo 81.º do Tratado CE.

Igualmente no contexto da apreciação de uma alegação de violação do princípio “*non bis in idem*” a propósito da consideração da reincidência para a determinação do montante da coima, o Tribunal de Primeira Instância realçou a importância da delimitação do mercado relevante de produto em causa para a distinção entre factos (“*idem res*”), nomeadamente no Acórdão *Hoechst*⁶³. Neste aresto, o Tribunal de Primeira Instância decidiu pela inexistência de uma identidade de factos uma vez que as decisões da Comissão “*respeita[m] a um cartel com um objecto diferente, a saber, uma infracção num mercado de produtos distintos*” (considerandos 149 e 150).

Mais recentemente, o Tribunal Geral reiterou a relevância da definição do mercado relevante de produto para a distinção entre factos objecto de diferentes decisões da Comissão Europeia, no caso *Wieland-Werke*⁶⁴. O Tribunal referiu que a existência de mercados de produto distintos é um critério pertinente para determinar o alcance e, nessa medida, a identidade de infracções ao artigo 81.º TCE (considerando 83). O Tribunal acrescenta, porém, que, se os acordos estivessem conexos através de laços de condicionalidade ou de coordenação, poderiam ser considerados como fazendo parte de um mesmo plano global, podendo assim ser considerados como uma única infracção ainda que abrangendo dois mercados de produto diferentes. Nessa medida, poderiam constituir “*mesmos factos*” para efeitos de aplicação do princípio “*non bis in idem*”.

63 V. Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 30 de Setembro de 2009, *Hoechst GmbH contra Comissão das Comunidades Europeias*, processo T-161/05, em particular os considerandos 135 a 152.

64 Acórdão do Tribunal Geral de 19 de Maio de 2010, *Wieland-Werke AG, Buntmetall Amstetten GmbH e Austria Buntmetall AG*, contra Comissão Europeia, processo T-11/05, em particular os considerandos 74 a 95.

Os casos acima descritos referem-se a uma dimensão de aplicação do princípio “*non bis in idem*” interna à UE, na medida em que se referem a decisões proferidas apenas pela Comissão Europeia. Todavia, no âmbito do direito da concorrência da UE, o Tribunal de Justiça tem sido, ainda, chamado a pronunciar-se sobre a aplicação do princípio “*non bis in idem*” entre ordens jurídicas distintas em dois grupos de situações: nos casos de aplicação paralela do regime jurídico de concorrência de um Estado-Membro e da UE e nos casos de aplicação paralela das regras de concorrência da UE e extra-UE, em particular dos EUA.

3.2.2.1. *A aplicação paralela da legislação de concorrência nacional de um Estado-Membro e da UE*

No que respeita à aplicação ao mesmo caso da legislação da UE e nacional de concorrência, o Tribunal de Justiça admitiu expressamente, no caso *Walt Wilhelm*⁶⁵, que o direito da UE e as legislações nacionais de concorrência abordam as infracções de concorrência numa perspectiva diversa. Enquanto o então Tratado CE punia um cartel à luz dos obstáculos que dele podem resultar para o comércio intra-comunitário, as legislações nacionais incorporam interesses próprios distintos dos da União. Neste contexto, o mesmo acordo entre empresas poderá ser objecto de dois processos paralelos, um perante a Comissão Europeia, à luz dos pertinentes artigos do TFUE, e outro perante uma ANC, conforme a legislação nacional. O Tribunal entendeu que, na ausência de uma proibição expressa prevista nos Tratados ou no direito da UE derivado, não existia um princípio geral de direito da UE que impedisse a existência de procedimentos paralelos⁶⁶. O Tribunal acrescentou, no entanto, que a aplicação paralela das legislações da UE e nacional não deve prejudicar a aplicação uniforme do direito da UE no mercado interno e o efeito das medidas adoptadas à luz das normas da UE⁶⁷.

65 Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Fevereiro de 1969, *Walt Wilhelm e outros contra Bundeskartellamt*, processo 14/68, Colectânea da Jurisprudência 1969, p. 1.

66 O entendimento do Tribunal de Justiça neste caso terá divergido, em certa medida, das Conclusões do Advogado-Geral Roemer. De acordo com a citação de Vesterdof (2003), o Advogado-Geral considerou que o princípio “*non bis in idem*” não teria aplicação na relação entre as legislações nacionais e comunitária desde que as Comunidades não constituam uma ordem jurídica federal.

67 Além disso, o Tribunal considerou que, à luz da “justiça natural”, na determinação de uma sanção, seja tomada em consideração a sanção aplicada anteriormente. O Tribunal de Justiça reconheceu, deste modo, a relevância, a nível comunitário, do *Anrechnungsprinzip*, a que se fez menção *supra* e que aqui não se desenvolverá.

Também no acórdão *Masterfoods*⁶⁸, o Tribunal de Justiça foi chamado a pronunciar-se sobre uma questão relacionada com procedimentos paralelos nos órgãos jurisdicionais nacionais e da UE relativos à aplicação do direito da concorrência da UE. No caso concreto, estavam em confronto os entendimentos contraditórios sobre a mesma questão do *High Court* irlandês e da Comissão Europeia, cuja decisão se encontrava em recurso pendente perante o então Tribunal de Primeira Instância.

Neste aresto, o Tribunal de Justiça, à luz da sua jurisprudência constante⁶⁹, declarou que, mesmo depois de a Comissão ter desencadeado um procedimento relativo à aplicação das regras de concorrência, os órgãos jurisdicionais nacionais conservam a sua competência para aplicar as disposições dos então artigos 85.º, n.º 1 e 86.º TCE.

O Tribunal considerou, porém, que a Comissão não ficava vinculada por uma decisão proferida por um órgão jurisdicional nacional em aplicação do Tratado, pelo que podia, a todo o tempo, tomar decisões individuais, mesmo quando um acordo ou uma prática já tivessem sido objecto de uma decisão de um órgão jurisdicional nacional e a decisão que a Comissão tencionasse adoptar estivesse em contradição com a referida decisão judicial (considerando 48). Esta Jurisprudência encontra-se, hoje, consagrado no artigo 16.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003.

A questão dos procedimentos paralelos nacionais e europeus foi também abordada no denominado caso *Cimentos*⁷⁰, relativo a práticas de cartelização, igualmente proferido antes da entrada em vigor do Regulamento (CE)

68 Acórdão do Tribunal de Justiça, de 14 de Dezembro de 2000, *Masterfoods Ltd/HB Ice Cream Ltd*, processo C-344/98.

69 V. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 30 de Janeiro de 1974, *Belgische Radio en Televisie e Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs contra SV SABAM e NV Fonior (BRT I)*, processo 127/73.

70 Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de Janeiro de 2004, *Aalborg Portland A/S (C-204/00 P)*, *Irish Cement Ltd (C-205/00 P)*, *Ciments français SA (C-211/00 P)*, *Italcementi - Fabbriche Riunite Cemento SpA (C-213/00 P)*, *Buzzi Unicem SpA (C-217/00 P)* e *Cementir - Cementerie del Tirreno SpA (C-219/00 P) contra Comissão das Comunidades Europeias*, Processos apensos C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, Colectânea da Jurisprudência 2004, p. I-00123.

O Acórdão do Tribunal de Justiça foi proferido na sequência do recurso interposto por algumas das empresas visadas pelo Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, que conheceu a impugnação da decisão da Comissão Europeia, de 15 de Março de 2000, *Cimenteries CBR e o. contra Comissão das Comunidades Europeias*, Processos apensos T-25/95, T-26/95, T-30/95, T-31/95, T-32/95, T-34/95, T-35/95, T-36/95, T-37/95, T-38/95, T-39/95, T-42/95, T-43/95, T-44/95, T-45/95, T-46/95, T-48/95, T-50/95, T-51/95, T-52/95, T-53/95, T-54/95, T-55/95, T-56/95, T-57/95, T-58/95, T-59/95, T-60/95, T-61/95, T-62/95, T-63/95, T-64/95, T-65/95, T-68/95, T-69/95, T-70/95, T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 e T-104/95, Colectânea da Jurisprudência 2000, p. II-00491.

n.º 1/2003. Em sede de recurso da decisão da Comissão Europeia, duas das empresas italianas, já anteriormente punidas pela Autoridade de Concorrência Italiana⁷¹, invocaram que a decisão da Comissão implicava uma dupla imputação de responsabilidade, a nível da UE e a nível nacional, pelo mesmo comportamento, o que consubstanciava uma violação do princípio “*non bis in idem*”. No seu Acórdão, o Tribunal de Justiça decidiu que a aplicação do princípio “*non bis in idem*” está sujeita a uma tripla condição de identidade dos factos, de unidade de infractor e de unidade do interesse jurídico protegido (considerando 338). Este princípio proibiria, portanto, a punição de uma mesma pessoa mais do que uma vez pelo mesmo comportamento ilícito, a fim de proteger o mesmo bem jurídico. No caso concreto, uma vez que não existia uma identidade dos factos entre as decisões da Comissão e da Autoridade Nacional de Concorrência Italiana, não existiu violação do princípio “*non bis in idem*”.

Nas Conclusões do Advogado-Geral Dâmaso Ruiz-Jarabo Colomer⁷² sobre este caso, são tecidas considerações muito interessantes acerca do papel desempenhado pelas ANC e pela Comissão. O Advogado-Geral sustenta que, na acção destas entidades, a unidade do bem jurídico protegido também está “*fora de dúvida*”, na medida em que, a nível da UE, a acção das Autoridades nacionais e da Comissão Europeia, longe de serem estanques, visam, na sua essência, a tutela de uma concorrência livre e aberta no mercado comum, ainda que sob prismas diferentes: “*um, contemplando-o na sua integridade, o outro, a partir dos seus diferentes componentes*”. Nestes termos, as Autoridades da UE e nacionais procuram proteger o mesmo bem jurídico.

3.2.2.2. *A aplicação paralela da legislação de concorrência da UE e extra-UE*

Dada a crescente internacionalização da actividade das empresas, o número de casos sobre os quais incidem diferentes ordenamentos jurídicos, da UE e extra-UE, tem vindo a aumentar.

No caso *Boehringer II*⁷³, o Tribunal de Justiça debruçou-se sobre as implicações decorrentes da aplicação de uma sanção pela Comissão Europeia por

71 Decisão da Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, de 6 de Março de 1996, processo I.123, Bolletino 10/1996, de 25 de Março de 200, p. 7.

72 Conclusões apresentadas em 11 de Fevereiro de 2003 no Processo C-213/00 *P Italcementi SpA contra Comissão das Comunidades Europeias*.

73 Acórdão de 14 de Dezembro de 1972, *Boehringer Mannheim GmbH contra Comissão das Comunidades Europeias*, processo 7/72.

infracção às regras de direito da concorrência da UE, subsequente à punição pelos mesmos factos por Autoridades norte-americanas. O Tribunal, sem se pronunciar directamente sobre a dimensão internacional do princípio “*non bis in idem*”, considerou que as condenações decididas pela Comissão Europeia e pelos EUA tinham por base o mesmo conjunto de acordos, mas eram distintas entre si no que respeita ao seu objecto e à sua localização territorial. O Tribunal entendeu que, apesar de poder ter existido alguma sobreposição, a decisão da Comissão apenas havia tomado em consideração as aplicações do cartel que afectaram o comércio entre os Estados-Membros, enquanto a condenação nos EUA teria sido dirigida apenas contra os efeitos verificados naquele País. Consequentemente, a Comissão não era obrigada a tomar em consideração a coima aplicada nos EUA na determinação da sua própria sanção pecuniária.

Este Acórdão reveste-se de especial relevância, na medida em que delimita o alcance das decisões das Autoridades de concorrência de acordo com os efeitos da infracção por elas visados.

Posteriormente a esta decisão do Tribunal de Justiça, o então Tribunal de Primeira Instância pronunciou-se também sobre a questão de procedimentos paralelos a nível da UE e extra-UE no âmbito dos cartéis da lisina, gluconato de sódio e ácido cítrico⁷⁴. Nestes processos, as empresas recorrentes foram condenadas no Canadá e nos EUA e, posteriormente, também condenadas pela Comissão Europeia. Entre os fundamentos subjacentes à impugnação das decisões proferidas pela Comissão Europeia, as empresas invocaram a violação do princípio “*non bis in idem*”.

Reconhecendo a aplicação do princípio “*non bis in idem*” no domínio do direito da concorrência, o Tribunal de Primeira Instância, no âmbito do caso da lisina e em sede de recurso apresentado pela *Archer Daniels Midland*, recorreu que, à luz da Jurisprudência anterior, é admissível a cumulação de sanções, “*uma comunitária e uma nacional, na sequência de dois processos paralelos, com fins distintos, cuja admissibilidade resulta do sistema especial de repartição das competências entre a Comunidade e os Estados-Membros em matéria de acordos*”.

74 Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 9 de Julho de 2003, *Archer Daniels Midland Company e Archer Daniels Midland Ingredients Ltd contra Comissão das Comunidades Europeias*, Processo T-224/00, Colectânea da Jurisprudência 2003, p. II-02597 (lisina) e Acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 27 de Setembro de 2006, *Archer Daniels Midland Co. contra Comissão das Comunidades Europeias*, processos T-329/01 (gluconato de sódio) e T-59/02 (ácido cítrico) e *Roquette Frères SA contra Comissão das Comunidades Europeias*, processo T-322/01 (gluconato de sódio).

Nessa medida, e sem prejuízo de afirmar a inexistência de um princípio de direito internacional público que consagre a proibição de múltiplas condenações⁷⁵, o Tribunal considera ainda que é admissível a dupla condenação a nível da UE e extra-UE, “*uma vez que é manifesto que os processos accionados e as sanções aplicadas pela Comissão, por um lado, e pelas autoridades americanas e canadianas, por outro, não prosseguem os mesmos objectivos. Se, no primeiro caso, se trata de preservar uma concorrência não falseada no território da União Europeia ou no EEE, a protecção pretendida diz respeito, no segundo caso, ao mercado americano ou canadiano*”.

No que respeita à questão de saber se as decisões proferidas nos EUA e pela Comissão Europeia incidiam sobre os *mesmos factos*⁷⁶, o Tribunal de Primeira Instância delimitou-os atendendo à aplicação da infracção ou aos efeitos visados por cada decisão. O Tribunal afirma expressamente que, “*embora a sentença proferida nos Estados Unidos refira o facto de o acordo sobre a lisina ter por objecto restringir a produção e aumentar os preços da lisina ‘nos Estados Unidos e fora dele’*», *em nada se demonstrou que a condenação proferida nos Estados Unidos tivesse em vista aplicações ou efeitos do acordo para além dos verificados nesse país (v., neste sentido, acórdão de 14 de Dezembro de 1972, Boehringer/Comissão, já referido, n.º 6)*, e, em particular no EEE, o que, aliás, usurparia manifestamente a competência territorial da Comissão”⁷⁷.

A decisão do Tribunal de Primeira Instância foi objecto de recurso para o Tribunal de Justiça, com base, entre outros aspectos, na violação do corolário do princípio “*non bis in idem*”, de acordo com o qual devem ser tidas em conta sanções anteriores relativas aos mesmos factos.

Nas suas conclusões sobre o mesmo caso⁷⁸, o Advogado-Geral Antonio Tizzano defendeu posições coincidentes com o entendimento do Tribunal

75 O Tribunal refere que “...*não existe actualmente um princípio de direito internacional público que proíba as autoridades ou os tribunais de Estados diferentes de julgarem e condenarem alguém pelos mesmos factos. Nos dias de hoje, tal proibição apenas pode resultar, portanto, de uma cooperação internacional muito estreita resultante da adopção de regras comuns tais como as que constam da Convenção de aplicação do Acordo de Schengen...*” (considerando 92).

76 Esta questão foi apreciada pelo Tribunal de Primeira Instância com o intuito de determinar se a Comissão teria o dever de tomar em consideração os montantes em que as empresas haviam sido já condenadas, na determinação da sua sanção (v. em especial, os considerandos 95 e seguintes).

77 Considerando 103 do Acórdão *Archer Daniels Midland* (Processo T-224/00).

78 Conclusões do Advogado Geral Antonio Tizzano apresentadas em 7 de Junho de 2005, Processo C-397/03 P, *Archer Daniels Midland Company e Archer Daniels Midlands Ingredients Ltd contra Comissão das Comunidades Europeias*.

de Primeira Instância relativamente à inaplicabilidade do princípio “*non bis in idem*” ao caso concreto, devido à ausência de um instrumento internacional específico sobre a matéria. O Advogado-Geral sustenta, ainda, que não se encontra verificada uma das três condições a que a eventual aplicação do princípio “*non bis in idem*” está sujeita: a unidade do interesse jurídico protegido.

Por sua vez, o Tribunal de Justiça pronunciou-se directamente sobre a questão da identidade dos factos⁷⁹. O Tribunal declarou, taxativamente, que “*quando a sanção aplicada no Estado terceiro apenas tem em vista as aplicações ou os efeitos do cartel no mercado desse Estado e a sanção comunitária as suas aplicações ou efeitos no mercado comunitário, não há identidade dos factos*”. Considerando que as empresas recorrentes não lograram provar que a decisão adoptada nos EUA e no Canadá, além da aplicação ou dos efeitos dos acordos verificados nesses países, pretendessem punir a sua aplicação ou efeitos no EEE, o Tribunal de Justiça considerou improcedente o argumento relativo à violação do princípio “*non bis in idem*”.

Estes Acórdãos do Tribunal de Justiça revestem-se de especial importância por confirmarem a jurisprudência do Acórdão *Boehringer* sobre as relações entre a decisões proferidas a nível da UE e por países terceiros, volvidos mais de trinta anos⁸⁰.

No caso *grafites especiais*, o Tribunal de Primeira Instância⁸¹ apreciou o interessante argumento das empresas, que alegavam ter havido uma violação do princípio “*non bis in idem*” por terem sido punidas duas vezes pelo mesmo acordo global, que envolvia os eléctrodos de grafite (objecto de uma outra decisão da Comissão) e as grafites especiais. O Tribunal de Primeira Instância considerou, no entanto, que os produtos em causa pertenciam a mercados diferentes, consubstanciando, desta forma, factos e práticas diferentes. Acresce que os membros dos cartéis nos diferentes mercados não eram intei-

79 Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Maio de 2006, *Archer Daniels Midland Co. e Archer Daniels Midland Ingredients Ltd*, processo C-397/03 P. V., em especial, os considerandos 69 e seguintes.

80 Neste sentido, *Idot*, 2006b.

81 Acórdão de 15 de Junho de 2005, *Tokai Carbon Co. Ltd, Intech EDM BV, Intech EDM AG e SGL Carbon AG contra Comissão das Comunidades Europeias*, processos apensos T-71/03, T-74/03, T-87/03 e T-91/03.

ramente coincidentes⁸². O Tribunal de Justiça viria a confirmar a decisão do Tribunal de Primeira Instância⁸³.

4. DA COMPATIBILIDADE DO REGULAMENTO (CE) N.º 1/2003 COM O PRINCÍPIO “*NON BIS IN IDEM*”

Da análise realizada, verifica-se que o princípio “*non bis in idem*” encontra plena aplicação no domínio do direito da concorrência da UE, enquanto princípio geral do direito da UE, ainda que apresente especificidades neste domínio face à sua aplicação na área do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça. Com efeito, o Tribunal de Justiça reconheceu expressamente a sua aplicação no âmbito dos procedimentos de aplicação do direito da concorrência tramitados pela Comissão Europeia, bem como nos casos de processos paralelos a nível da Comissão Europeia e dos Estados-Membros.

Neste contexto, podem ser elencados diversos fundamentos para sustentar a incompatibilidade do sistema de repartição de competências previsto no Regulamento (CE) n.º 1/2003 com o princípio “*non bis in idem*”.

Desde logo, pode ser reconhecido que as sanções pecuniárias aplicadas em consequência da violação dos artigos 101.º e/ou 102.º TFUE, independentemente da sua natureza formal, revestem-se de carácter *quase penal*⁸⁴. Assim, o Regulamento (CE) n.º 1/2003, por ter natureza de direito da UE derivado, deve ser compatível com os princípios fundamentais da UE, entre os quais se conta o princípio “*non bis in idem*”⁸⁵. O Regulamento (CE) n.º 1/2003 prevê, aliás, uma referência expressa à Carta, no considerando 37 do seu preâmbulo, que, como foi referido, reconhece expressamente o princípio “*non bis in idem*” como princípio fundamental.

A questão da compatibilidade do Regulamento com o princípio “*non bis in idem*” pode, ainda, ser examinada do ponto de vista da sua *ratio* económica. Nessa medida, Wils (2003) considera que a preclusão de um duplo procedimento ou sanção em virtude da aplicação do princípio “*non bis in idem*” gera um incentivo para uma aplicação eficiente da lei e para uma verdadeira coordenação entre ANC, no quadro da Rede ECN. Por essa via, permite uma

82 V. considerandos 117 e seguintes.

83 Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Maio de 2007, *SGL Carbon contra Comissão das Comunidades Europeias*, processo C-328/05P.

84 Neste sentido, Vesterdof, 2003, e Smits, 2005.

85 Adoptando esta posição, Vesterdof, 2003.

utilização óptima dos recursos, ao evitar uma duplicação de investigações. O mesmo Autor reconhece, no entanto, que existem alguns riscos na aplicação do princípio, como é o caso de uma ANC iniciar um procedimento tendo como objectivo precluir a competências das demais ou da existência de “*forum shopping*”. Estes riscos não afastam, porém, a aplicabilidade do princípio no domínio da concorrência, proibindo a existência de decisões múltiplas por parte de ANC sobre o mesmo caso.

Em sentido coincidente, Vesterdof (2003) considera que as considerações económicas não podem impedir a aplicação de um princípio fundamental como é o “*non bis in idem*”. Este Autor considera, assim, que uma ANC não pode, pelo menos com base no direito da concorrência da UE, investigar e punir o mesmo cartel já punido por uma outra ANC, com base nos efeitos verificados no respectivo território. Por outro lado, sustenta que a Comissão não poderá exercer os seus poderes sancionatórios depois de uma ANC ter adoptado uma decisão com apreciação do mérito sobre um determinado caso, à luz do princípio “*non bis in idem*”, tal como consagrado no Acórdão *PVC II*. O antigo Presidente do Tribunal de Primeira Instância endereça, assim, algumas críticas à Comunicação da Comissão sobre o funcionamento da Rede ECN, na medida em que considera incompatível com o princípio “*non bis in idem*” a possibilidade de procedimentos paralelos expressamente prevista e admitida naquela Comunicação.

Em sentido coincidente, outros autores sustentam que a utilização da doutrina dos “*efeitos*”, reconhecida pelo Tribunal de Justiça para os casos de aplicação de legislação da UE e extra-UE, parece “peculiar” quando aplicada a entidades que actuam em tão estreita cooperação⁸⁶.

Os autores que defendem que o princípio “*non bis in idem*” proíbe que mais do que uma ANC se pronuncie sobre um determinado caso, sugerem, no entanto, um mecanismo de conciliação do sistema de competências paralelas com o princípio. Wils sustenta que o princípio não impede que, numa fase preliminar das investigações, diversas ANC prossigam os seus processos, de modo a determinar a ANC mais bem colocada para decidir o caso. O princípio implicaria, porém, que, uma vez tomada uma decisão condenatória ou absolutória por uma das ANC envolvidas, as restantes ANC teriam de pôr termo aos seus procedimentos⁸⁷. O mesmo Autor considera ainda que a mera

86 Neste sentido, Smits, 2005: 187.

87 Wils, 2004: 449.

tomada em consideração das sanções anteriores nas punições subsequentes não é suficiente para respeitar as exigências do princípio “*non bis in idem*”.

Existem, no entanto, diversos argumentos que concorrem no sentido contrário ao entendimento atrás exposto.

Como foi referido, o Regulamento (CE) n.º 1/2003 não estabelece um sistema rígido de repartição de competências entre as Autoridades de concorrência. Apenas no que respeita à Comissão, o artigo 11.º, n.º 6, dispõe que o início de um procedimento por parte da Comissão preclui a competências das restantes ANC⁸⁸. No que respeita ao nível horizontal, regista-se uma total ausência de critérios vinculativos que possam levar a uma exclusão de procedimentos paralelos.

Neste contexto, a repartição de competências entre ANC e, em certa medida, a Comissão Europeia é realizada com base em normas facultativas e em critérios definidos de forma ampla, num sistema sobretudo baseado na capacidade de coordenação e de atingir consensos das Instituições em causa.

No que concerne à delimitação dos poderes de jurisdição entre as diversas Autoridades, o Regulamento (CE) n.º 1/2003 não confere competência às ANC ou aos Tribunais nacionais para apreciarem práticas ou efeitos que tenham ocorrido totalmente no exterior do território do respectivo Estado-Membro, apesar de as medidas nacionais poderem afectar, ainda que indirectamente, práticas com carácter transnacional⁸⁹.

Existem, porém, autores⁹⁰ que consideram que, à luz do Regulamento (CE) n.º 1/2003, em teoria, todas as ANC poderiam investigar um acordo ou outra infracção que afectasse o comércio entre os Estados-Membros independentemente do lugar da prática do facto, da localização das partes ou do lugar onde os efeitos se verificaram. Quanto a este aspecto, apenas as legislações nacionais fornecem algum critério limitador das competências das ANC.

Com a crescente integração dos mercados e internacionalização da actividade das empresas, o número de casos com incidência em mais de um

88 Note-se, todavia, que subsistem dúvidas interpretativas em relação ao n.º 6 do artigo 11.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 – v. Pedido de decisão prejudicial apresentado pelo *Krajský soud v Brně* (República Checa) em 11 de Janeiro de 2010 no caso *Toshiba* (processo C-17/10).

89 Neste sentido, *Lenaerts & Gerard*, 2004: 322.

90 Neste sentido, *Brammer*, 2005: 1385. No caso da legislação portuguesa de concorrência, a Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, prevê, no n.º 2 do seu artigo 1.º que “*sob reserva das obrigações internacionais do Estado Português, a presente lei é aplicável às práticas restritivas da concorrência e às operações de concentração de empresas que ocorram em território nacional ou que neste tenham ou possam ter efeitos*”.

Estado-Membro irá, previsivelmente, aumentar. Consequentemente, é possível que mais do que uma ANC cumpra os requisitos cumulativos que permitem caracterizá-la como entidade bem posicionada para prosseguir o caso.

Nestas circunstâncias, a Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da Rede distingue três situações possíveis já descritas. Num certo número de casos, a acção de uma só ANC será suficiente para pôr totalmente termo à infracção⁹¹. Num segundo grupo de situações, a acção de uma única ANC não poderá colocar termo à infracção, devendo ser o caso prosseguido em paralelo por mais do que uma Autoridade, sendo uma delas desejavelmente designada como “*autoridade principal*”, para efeitos de coordenação da investigação. Finalmente, quando a infracção atinge mais do que três Estados-Membros, a Comissão considera-se bem posicionada para prosseguir o caso.

Resulta, assim, da Comunicação da Comissão que a eventual incompatibilidade do sistema de competências paralelas actual com o princípio “*non bis in idem*” se coloca, sobretudo, nos casos em que as infracções produzem os seus efeitos em dois ou três Estados-Membros.

No âmbito da discussão acerca do *Livro Branco* da Comissão, a questão do “*âmbito territorial*” das decisões proferidas pelas ANC foi alvo de alguma controvérsia, tendo sido defendido por alguns Estados-Membros que as decisões nacionais deveriam ter um efeito a nível da UE⁹². A realidade, porém, é que, quando uma ANC inicia um procedimento que visa uma prática que afecta mais do que um Estado-Membro, os seus poderes sancionatórios estarão limitados à execução da infracção ou aos efeitos que se produziram no interior do seu território⁹³. De facto, tal como é salientado pela Comissão Europeia no *Livro Branco*⁹⁴, “*as decisões das autoridades nacionais apenas são*

91 Exemplo desta situação será o caso em que as empresas envolvidas têm a sua sede num Estado-Membro, apesar de exercerem a sua actividade também noutros Estados-Membros. Neste caso, o Estado do domicílio poderá adoptar uma decisão e executá-la com sucesso, pondo termo à infracção.

92 V. o documento da Direcção-Geral de Concorrência “*Sumário das Observações ao Livro Branco relativo à Reforma do Regulamento 17*”, de 29 de Fevereiro de 2000.

93 Neste sentido, Smits, 2005: 184.

94 A Comissão referia-se a uma eventual atribuição de competência às autoridades nacionais de concorrência para apreciação de pedidos de isenção de empresas para determinadas práticas, ao abrigo do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE.

*executórias no seu próprio território, não permitindo consequentemente resolver os casos que implicam diversos territórios nacionais*⁹⁵.

Para que uma ANC pudesse sancionar os efeitos ocorridos fora do seu território seria ainda necessário que os outros Estados-Membros reconhecessem as suas decisões e as executassem, o que não se encontra previsto no regime jurídico actual⁹⁶.

As especificidades da aplicação descentralizada do direito da concorrência da UE implicam que Autoridades com jurisdição limitada pelos princípios da soberania nacional sejam chamadas a aplicar uma legislação de carácter supranacional a infracções com natureza transfronteiriça^{97/98}.

Assim, apenas a acção coordenada de várias ANC poderá sancionar de forma adequada e cabal o comportamento em causa, punindo a afectação do respectivo mercado⁹⁹.

Resulta da análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça *supra* que a interpretação realizada sobre o âmbito da aplicação do princípio “*non bis in idem*” no domínio penal e no quadro do direito da concorrência é divergente¹⁰⁰. De facto, o Tribunal de Justiça, no domínio do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça adoptou uma concepção material de “*idem res*”. Em contraste com este entendimento, nos casos relativos a infracções jusconcorrenciais, o critério adoptado pelo Tribunal tem sido o de considerar necessário a verificação de três condições cumulativas: a unidade dos factos, a unidade do

95 V. Livro Branco sobre Modernização das regras de aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE, p. 25.

96 Paulis & Gauer (2005: 40) referem, neste caso, a possibilidade de modificar o Regulamento (CE) n.º 1/2003 de modo a que fosse conferida uma validade a nível da UE das decisões de cada ANC e a obrigação de sancionar todos os efeitos das infracções no mercado interno.

97 O Regulamento (CE) n.º 1/2003 reconhece estas limitações ao poder decisório das Autoridades nacionais de concorrência, por exemplo, no n.º 2 do artigo 29.º, relativo à retirada individual de isenções.

98 É evidente que poderá ser legitimamente suscitada a questão de saber por que motivo uma autoridade nacional deverá suspender um seu processo ou rejeitar uma queixa a favor de um procedimento de uma outra autoridade nacional se a decisão que essa autoridade adopte não produzirá efeitos no seu País. Suscitando esta questão, v. Basedow, 2001-2002: 100.

99 Mavroidis & Neven (2000) consideram, no entanto, que, mesmo que tal fosse possível, as Autoridades nacionais de concorrência teriam poucos incentivos para tomar em consideração efeitos ocorridos no exterior do seu território. Paulis & Gauer (2005) apontam, porém, para a possibilidade de um Estado-Membro consentir que uma ANC de outro Estado-Membro investigue e puna os efeitos verificados em ambos os territórios.

100 Como refere Costa Ramos (2009: 155), “*o ne bis in idem é princípio geral de direito da UE, comum ao primeiro e terceiro pilar, embora a sua configuração particular como regra num e noutro domínio possa ser diferente*”.

infractor e a unidade do interesse legalmente protegido¹⁰¹. Esta interpretação divergente pode ser explicada pelo facto de se verificar, ao nível das legislações penais nacionais, uma ausência de harmonização. Já no âmbito do sistema de competências paralelas instituído pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003, longe de existir uma insuficiente harmonização das legislações, todas as jurisdições aplicam a mesma lei substantiva – os artigos 101.º e 102.º TFUE.

Assim, apesar da aplicação do princípio em toda a ordem jurídica da UE, as especificidades de cada área do direito conduzem a aplicações distintas que não comprometem a unidade do princípio, porquanto traduzem a prossecução dos fins da UE. Como explicita Costa Ramos (2009: 270), no domínio do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, “*só a adopção de um critério autónomo de idem factum garante uma aplicação uniforme e efectiva do conceito e uma protecção equivalente dos indivíduos em todo o território da UE*”.

Por seu turno, o traço distintivo essencial do direito da concorrência da UE é o da sua supranacionalidade e uniformidade no espaço da UE. Nessa medida, existe, por natureza, uma unidade dos bens e valores juridicamente tutelados. Compreende-se, assim, os motivos pelos quais, neste domínio, o Tribunal de Justiça considera relevante atender, no domínio da concorrência, aos três elementos já referidos para a determinação do conceito de “*idem res*”¹⁰².

No que respeita aos três critérios definidos pelo Tribunal de Justiça, dada a unidade da qualificação jurídica e do bem jurídico tutelado pelas decisões adoptadas pelas ANC na aplicação paralela dos artigos 101.º e 102.º TFUE, cumpre analisar a verificação do terceiro elemento restante relativo aos “*mesmos factos*”.

No que respeita ao conceito de “*mesmos factos*” referente a infracções ao regime jurídico da concorrência, tem sido no âmbito dos casos em que está em confronto a aplicação da legislação da UE e extra-UE que o Tribunal de Justiça forneceu maiores orientações. Através de uma jurisprudência constante, o Tribunal de Justiça tem considerado que o elemento demarcador dos factos abrangidos por diferentes decisões se prende com a delimitação terri-

101 Neste sentido, v. as Conclusões da Advogada-Geral E. Sharpston apresentadas no processo *Gasparini* já citadas. A Advogada-Geral considera mesmo existir alguma incoerência na jurisprudência do Tribunal de Justiça (considerando 63).

102 Sustentando esta posição, v. as Conclusões da Advogada-Geral E. Sharpston apresentadas no processo *Gasparini* já citadas.

torial da aplicação da infracção ou dos seus efeitos apreciados nas diferentes decisões.

Outro interessante elemento já apreciado pelo Tribunal de Justiça prende-se com a importância do mercado relevante para a definição dos factos apreciados em cada decisão. Assim, o Tribunal realçou que, se as decisões se referem a um mesmo tipo de infracção, mas que é praticada em mercados relevantes distintos, deverá considerar-se existirem factos distintos, para efeitos de aplicação do princípio “*non bis in idem*”. O Tribunal referiu-se a este aspecto ao nível do mercado relevante do produto, mas o mesmo entendimento poderá ser aplicado no que respeita à dimensão geográfica do mercado relevante. Nessa medida, quando os membros da ECN delimitarem os mercados relevantes de forma distinta, poderá considerar-se que apreciaram factos diferentes.

A este respeito, cumpre salientar, como o fazem Paulis & Gauer (2005), que, no domínio do direito da concorrência, têm especial acuidade na determinação dos factos puníveis os efeitos reais ou potenciais das infracções, o que constitui uma das suas particularidades face aos restantes regimes jurídicos punitivos.

Apesar de o Tribunal de Justiça deixar, propositadamente segundo alguns autores¹⁰³, em aberto a aplicação da metodologia seguida para os casos de interacção com decisões de países terceiros aos casos de aplicação concorrente do direito da UE, parece-nos que não existem razões para uma interpretação divergente¹⁰⁴. De facto, as Autoridades nacionais de concorrência, ao aplicarem a legislação da concorrência da UE, devido às limitações da sua jurisdição, estão vinculadas a considerar e sancionar exclusivamente os efeitos verificados das infracções jusconcorrenciais no território do respectivo Estado-Membro. Esta consideração não é sequer invalidada pelo facto de as Autoridades deverem aferir do seu impacto no comércio entre Estados-Membros, que funciona como elemento de determinação da lei aplicável. Consideramos, mesmo, que, se uma ANC pretender conhecer e punir os efeitos de uma determinada infracção verificados no território de um outro Estado-Membro estará, na expressão já utilizada pelo Tribunal de Primeira Instância¹⁰⁵, a usurpar os poderes das outras ANC e, em última análise, da

103 V. Idot (2006), a propósito dos Acórdãos dos Tribunais de Justiça *Archer Daniels e SGL Carbon e outros*.

104 V. Paulis & Gauer, 2005: 37.

105 V. o Acórdão do Tribunal de Primeira Instância no caso *Archer Daniels*, já citado.

própria Comissão. As considerações sobre o âmbito territorial das decisões adoptadas têm assim plena aplicação nos casos de aplicação paralela do direito da concorrência no seio da rede ECN.

Defendemos, assim, que, face à delimitação territorial da aplicação das infracções ou dos efeitos considerados e punidos por cada ANC, é admissível, à luz do princípio “*non bis in idem*” a existência de procedimentos e decisões paralelas sobre a mesma prática proibida, uma vez que não se verifica uma dupla punição pelos mesmos factos¹⁰⁶.

Nestes termos, apesar de ter como objectivo a prossecução de um caso por uma única Autoridade de concorrência, consideramos que o Regulamento (CE) n.º 1/2003, ao não impedir a existência de processos paralelos de várias ANC, não viola o princípio “*non bis in idem*”, atenta a não identidade dos factos punidos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema aqui discutido não se colocaria se o Regulamento (CE) n.º 1/2003 tivesse consagrado um dos seguintes sistemas: uma centralização de todas as decisões relativas à aplicação do TFUE na Comissão Europeia ou um sistema de repartição rígida de competências, acompanhado de regras relativas ao mútuo reconhecimento de decisões das ANC e de execução dessas decisões em toda a UE¹⁰⁷.

Não foi esta, porém, a opção tomada pelo legislador da UE, que instituiu o que poderemos denominar de “*descentralização flexível*”. Longe de pretender centralizar a aplicação do regime da concorrência da UE na Comissão Europeia, as regras relativas à determinação da Autoridade bem posicionada evidenciam, mesmo, que a Comissão tendencialmente não intervirá, recorrendo ao mecanismo previsto no n.º 6 do artigo 11 do Regulamento (CE) n.º 1/2003, se um determinado caso envolver até três Estados-Membros.

Por outro lado, o sistema de repartição de competências não prevê qualquer mecanismo vinculativo de atribuição de competências ou mesmo de resolução de conflitos (positivos ou negativos) de jurisdição. O Comité Con-

106 Em sentido coincidente, v. Paulis & Gauer, 2005. Neste artigo é ainda discutida a natureza das decisões que se enquadram no conceito de “bis”. Sobre as decisões de compromissos adoptadas ao abrigo do artigo 9.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, v. ainda Wils, 2006.

107 Defendendo um sistema de reconhecimento mútuo de decisões, Waelbroeck (2004: 483) e Smits (2005: 190).

sultivo, apesar de poder ser chamado a intervir, não poderá emitir um parecer em sentido formal.

Assim, e como já foi realçado¹⁰⁸, o sucesso do sistema de repartição de competências entre as Autoridades de concorrência instituído pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003 depende, em grande medida, de um equilíbrio entre as Instituições envolvidas e da sua determinação em estabelecer uma cooperação caracterizada por um elevado nível de confiança mútua.

O problema da compatibilidade do sistema de competências paralelas com o princípio *“non bis in idem”* não é meramente teórico. Todavia, para a determinação da aplicação do princípio *“non bis in idem”* no domínio do direito da concorrência da UE consideramos que a interpretação dos conceitos subjacentes e o campo de aplicação do princípio *“non bis in idem”* não pode ser realizada à luz das *“pré-concepções”* retiradas dos direitos nacionais. Decorre da jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que a aplicação uniforme do Direito da UE exige uma interpretação autónoma, que tome em consideração o contexto e os fins específicos da regulamentação em questão. Deve, assim, atender-se a uma interpretação que tome em consideração as exigências e os fins específicos da Ordem Jurídica da UE, devendo ainda atentar-se nas especificidades das matérias em causa, que podem conduzir a diferenças relativamente à aplicação do princípio no domínio da concorrência e em matéria do Espaço de Segurança, Liberdade e Justiça.

Ficou, ainda, patente da análise realizada que a jurisprudência do Tribunal de Justiça não fornece, para já, todos os elementos decisivos para avaliar a aplicação do princípio *“non bis in idem”* face ao actual regime jurídico de aplicação das regras da concorrência da UE. Para o debate deste problema é apenas possível recorrer a lugares paralelos, como é o caso da aplicação simultânea da legislação nacional e da UE ou desta em paralelo com regimes jurídicos extra-EU. Neste contexto, todas as posições não poderão deixar de ser consideradas provisórias. Acrescente-se ainda que o Tribunal também não se pronunciou ainda sobre o impacto que a consagração da Carta dos Direitos Fundamentais da EU nos Tratados poderá ter na aplicação deste princípio, nomeadamente se tal implica uma unificação das jurisdições dos Estados-Membros, como sugere Petr (2008).

Apesar disso, consideramos que o actual sistema não é incompatível com o princípio *“non bis in idem”*, tal como tem sido interpretado pelo Tribunal de

108 Gerber & Cassinis, 2006b: 57.

Justiça. Com efeito, as limitações da jurisdição dos diferentes membros da Rede ECN conduzem a que, na prática, não apreciem os mesmos factos nas suas decisões.

Este entendimento não prejudica, porém, a nossa posição de que o actual sistema de repartição de competências é susceptível de receber alguns aperfeiçoamentos, sobretudo no que respeita a considerações de certeza jurídica. Nessa medida, deveriam ser densificados os actuais critérios de repartição de competências, no sentido de torná-los mais claros e transparentes para os visados pelas investigações. Para esse desenvolvimento, serão cruciais os contributos decorrentes da sua aplicação prática no seio da Rede ECN, bem como a jurisprudência dos Tribunais, nacionais e da UE.

BIBLIOGRAFIA

AAFDL

1997 *Textos de Direito Internacional Público I*, 3.^a ed., Lisboa: AAFDL.

AAVV

2001 *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra: Coimbra Editora.

BARRETO, Ireneu Cabral

2005 *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem – Anotada*, 3.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora.

BASEDOW, Jürgen

2001-2002 “La renationalisation du droit communautaire de la concurrence”, in *Revue des Affaires Européennes – Law & European Affairs*, 11.^o - 12.^o anos, n.^o 1, pp. 92-102.

BELLAMY, Christopher, & CHILD, Graham

2001 *European Community Law of Competition*, 5.^a ed., Londres: Sweet & Maxwell.

BRAMMER, Silke

2009 *Co-operation between National Competition Agencies in the Enforcement of EC Competition Law*, Oxford/Portland: Hart Publishing.

2005 “Concurrent Jurisdiction under Regulation 1/2003 and the Issue of Case Allocation”, in *Common Market Law Review*, n.^o 42, pp. 1383-1424.

BUDZINSKI, Oliver & CHRSTIANSEN, Arndt

2005 “Competence Allocation in the EU Competition Policy System as an Interest-Driven Process”, in *University of Marburg – Working Paper Series*, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=682303> (consultado em 15/08/2010).

CONWAY, Gerard

2003 “Ne bis in idem in international law”, in *International Criminal Law Review*, n.º 3, pp. 217-244.

COSTA RAMOS, Vânia

2009 *Ne bis in idem e União Europeia*, Coimbra: Coimbra Editora.

FEDERICO, Giacomo Di & MANZINI, Pietro

2004 “A Law and Economics Approach to the New European Antitrust Enforcing Rules”, in *Erasmus Law and Economics Review*, vol. 1, n.º 2 (Junho), pp. 143-164.

FERREIRA, João E. Pinto e BANGY, Azeem Remtula

1999 *Guia Prático do Direito da Concorrência em Portugal e na União Europeia*, Lisboa: AJE – Sociedade Editorial.

FLETCHER, Maria

2003 “Some Developments to the ne bis in idem Principle in the European Union: Criminal Proceedings against Hüseyin Gözütok and Klaus Brügge”, in *The Modern Law Review*, vol. 66 (Setembro), pp. 769-780.

FREUND, Heinz-Joachim

2005 “Application of General Principles of Law in the review of Commission’s decisions on fines by the Community Courts”, ERA, 8.12.2005.

FRIEDEL-SOUCHU, Evelyne

1994 *Extraterritorialité du droit de la concurrence aux Etats-Unis et dans la Communauté européenne*, L.G.D.J., Paris.

GAUER, Céline

2004 “Does the Effectiveness of the EU Network of Competition Authorities Require a Certain Degree of Harmonisation of National Procedures and Sanctions?”, in Ehlermann, Claus-Dieter & Atanasiu, Isabela (ed.), *European Competition Law Annual 2002: Constructing the EU Network of Competition Authorities*, Oxford/Portland Oregon, Hart Publishing, pp. 187-201.

GERBER, David J.

2004 “The Evolution of a European Competition Law Network”, in Ehlermann, Claus-Dieter & Atanasiu, Isabela (ed.), *European Competition Law Annual 2002: Constructing the EU Network of Competition Authorities*, Oxford/Portland Oregon, Hart Publishing, pp.43-64.

GERBER, David J. & CASSINIS, Paolo

2006a “The “Modernisation” of European Community Competition Law: Achieving Consistency in Enforcement – Part I”, in *European Competition Law Review*, n.º 1 (Janeiro), pp. 10-18.

2006b “The “Modernisation” of European Community Competition Law: Achieving Consistency in Enforcement – Part II”, in *European Competition Law Review*, n.º 2 (Fevereiro), pp. 51-57.

IDOT, Laurence

2006a “Ententes internationales et principe non bis in idem”, in *Europe – Revue mensuelle LexisNexis JurisClasseur*, Agosto-Setembro, p. 22.

2006b “Ententes mondiales et poursuites transatlantiques”, in *Europe – Revue mensuelle LexisNexis JurisClasseur*, Julho, p. 24.

2004 “A Necessary Step towards Common Procedural Standards of Implementation for Articles 81 & 82 EC without the Network”, in Ehlermann, Claus-Dieter & Atanasiu, Isabela (ed.), *European Competition Law Annual 2002: Constructing the EU Network of Competition Authorities*, Oxford/Portland Oregon, Hart Publishing, pp. 211-221.

JENNY, Frédéric

2004 “Does the Effectiveness of the EU Network of Competition Authorities Depend on a Certain Degree of Homogeneity of Its Membership (with Respect to status, structure, powers, responsibilities, etc.)?”, in Ehlermann, Claus-Dieter & Atanasiu, Isabela (ed.), *European Competition Law Annual 2002: Constructing the EU Network of Competition Authorities*, Oxford/Portland Oregon, Hart Publishing, pp. 203-210.

JONES, Alison & SUFRIN, Brenda

2004 *EC Competition Law – text, cases and materials*, 2.^a ed., Oxford: Oxford University Press.

KORAH, Valentine

2004 *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 8.^a ed., Oxford: Hart Publishing.

LASSERRE, Bruno

2005 “Le Conseil de la concurrence dans le réseau communautaire”, in *Concurrentes*, n.º 3, pp. 42-51.

LENAERTS, Koen & GERARD, Damien

2004 “Decentralisation of EU Competition Law Enforcement: Judges in the Frontline”, in *World Competition*, vol. 27, n.º 3, pp. 313-349.

LOPEZ, Dax Eric

2000 “Not Twice for the Same: How the Dual Sovereignty Doctrine is Used to Circumvent Non Bis in Idem”, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 33, n.º 5, Novembro, pp. 1263-1303.

MAVROIDIS, Petros C. & NEVEN, Damien J.

2001 “From the white paper to the proposal for a council regulation: how to treat the new kids on the block?”, disponível em <http://hei.unige.ch/~neven/Mavroidis%20Neven.pdf> (consultado em 15/08/2010).

2000 “The Modernisation of EU Competition Policy: Making the Network Operate”, disponível em <http://www.bec.unil.ch/deep/textes/00.17.pdf> (consultado em 15/08/2010).

MEDINA DE SEIÇA, Alberto

2009 “A aplicação do princípio *ne bis in idem* na União Europeia (aspectos de um processo ainda não transitado)”, in Costa Andrade, Manuel, Antunes, Maria João & Aires de Sousa, Susana (org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 935-1003.

MORAIS, Luís Domingos Silva

2006 *Empresas Comuns (Joint Ventures) no Direito Comunitário da Concorrência*, Coimbra: Livraria Almedina.

MOREIRA, Teresa

2005 *A Reforma do Sistema Europeu da Concorrência*, Seminário DECO/Comissão Europeia sobre Direito da Concorrência para Juízes Nacionais, disponível em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Reforma.pdf (consultado em 15/08/2010).

PARRET, Laura

2005 “Judicial Protection after Modernisation of Competition Law”, in *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 32, n.º 4, pp. 339-368.

PAULIS, Emil & GAUER, Céline

2005 “Le Règlement n° 1/2003 et le Principe du Ne Bis in Idem”, in *Concurrences*, n.º 1, pp. 32-40.

PETR, Michal

2008 “The Ne Bis In Idem Principle in Competition Law”, in *European Competition Law Review*, vol. 29, n.º 7, pp. 392-400.

RINUY, Lionel

2003-2004 “Cour de Justice, 11 février 2003, Procédures pénales contre Hüseyin Gözütok et Klaus Brügge”, in *Revue des Affaires Européennes – Law & European Affairs*, n.º 1, pp. 119-124.

SANCHO, Montserrat de Hoyos

2005 “Eficacia transnacional del non bis in idem y denegación de la euroorden”, in *La Ley*, n.º 4, pp. 1651-1661.

SCHOMBURG, Wolfgang

2000 “Are we on the Road to a European Law-Enforcement Area? International Cooperation in Criminal Matters. What Place for Justice?”, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 8, n.º 1, pp. 51-60.

SCHUTTE, Julian J.E.

1993 “O Direito Internacional Público e a Competência Extraterritorial em Matéria Penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 3, n.º 1, pp. 11-52.

SEGUIN, John

2001 “The Case For Transferring Territorial Jurisdiction in the European Union”, in *Criminal Law Forum*, n.º 12, pp. 247-265.

SIRAGUSA, Mario

2001 “The Modernization of EC Competition Law: risks of inconsistency and forum shopping”, in Ehlermann, Claus-Dieter & Atanasiu, Isabela (ed.), *European Competition Law Annual 2000: The Moderniation of EC Antitrust Policy*, Oxford/Portland Oregon, Hart Publishing, pp.443-455.

SMITS, René

2005 “The European Competition Network: Selected Aspects”, in *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 32, n.º 2, pp. 175-192.

VENIT, James S.

2005 “Private Practice in the Wake of the Commission’s Modernization Program”, in *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 32, n.º 2, pp. 147-159.

VERVAELE, John A.E.

2005 “The Transnational ne bis in idem Principle in the EU – Mutual Recognition and Equivalent Protection of Human Rights”, in *Utrecht Law Review*, vol. 1, n.º 2 (Dezembro), pp. 100-118.

VESTERDORF, Bo

2003 “Double jeopardy by parallel international prosecution of cartels – ne bis in idem principle in competition matters”, in *Vth International Cartel Workshop*, European Commission, 1-3 Outubro.

VITORINO, António

2002 *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, Cascais: Principia.

WAELEBROECK, Dennis

2004 “Twelve Feet All Dangling Down and Six Necks Exceeding Long. The EU Network of Competition Authorities and the European Convention on Fundamental Rights”, in Ehlermann, Claus-Dieter & Atanasiu, Isabela (ed.), *European Competition Law Annual 2002: Constructing the EU Network*

of Competition Authorities, Oxford/Portland Oregon, Hart Publishing, pp. 465-484.

WEYEMBERGH, Anne

2004 “Le Principe ne bis in idem: pierre d’achoppement de l’espace pénal européen?”, in *Cahiers de Droit Européen*, n.º 3-4, pp. 337-375.

WILS, Wouter P.J.

2006 “Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No. 1/2003”, in *World Competition*, vol. 29, n.º 3, pp. 345-366.

2005 *Principles of European Antitrust Enforcement*, Oregon: Hart Publishing.

2004 “The EU Network of Competition Authorities, the European Convention on Human Rights and the Charter of Fundamental Rights of the EU”, in Ehlermann, Claus-Dieter & Atanasiu, Isabela (ed.), *European Competition Law Annual 2002: Constructing the EU Network of Competition Authorities*, Oxford/Portland Oregon, Hart Publishing, pp.433-463.

2003 “The Principle of Ne Bis in Idem in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis”, in *World Competition*, vol. 26, n.º 2, pp. 131-148.

DOSSIER TEMÁTICO

Auxilios de Estado

THE CREDIT CRISIS AND THE COMMUNITY EFFORTS TO DEAL WITH IT

*Piet Jan Slot*¹

ABSTRACT: The article provides a brief overview of the role of State aid control during the credit crisis. Throughout this period the Commission has played an impressive role in applying the EU state aid rules with an unprecedented speed. The Commission has done this by approving a great number of individual state aid measures on the one hand, and by issuing general measures in the form of several specific communications. There is no doubt that the control of state aid has had a positive effect on the competitive conditions in the banking sector. The Commission's decisions also give rise to some more critical comments. These decisions have had a major impact on the beneficiary banks, especially because of the conditions that were imposed on them. The Commission's action raises important issues of legal protection, which will be discussed in this article. It is far too early in the day to provide a clear picture of the question whether due process has been duly observed by the Commission. Appeals of the decisions have only just been lodged, thus it will take several years before the view of the Community courts will provide answers.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Background. 3. State aid. 3.1. Introduction. 3.2. The Commission's general measures. 3.3. The Commission's individual decisions. 3.3.1. Introduction. 3.3.2. Some individual decisions. 3.3.3. The Commission decision on ING's Illiquid Assets Back Facility and restructuring plan. 4. Procedure and legal protection. 4.1. Introduction. 4.2. Procedure. 4.3. The burden of proof. 4.4. Legal protection. 5. The institutional aspects. 6. The international dimension. 7. The present state of the financial sector. 8. Conclusion.

¹ Professor of European Law, University of Leiden.

1. INTRODUCTION

The credit crisis continued in 2009 although it abated somewhat in the second half of that year. In 2010 we seem to be on the way to a modest recovery. In particular, Germany shows an export driven recovery. Nevertheless, the massive state aid operations that were undertaken by the Member States have resulted in an intensive effort in Brussels to control the effects thereof. It will take quite a while before the dust of this major operation has settled.

This article will provide a brief overview of the role of State aid control for the financial sector.² Throughout this period the Commission has played an impressive role in applying the EU state aid rules with an unprecedented speed. The Commission has done this by approving a great number of individual state aid measures, on the one hand, and by issuing general measures in the form of several specific communications. There is no doubt that the control of state aid has had a positive effect on the competitive conditions in the banking sector.

The Commission's decisions also give rise to some more critical comments. These decisions have had a major impact on the beneficiary banks, especially because of the conditions that were imposed on them. Therefore, the Commission's action raises important issues of legal protection which will be discussed in this article. It is far too early in the day to provide a clear picture of the question whether due process has been duly observed by the Commission. Appeals of the decisions have only just been lodged thus it will take several years before the view of the Community courts will provide answers. These issues will be discussed in Section 4.

2. BACKGROUND

In September 2008, some major financial institutions in the USA (in particular Lehman Brothers), Germany, Ireland³ and the UK defaulted. This had an unexpectedly rapid knock-on effect on the banking system in Europe. In the weekend of 27 and 28 September, the Belgian and Dutch ministers of finance met in an effort to avert the imminent collapse of the Fortis bank. Both governments provided an important capital injection,

2 For a brief general overview see the article by Commissioner Neelie Kroes (until January 2010 responsible for competition policy): Kroes, 2010.

3 The Irish government's unilateral decision to offer full guarantees to all bank creditors was widely criticized in particular in the UK for forcing the hand of other Member States and undermining the solidarity across the EU.

which was agreed in close coordination with the Belgian and Dutch central banks. Soon thereafter the Dutch part of Fortis and ABN AMRO was nationalized. The following weekend, the Belgian and French governments met to discuss the problems of Fortis, Dexia and BNP. In the weekend of 11 and 12 October 2008, the French President Nicolas Sarkozy invited the heads of government of the Euro-group and the President of the European Central Bank to a meeting in Paris to discuss the banking crisis; this group is after all responsible for maintaining the value of the euro. He also invited the British Prime Minister Gordon Brown for a brief meeting before the actual talks within the Euro-group commenced. In the end, Gordon Brown was also invited to stay and participate in the Euro-group talks. The main outcome of the meeting was an agreement among the participating Member States to provide guarantees for their national banking sector. Three large Member States, the UK, France and Germany pledged 450 billion, 320 billion and 400 billion. Other Member States made equally impressive pledges. At that time there were no Community funds involved. Later the Commission proposed funds to be made available to the financial sector. A day later, on 13 October, the Commission called a meeting for competition policy experts in an attempt to build a consensus for the application of the competition policy rules. The application of the state aid rules was a necessary complement to the national measures propping up the financial viability of their banks.

3. STATE AID

3.1. Introduction

In the past two years the Commission has approved a large number of rescue operations for banks.⁴ The Commission did so after an unusually short expedited examination period.⁵ Some decisions were adopted in two days. The

4 The Commission provided a first overview in the IP of 4 Dec. 2008, "State aid: Overview of national rescue measures and guarantee schemes". Such overviews are published regularly on the website of DG Comp.

5 It should be recalled that the preliminary examination period for notified State aid according to Article 4(5) of Reg. 659/1999 is 2 months. The formal investigation period is another 18 months, which may be extended by common agreement according to Article 7(6) of Reg. 659/1999. Given their impact on competition and their complexity, the decisions in the financial sector would normally have been taken only after the opening of the formal procedure. By contrast, the decisions on the financial crisis were taken within 2 weeks: Decision K(2008) 6422, N 512/2008, Credit institutions in Germany; C(2008) NN 48/2008, Guarantee scheme for banks in Ireland; C(2008) 6616, N 524/2008, Guarantees for banks in the Netherlands. The decision in the case of C(2008) 6936, N 528/2008 Aid for the ING Bank was taken after 3 weeks, because additional information was needed. Other decisions were adopted within 2 days: e.g.

Commission's special task force for State aid in the financial sector worked flat out, including the weekends, during the autumn of 2008. Afterwards, it also adopted several communications. The following section 3.2. will give an overview of the Commission's general measures. Section 3.3. will discuss the Commission's individual decisions.

3.2. The Commission's general measures

Between October 2008 and July 2009, the Commission adopted a series of general measures tackling the specific issues in the context of the credit crisis and in particular the financial sector. The Commission continues to review and adapt the regime in accordance with the development of the economic situation.⁶ The general measures are summarized below in chronological order. They provide valuable insights on how the Commission intends to apply the state aid rules to Member States' measures aimed at supporting the financial sector in the credit crisis.

On 13 October 2008, the Commission adopted the Communication on the application of State aid rules to measures taken in relation to financial institutions in the context of the current global financial crisis (the "Banking Communication").⁷ The priority then was to restore the confidence and proper functioning of the banking sector, as the interbank lending market collapsed after the fall of *Lehman Brothers*. In the Banking Communication, the Commission laid down basic rules and principles to evaluate the compatibility of government measures in the financial sector with the

C(2008), N 507/2008, Financial support measures to the Banking industry in the UK; C(2008), N 533/2008, Support measures for the banking industry in Sweden; C(2008) 6989, N 567/2008, Guarantee scheme for banks in Finland. Some measures were not notified i.e. Denmark case NN 51/2008, OJ 2008, C 273/2, but approved after the Commission contacted the Danish Government. The Commission approved, originally not notified, State aid for Irish banks in decision C(2008) 6059, NN 48/08. After intensive contacts with the Commission, the Irish authorities submitted the finalized scheme on 12 Oct., addressing issues raised in the discussions (see MEMO/08/615). The Commission found the revised scheme to be compatible with EU State aid rules, because it was an appropriate means to remedy a serious disturbance in the Irish economy (Art. 87(3)(b) EC), while avoiding unnecessary distortions of competition. In particular, it now provides for non-discriminatory access to banks with systemic relevance for the Irish economy, regardless of their origin, fair remuneration of the guarantee, is limited in time and contains appropriate safeguards to avoid abuses. The Irish measures are therefore now in line with the guidance just issued by the Commission (see IP/08/1495).

6 The Commission sent two questionnaires to the Member States concerning the application of the Temporary Framework in July 2009 and March 2010. It also began to prepare the phasing out of government guarantee rules. See the working document of DG Competition published on 30 April 2010: the application of state aid rules to government guarantee schemes covering bank debt to be issued after 30 June 2010.

7 Adopted on 13 October 2008 and published on 25 October 2008, OJ C 270, p. 8–14.

requirements of Article 107(3)(b) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). The scope of the government measures includes aid in the form of guarantees, recapitalization, controlled winding-up of the financial institutions and the provision of other forms of liquidity assistance. Procedurally, all approvals are subject to the condition of review after six months. Member States have to submit a report for that purpose which should indicate a clear path towards exit from reliance on state aid.

On 5 December 2008, the Commission adopted the Communication on the recapitalisation of financial institutions in the current financial crisis: limitation of aid to the minimum necessary and safeguards against undue distortions of competition (the “Recapitalisation Communication”).⁸ Many Member States considered using capital injections to ensure the “lending to the real economy”⁹ and the injection measures varied widely in nature, form and conditions. The Recapitalisation Communication intended to address the demand from the Member States and individual beneficiaries for further guidance on the compatibility of those measures with the competition rules. In the meantime, it built on and continued to develop the principles indicated in the Banking Communication. The Commission’s approach follows the well-known principles of the guidelines for rescue and restructuring.¹⁰ The Recapitalisation Communication is in line with the recommendations of the European Central Bank. It is based on the principle that State support for banks should not provide the recipients of aid with an artificially advantageous competitive position over banks not receiving aid. The legal basis for the communication is also Article 107(3)(b) TFEU¹¹, “aid to remedy a serious disturbance in the economy of a Member State”. The procedural conditions follow those of the “Banking Communication.” The approval is subject to the

⁸ Adopted on 5 December 2008 and published on 15 January 2009, OJ C 10, p. 2-10.

⁹ Recapitalisation Communication, paragraph 3.

¹⁰ OJ 2004, C 244/2.

¹¹ The Commission has used Article 107(3)(b) as a legal basis before. The dismal performance of the Italian economy in the early 1970’s prompted the Commission at the time to authorize the Italian government to grant “conservation aid” under Article 87, paragraph 3(b) to firms facing grave problems (see Second Report on Competition Policy, April 1972, pts. 120 and 123). Similarly, when as a result of the oil crisis of 1973 all Member States were hit by a severe economic recession, during the following years - and with the Commission’s blessing - substantial aid programs were implemented in order to allow important industrial sectors (shipbuilding, textiles etc) to tide over the crisis (Fifth Report on Competition Policy April 1976, pts. 130-133). To our knowledge, since that period no further use has been made of the derogation provision of paragraph 3(b) in relation to conjunctural aid measures.

condition of review after six months. Member States have to submit a report for that purpose.

On 17 December 2008, the Commission adopted the Communication on the Temporary framework for State aid measures to support access to finance in the current financial and economic crisis (the “Temporary Framework”).¹² While the previous communications addressed to specific issues in banking sector, the Temporary Framework set out a general regime for a coordinated European approach for national subsidy measures to all sectors. It implemented the general principle indicated in the European economic recovery plan.¹³ As the impact of the economic crisis continued to unfold and spread, the Commission recognized the delicate balance between ensuring “maximum flexibility for tackling the crisis while maintaining a level playing field and avoiding undue restrictions of competition”¹⁴ and the importance to ensure the sufficient and affordable access to finance. The Temporary Framework lists the existing instruments specifying compatible aids. Moreover, it provides more flexible and simplified rules for Member States to grant aid under higher limits on grants, credit guarantees, loans and risk capital. Subsequently, the Commission amended the limits in the Temporary Framework in February, October and December 2009. It also conducted consultations for the necessity of the application of the Temporary Framework in July 2009 and March 2010.¹⁵

On 25 February 2009, the Commission adopted the Communication on the Treatment of impaired assets in the Community banking sector (the “Impaired Assets Communication”).¹⁶ The State guarantees and recapitalisation measures adopted so far were yet to improve the lending market and the investors’ confidence. The evaluation and location of the impaired assets was identified as one of the essential elements for restoring confidence. In addition, there were also the longer-term considerations to ensure the viability and budgetary sustainability of the banking sector. The

¹² Adopted on 17 December 2008 and published on 22 January 2009, OJ C 16, p.1; consolidated version published on 7 April 2009, OJ C83.

¹³ Communication from the Commission to the European Council, COM(2008) 800.

¹⁴ Section 1.1, the Temporary Framework.

¹⁵ See the website of DG Competition for further details: <http://ec.europa.eu/competition/recovery/publications.html>.

¹⁶ Adopted on 25 February 2009 and published on 26 March 2009, C 72, p. 1-22.

Impaired Assets Communication provides guidance on the States assets relief measures. It is based on the principles of transparency and disclosure, adequate burden-sharing between the State and the beneficiary and prudent valuation of assets based on their real economic value. It also established the same supervision, review and report procedure as the previous communications.

On 23 July 2009, the Commission adopted the Communication on the return to viability and the assessment of restructuring measures in the financial sector in the current crisis under the State aid rules (the “Restructuring Communication”).¹⁷ It complements the previous three communications: the Banking Communication, the Recapitalisation Communication and the Impaired Assets Communication. Together they establish the foundation for the assessment of State intervention under State aid rules in the context of economic crisis. After all, the subsidies are temporary measures for urgent circumstances and the ultimate goal is to restore the long-term viability of the financial sector without State support. The Restructuring Communication clarifies the requirements for the restructuring aid, in particular the need to have adequate burden sharing between the bank, its shareholders and the State, and stressed that the measures should minimise the distortion of competition.

However, the Restructuring Communication seems to lose sight of a crucial distinction. It no longer makes a clear distinction between banks that are fundamentally sound and those that are not. The Commission seems to jump immediately to the conclusion that restoration of long-term viability will for *all banks* have to include restructuring. It should be stressed that restoring long-term viability does not necessarily require restructuring. Whereas before the financial crisis a certain level of viability would have been sufficient, this level will now have to be raised. Accordingly, the financial viability of the banks that do not meet the new standards will have to be upgraded. The aid exempted by Article 107(3)(b) is designed to help the banks to meet this new standard. Once this standard has been reached the viability will be restored. It is therefore remarkable that the Restructuring Communication seems to equate such restoration viability with restructuring such as a break-up or absorption by another bank. It is by no means self evident that restoration of viability will have to lead to restructuring.

¹⁷ Adopted on 23 July 2009 and published on 19 August 2009, OJ C 195, p. 9.

Another important feature of the Commission's communications is the shift in methodology. The rescue and restructuring rules only provided for structural conditions. By contrast, the Restructuring Communication provides for structural as well as behavioural conditions.¹⁸ This is also borne out in the individual decisions discussed in the next section.

3.3. The Commission's individual decisions

3.3.1. Introduction

During the past two years, the Commission has taken a large number of decisions in individual cases. As speedy approval was essential, the Commission took most of these decisions under Article 108(3) TFEU that is the preliminary procedure. These decisions normally provided that the Member State had to submit a restructuring plan within six months. The follow-up decisions have been taken under the formal procedure of Article 108(2) TFEU. From a substantive perspective, the decisions have been taken under Article 107(3)(b) TFEU. As will be explained below, this legal basis for taking exemption decisions has only been used once in the past, the usual legal basis is Article 107(3)(c) TFEU.

According to the latest public available statistics, between October 2008 and 31 March 2010, the Commission took 161 decisions for the financial sector based on Article 107(3)(b) TFEU. Among those, 78 decisions were related to approximately 40 financial institutions and 83 decisions were related to approximately 40 schemes.¹⁹

The amount involved in the measures is also significant. The latest published figure of the total Member States' measures approved by the Commission in the period of the financial crisis is € 4 131.1 billion. It includes schemes and ad hoc interventions. The Commission also provided a breakdown into schemes and ad hoc cases as follows:²⁰

¹⁸ Jaeger, 2010: 578-579.

¹⁹ See the Report on recent developments on crisis aid to the financial sector - Spring 2010 Update, 26 May 2010, COM(2010) 255.

²⁰ See the Report on recent developments on crisis aid to the financial sector - Spring 2010 Update, 26 May 2010, COM(2010) 255.

	Amount	% of EU-27 GDP ²¹
Schemes approved by the Commission:	3 181 billion EUR	25 %
Of which guarantee schemes	2 747 billion EUR	22 %
Of which recapitalisation measures	338,2 billion EUR	2,7 %
Of which asset relief interventions	54 billion EUR	0,4 %
Of which liquidity measures other than the guarantee schemes	41,9 billion EUR	0,3 %
Ad hoc interventions in favour of individual financial institutions	950,1 billion EUR	7,6 %

As will be clear from the above summary, it is impossible to even try to give an overview of the Commission's individual decisions. Instead, this section will discuss the Commission's approach in taking individual decisions. It will do so by discussing one individual decision in particular. This approach provides insight into the detailed nature of the Commission's intervention. It will very briefly mention some other decisions.

3.3.2. *Some individual decisions*

In the fall of 2009, the Commission adopted several decisions on the restructuring of major banks, ING, discussed below in more detail, Lloyds²², KBC²³ and Northern Rock²⁴. Earlier the Commission approved aid for the Royal Bank of Scotland²⁵ and Landesbank Baden-Wuerttemberg.²⁶ All measures concerned the injection of one tier capital and recapitalisation involving several billions. The measures were approved after an adequate restructuring plan had been submitted. They were assessed along the lines of the Commission's communication on impaired assets. In all cases the approval was subject to important conditions. Often in the form of divestitures and

²¹ GDP by Member State, in € million, 1992-2008.

²² N 428/2009.

²³ N 602/2008, N 360/2009 and C 18/2009.

²⁴ C 14/2008.

²⁵ N 422/2009 and N 621/2009.

²⁶ C 17/2009. See on these measures Castele, 2010.

the hiving off of non-core business activities. The restructuring measures also addressed excessive pre-crisis expansion.

3.3.3. The Commission decision on ING's Illiquid Assets Back Facility and restructuring plan²⁷

FACTS

In order to understand this very complex state aid operation, it is important to understand that the ING state aid operation consisted basically of two measures taken by the government of the Netherlands. First, in the context of the turmoil on the financial markets in September/October 2008, the Dutch State injected, on 11 November 2008, EUR 10 billion of Core Tier 1 capital (the “CTI Transaction”) in ING. This aid measure was provisionally approved by the European Commission on 12 November 2008 for a period of six months. The validity of the measure was automatically prolonged with the submission of a restructuring plan, until the Commission reached its decision on the plan.

Second, in January 2009, the Dutch State agreed to take over the economic risk relating to a part of some of ING's impaired assets. This measure was provisionally approved by the European Commission on 31 March 2009 (the “IA measure”), whereby the Dutch State committed itself to submit a restructuring plan concerning the applicant.

In October 2009, ING and the Dutch State concluded an amendment to the original CTI transaction in order to allow an early repayment of half of the CTI capital injection. A final version of ING's restructuring plan was submitted to the Commission on 22 October 2009. For obvious reasons the restructuring plan comprised both state aid measures.

On 18 November 2009, the Commission adopted a decision in which it approved the aid for ING's illiquid assets back-up facility, subject to the restructuring commitments listed in Annex I and II of the decision. Annex II contains the most important conditions and will therefore be cited in full below. Only in this way the reader will be able to fully appreciate the impact of the conditions to which the approval of the aid was subjected.

²⁷ No C 10/2009 of 18.11.2009. The facts have been taken from the website of DG COMP/State aid/cases. The Commission has taken five decisions in connection with the two state aid measures.

*Annex II to the Commission decision of 18.11.2009 on the state aid No C 10/2009 implemented by the Netherlands for ING's Illiquid Assets Back-Up Facility and Restructuring Plan*²⁸

“As regards the restructuring aid the following commitments have to be respected:

a) As regards balance sheet reductions, the commitment for divestment of insurance, ING Direct US and other units to be divested before end of 2013:

- ING will reduce 45% of its balance sheet compared to 30 September 2008 by the end of 2013 and will divest a list of units as described in point 57, in particular Insurance and ING Direct US, [...].
- These figures refer to projections that do not take into account the possible impact of organic growth and exclude additional increases due to potential new regulatory requirements, such as for example if banks are required to hold significantly larger liquidity buffers due to new EU-wide regulations. Such requirements could increase the balance sheet significantly beyond the current organic growth projections.
- ING will not have a restriction on organic (that is to say not related to acquisitions) growth of the balance sheet of its businesses. [...]. In the future, ING will have a general policy to use its growth in funds entrusted by customer mainly to grow in lending to the real economy (corporates and consumers) and decrease its exposure to higher risk asset classes within US CMBS and US RMBS. [...].²⁹
- With respect to units ING commits to sell (as listed in recital 57), if a divestment of any such unit has not taken place by 31 December 2013 (for example on the basis of a final binding sale agreement having been entered into), the Commission may where appropriate or due to exceptional circumstances, in response to a request from the Netherlands, grant an extension of this time period.³⁰ The Commission may also in such a case (i) request the Netherlands to appoint one or

²⁸ Published at the Website of DG Comp under the case number. Note this is the Non Confidential version. For obvious reasons the more interesting and revealing confidential version is not available.

²⁹ [...]

³⁰ In particular, whenever a divestment is being undertaken by an IPO process which has commenced and significant (30% or more) share placements have been made prior to the end of the divestment period, the Commission (in consultation with the Netherlands, ING and the Trustee) shall actively consider allowing the entity more time to place remaining shares.

more (divestiture) trustee(s)³¹, preselected and proposed by ING (and subject to the Commission's approval), [...].

- Whenever the Netherlands seeks an extension of a time period, it shall submit a request to the Commission no later than one month before the expiry of that period, showing good cause. In exceptional circumstances, the Netherlands shall be entitled to request an extension within the last month of the time period.

b) The Netherlands furthermore commits that ING will adhere to an acquisition ban:

- ING will refrain from acquisitions of financial institutions for a certain period. These commitments will apply for the shorter period of three years starting from the date of the Commission decision or up to the date on which ING has fully repaid the Core-Tier 1 securities to the Netherlands (including the relevant accrued interest of Core-Tier 1 coupons and exit premium fees). ING will also refrain, for the same period, from any (other) acquisition of businesses that would slow down the repayment of the Core-Tier 1 Securities to the Netherlands.
- Notwithstanding this prohibition, ING may, after obtaining the Commission's approval, acquire businesses, in particular if this is essential in order to safeguard financial stability or competition in the relevant markets.

c) The Netherlands furthermore commits that ING will adhere to a price leadership ban:

- Without prior authorization of the Commission, ING will not offer more favourable prices on standardized ING products (on markets as defined below) than its three best priced direct competitors with respect to EU-markets in which ING has a market share of more than 5%.
- This condition is limited to ING's standardized products on the following product markets: (i) retail savings market, (ii) retail mortgage market, (iii) private banking insofar it involves mortgage products or saving products or (iv) deposits for SME's (SME defined according the definition of SME as customarily/currently operated by ING in its business in the

³¹ It is accepted that different trustees may be appointed with respect to different regions and/or business.

relevant country). As soon as ING becomes aware of the fact that it offers more favourable prices for its products than its three best priced competitors, ING will as soon as possible adjust, without any undue delay, its price to a level which is in accordance with this commitment.

- This condition will apply for three years starting from the date of the present Decision or up to the date on which ING has fully repaid the Core-Tier 1 securities to the Netherlands (including the relevant accrued interest of CT1 coupons and exit premium fees), whichever is shorter. A monitoring trustee preselected and proposed by ING, will be appointed by the Netherlands to monitor this condition. The monitoring trustee is subject to the Commission's approval.
- Moreover, to support ING's long-term viability, ING Direct will refrain, without prior authorisation of the Commission, from price-leadership with respect to standardised ING products on the retail mortgage and retail savings markets within the EU, for the shorter period of three years from the date of the present Decisions or up to the date on which ING has fully repaid the Core-Tier 1 securities to the Netherlands (including the relevant accrued interest of Core-Tier 1 coupons and exit premium fees). As soon as ING becomes aware of the fact that it has become the price leader on a retail mortgage or retail savings markets within the EU, ING will adjust its price to a level which is in accordance with this commitment as soon as possible without any undue delay.
- A monitoring trustee preselected and proposed by ING, will be appointed by the Netherlands to monitor this condition. The monitoring trustee is subject to the Commission's approval.

d) The Netherlands commits to a number of detailed provisions as regards the carve-out of WUH/Interadvies:

- ING will create a new company for divestment in the Netherlands, which will be carved out from its current Dutch retail banking business. The result has to be that this carved-out new company is a viable and competitive business, which is stand-alone and separate from the businesses retained by ING and that can be transferred to a suitable purchaser. This new company will comprise the business of the WUH/Interadvies banking division, which is currently part of the Dutch insurance operations, and the Consumer Credit Portfolio of ING Bank. WUH/Interadvies is an ING business unit under the umbrella of

Nationale Nederlanden Insurance unit. It is (predominantly) a mortgage bank operating on the basis of its own banking licenses. It is a viable 'standalone' player, having its own sales force for customer service and an independent organisation with a solid underlying income. The carve-out will be carried out under the supervision of the Monitoring Trustee in cooperation with the Hold-separate Manager. In this context, during the carve-out period, the Monitoring Trustee may recommend to ING such inclusions into the Divestment Business of tangible and intangible assets (related to the Divestment Business) as he considers objectively required to ensure full compliance with ING's above mentioned result oriented obligations and in particular the viability and competitiveness of the divestment business. If ING disagrees with the Monitoring Trustee about the objective requirement to include such tangible or intangible assets to ensure the viability and competitiveness of the Divestment Business, ING shall inform the Monitoring Trustee in writing. In such a case, ING's executive management and the Monitoring Trustee shall, within [...], hold a meeting with a view to reaching a consensus. If no consensus is reached, ING and the Monitoring Trustee shall jointly appoint, without undue delay, an independent third party with expertise in the financial sector (the "Expert") to hear the parties' arguments and mediate a solution. If no such solution is reached, the Expert shall decide, within [...] from its appointment, on the objective requirement to include the relevant related tangible or intangible assets into the Divestment Business to ensure its viability and competitiveness, and the parties shall accept the Expert's decision in this respect and will act accordingly. Issues relating to a disagreement shall be mentioned in the report of the Monitoring Trustee to the Commission.

- ING is committed to ensuring optimal divestment conditions by making a business plan, creating an internet platform and dedicating sales capabilities for the carved out entity. Also, it will make payment capability available (on commercial terms) if the buyer so requests. In addition, ING will assist in creating a Treasury function and ensure funding for two years post-divestment, whereas ING's funding support will gradually decline in those two years. ING's funding support to the WUH business will be based on internal funding transfer prices. ING intends to apply to the Netherlands for State guaranteed funding up to an amount of EUR [...] billion for the funding of the WUH business.

In that case, the Dutch authorities commit to notify this measure separately.

- Moreover, ING will refrain for an interim period [...] from actively soliciting customers of the WUH business for products that the WUH-business is supplying to these customers on the date of adoption of the present Decision.
- ING will seek to carve-out the WUH business [...]. After the carve-out period [...], ING will hold-separate the WUH business and seek to divest this business [...]³².
- A monitoring trustee and hold-separate manager will be appointed within [...] after the date of the present Commission Decision [...] and a Divestiture trustee will be appointed [...]. All trustees will be appointed by the Netherlands and preselected and proposed by ING. The trustees are subject to the Commission's approval.

e) The costs of all trustees appointed during the restructuring process will be borne by ING.

f) For restoring viability, the Netherlands commits that ING will adhere to the following:

- ING commits to orientate its non-deposit funding towards longer term funding once markets revert to less stressed conditions by issuing more debt instruments with a maturity more than 1 year [...].
- ING endeavours to eliminate its double leverage (using core debt as equity capital in its subsidiaries) as soon as possible and commits to do so at the latest by [...]. The double leverage is automatically eliminated if and when ING Group reverts to being a regulated bank.

g) Regarding the deferral of coupons and calling of Tier 1 and Tier 2 securities the Netherlands commits that ING will adhere to the following:

- If a rights issue of more than is needed to repay 50% of the Core Tier 1 securities, including the relevant accrued interest and the exit premium fee, ING will not be obliged to defer coupon payments on hybrids on 8 and 15 December 2009³³ and any coupon payments on hybrids thereafter.

³² [...]

³³ Provided that it is clear that part of the proceeds of the rights issue will be used for the coupon payments.

- If such a rights issue does not take place and ING was loss-making in the preceding year, ING will be obliged to defer hybrid coupons, insofar as ING has the discretion to do so, for the three years starting from the date of the Commission decision or up to the date on which ING has fully repaid the Core-Tier 1 securities to the Netherlands (including the relevant accrued interest of Core-Tier 1 coupons and exit premium fees), whichever is shorter.
- The Dutch authorities understand that the Commission is against State aid recipients remunerating own funds (equity and subordinated debt) when their activities do not generate sufficient profits³⁴ and that the Commission is in this context in principle against the calling of Tier 2 capital and Tier 1 hybrids. ING regrets the misunderstanding regarding the calling of a lower Tier 2 bond on 14 October 2009. The calling of Tier 2 capital and Tier 1 hybrids will in the future be proposed case by case to the Commission for authorisation, for the shorter period of three years starting from the date of the present Decision or up to the date on which ING has fully repaid the Core-Tier 1 securities to the Netherlands (including the relevant accrued interest on Core-Tier 1 coupons and exit premium fees).

h) The Netherlands commits that ING will refrain from mass marketing invoking the recapitalisation measure as an advantage in competitive terms.

i) The Netherlands commits that ING will maintain the restrictions on its remunerations policies and marketing activities as previously committed to under the agreements concerning the Core-Tier 1 securities and illiquid assets back-up facility.

j) ING and the Netherlands commit that the progress report about the implementation of the restructuring plan will be provided every six months to the Commission as of the date of the present Decision.

k) The Dutch authorities commit that the full execution of ING's restructuring will be completed before the end of 2013.”

³⁴ See paragraph 26 Commission Communication on the return to viability and the assessment of restructuring measures in the financial sector in the current crisis under State aid rules (Restructuring Communication).

APPEALS

The Commission decision has been appealed by the Netherlands government, as well as by ING respectively (case T-29/10 and T-33/10). The General Court has joined the two cases. The Central Bank of the Netherlands has intervened in the second case. In view of the intensive involvement of the Central Bank during the procedures, it is surprising that the Commission objected to the intervention. The President of the third chamber of the General Court ruled, in very clear language, that the intervention of the Central Bank is admissible.³⁵

ING raised the following pleas³⁶:

By means of its application, the applicant seeks partial annulment of the decision of 18 November 2009 on the state aid No C 10/2009 (ex N 138/2009) implemented by the Netherlands for the applicant's Illiquid Assets Back-Up facility and Restructuring Plan insofar as it allegedly (i) qualifies the amendment to the CTI transaction as additional aid in the amount of EUR 2 billion, (ii) has subjected the approval of the aid to the acceptance of price leadership bans and (iii) subjected the approval of the aid to restructuring requirements that go beyond what is proportionate and required under the Restructuring Communication.

The applicant submits that the contested decision should be partially annulled on the following grounds:

On the basis of its first plea, relating to the amendment to the CTI transaction, the applicant claims that the Commission:

(a) infringed Article 107 TFEU, in finding that the amendment to the Core Tier transaction between the applicant and the Dutch State constituted State aid; and that it

(b) infringed the principle of care and Article 296 TFEU resulting from a failure to carefully and impartially examine all the relevant aspects of the individual case, to hear the persons concerned and to provide adequate reasoning for the contested decision.

On the basis of its second plea, relating to the price leadership ban for ING and ING Direct, the applicant submits that the Commission:

³⁵ Order of 14 July 2010. The order of the president of the third chamber of the General Court notes that the Central Bank has a clear interest in the issues raised in the appeal.

³⁶ The text is taken from DG Comp's website: http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_C10_2009. The Dutch government raised similar arguments.

(a) infringed the principle of sound administration as a result of not having carefully and impartially examined all relevant aspects of the individual case and that it moreover violated the duty to provide adequate reasoning for the decision;

(b) infringed the principle of proportionality by making the approval of the aid measure conditional upon price leadership bans which are not adequate, necessary or proportionate;

(c) infringed Article 107(3)(b) TFEU and misapplied the principles and guidelines set out in the Restructuring Communication.

On the basis of its third plea, relating to disproportionate restructuring requirements, the applicant contends that the decision is vitiated by:

(a) an error of assessment, since the Commission wrongly calculated the absolute and relative aid amount and violated principle of proportionality and sound administration by requiring excessive restructuring without having carefully and impartially examined all the relevant facts provided to it; and

(b) an error of assessment and inadequate reasoning by deviating from the Restructuring Communication when assessing the required restructuring.

4. PROCEDURE AND LEGAL PROTECTION

4.1. Introduction

In order to understand the application of the exemptions of Article 107(3) TFEU, it is important to remember that this provision allows the Commission a considerable margin of discretion. This is reflected in the words “may be considered compatible with common market” in the heading of this provision.³⁷ The Commission has in the course of its decisional practice based on the exemptions of Article 107(3) TFEU gradually developed criteria for applying the provisions of this Article. These criteria have subsequently been tested before the ECJ and more recently also the CFI. On the basis of these tested criteria the Commission subsequently drafted Communications providing guidance. These have normally been discussed with the Member States and provide therefore the framework for the application of the exemption provisions of Article 107(3) TFEU. It is important to remember that communications do not have the same status as legislation. Communications bind the Commission but it retains the power

³⁷ Paragraph 17 of the ECJ judgment in case 730/79 Philip Morris v. Commission.

to amend or repeal them. Communications cannot impliedly be amended by the Commission.³⁸ Member States are bound by Communications in so far as they agreed to their contents. Communications are subject to review by the Community courts as to their compatibility with primary Community law, secondary law, as well as with the general principles of Community law.

The recent application of state aid rules in the banking sector is based on Article 107(3)(b) TFEU. It is important to note that there is no body of case law defining the relevant criteria to be applied under this provision. The initial approach of the Commission was to adapt the existing rescue and restructuring (r&r) rules developed under the provision of Article 107(3)(c) TFEU to the new situation. In its first two Communications, it noted that the exemption of Article 107(3)(b) TFEU shall only apply to illiquid but otherwise fundamentally sound financial institutions. Aid to banks not satisfying this criterion will be assessed under the rescue and restructuring communications. The r&r communication addresses situations where an individual firm is no longer able to compete in the market. It is rescued because the continuation of the firm serves to save jobs in sectors or regions with serious unemployment. Therefore the r&r guidelines provide for restructuring operations. Restructuring is necessary because otherwise the firm would go bankrupt or would have to receive disproportionate amounts of aid causing distortion of competition. By contrast, aid designed to remedy a serious disturbance in a sector of the economy is intended to raise the general level of standards applicable in the industry. That calls for raising sector wide standards rather than measures designed to increase the performance of the individual firm. Sector wide standards are by their very nature behavioral rather than structural.

It is important to note that restructuring measures in the financial sector will necessarily impact on the basic tasks of the central banks and prudential supervisors. The text of Article 127 TFEU makes it clear that the ECB and central banks have a crucial role to play in the supervision of the financial sector. According to Article 127.2 TFEU their task is i.a.:

- to define and implement the monetary policy of the Community;
- to promote the smooth operation of payment systems.

According to Article 127(5) TFEU, the ECSB shall contribute to the smooth conduct of policies pursued by the competent authorities relating

³⁸ Case C-313/90, CIRFS, para. 44.

to the prudential supervision of credit institutions and the stability of the financial system.

Central banks had their criteria to assess the viability of financial institutions under normal circumstances, i.e. before the systemic crisis.³⁹ They have now laid down higher norms required to cope with the systemic crisis. All aid that is designed to bring banks up to the new standard, to upgrade them, should be acceptable without the need to impose structural conditions.

4.2. Procedure

The procedures of EC State aid law are laid down in Article 108 TFEU and the procedural Regulation 659/99.⁴⁰ The assessment of state aid measures is conducted in a procedure between the Commission and the Member State concerned. The intended beneficiary, its competitors and other institutions such as the central bank can as third parties provide comments. It is important to note that the central bank cannot be considered part of the government of the Member state. It is, according to Article 130 TFEU, independent from the government of the Member state.

The procedural rules make a clear distinction between the preliminary procedure and the formal investigation procedure. Under the first procedure, the Commission has two months to take a decision. If it finds that doubts are raised, it has to open the formal investigation procedure. Article 4(3) of Regulation 659/99 does not empower the Commission to impose conditions. The Commission has developed a practice whereby it notes that conditions are accepted thus achieving its goals.⁴¹ This practice is unsuitable for the imposition of major conditions, such as restructuring, because the preliminary procedure does allow the participation of third parties. The power to impose conditions is laid down in Article 8(4) of the Regulation. This provision does allow the Commission to attach conditions to a positive decision. Thus, any Commission decision that would require restructuring has to be taken in the context of the formal procedure. Only the formal procedure allows third parties, that is, any other company or institution, to submit comments. According to the case law of the ECJ⁴², the Commission has an obligation

³⁹ Based on discussions of the author with officials of De Nederlandsche Bank (DNB).

⁴⁰ OJ 1999, L 83, 1.

⁴¹ This happened in the first ING decision.

⁴² Case C-367/95 P, Sytraval.

to address the arguments raised by interested parties in its decision. This is a serious obligation the non-observance of which will result in annulment of the Commission decision.

It would seem that the Commission has not always been clear which procedure it applies concerning state aid in the banking sector. It is in view of the different rights for interested parties of the greatest importance to clarify which procedure applies. It is self-evident that in every case where there is a need for a thorough analysis the formal procedure should be followed. In this context, the Commission's view expressed in paragraph 48 of the restructuring Communication does not seem correct. The Commission states that it "does not have to open formal proceedings where the restructuring plan is complete and the measures suggested are such that the Commission has no further doubts as to the compatibility in the sense of Article 4(4) of Regulation 659/99." The point is that the Commission should allow all interested parties and institutions to present their views. Not opening the formal procedure may seriously prevent this.

As we have seen, the assessment of the state aid measures under Article 107(3)(b) TFEU is virtually without precedents. As a result, there is no case law guiding the Commission which standards to apply. Normally, in state aid law such standards have been developed in the course of Commission decisions and court cases testing the Commission's standards. It is therefore of the utmost importance that the formal procedure is followed, since only this procedure allows an adequate participation of all interested parties and thus an optimal development of the relevant criteria that should be applied. Since there is not yet a developed body of case law on the question which standards should be applied for the application of Article 107(3)(b) TFEU, it is vital that relevant parties participate in the process of developing the relevant standards. As was noted above, this is even more important in the present cases involving the banking sector since in this sector Commission decisions requiring restructuring or major changes in the behavior of the financial institutions also involve the powers and duties of the central banks and the prudential supervisors. These institutions should therefore be allowed to participate in the whole state aid procedure.

An important question of procedural law is who has the burden of proof. The standard of proof is on the one hand related to the question about the burden of proof, on the other hand it is a question of substantive norms, for which see above.

4.3. The burden of proof

Under the state aid rules, the Commission has to prove that a measure by which a Member State transfers money, or grants an advantage to an undertaking, constitutes state aid. Once that is established, it is for the Member State to claim that an exemption applies under Article 107 (2) or (3) TFEU. Once the Member State, having taken into account the case-law of the Community courts and the relevant Commission decisions, has established sufficient arguments that the conditions for the exemption are satisfied, it is for the Commission to rebut those arguments. The Member State has to establish that the aid is necessary and proportionate; it does not have to prove that the aid is necessary under all theoretically possible circumstances (cf. analogy with case 157/94, *Commission v. NL* at para. 58).

Since there is no case law on the application of Article 107(3)(b) TFEU, the burden and standard of proof required by the Commission in merger control may provide guidance as to what ought to be expected of the Commission in its assessment of notified aid under Article 108 (3)(c) TFEU. The Merger Regulation (Council Regulation 139/2004) is silent on the evidentiary principles that apply in merger control proceedings. Nevertheless, it is recognised in the Merger Regulation that there is a duty to avoid potential conflicts of interest between the Community policies of Merger Control and legitimate interests of the Member States (Article 21(4)). Member States may take appropriate measures to protect these legitimate interests, which naturally must be “compatible with the general principles and other provisions of Community law” (Recital 19 and Article 21(4)). Specifically mentioned in Article 21(4) as legitimate interests are “public security, plurality of the media and prudential rules.”

Further, similarities between Merger Control and State Aid rules can be seen by a comparison of Article 2 Merger Regulation and Article 107(1) TFEU. In both of these provisions, the compatibility with the common market, of a merger or state aid respectively, is to be assessed by the Commission.

Article 107(3) TFEU provides that certain state aids “may be compatible with the common market”. Of current relevance is Article 107(3)(b) TFEU, where aid “to remedy a serious disturbance in the economy of a Member State” may be compatible. Such a large margin of discretion on behalf of the Commission to determine compatibility with the common market has no direct parallel in the Merger Control regime. Nevertheless, it is clear that, as with all areas of discretion in Community law, this discretion must

be exercised subject to the recognised general principles of EC law, such as proportionality. Further, as there have been no cases considering the burden and standards of proof under Article 107(3)(b) TFEU, it is appropriate to apply the rules developed by the Community courts in relation to the burden and standard of proof under the Merger Control regime.

Under the Merger Control regime, it is clear that in the case of a prohibition decision, the burden of proof is borne by the Commission⁴³, which must demonstrate to the requisite standard that a concentration raises antitrust concerns by significantly impeding effective competition, in particular by through the creation or strengthening of a dominant position.⁴⁴ Although the community courts have recognised that, “in the case of complex economic assessments, the burden of proof placed on the Commission is without prejudice to its wide discretion in that sphere”⁴⁵, this has not prevented the Courts from closely reviewing whether the Commission has discharged its evidentiary burden.⁴⁶

The case of *Bertelsmann and Sony*⁴⁷ last year is particularly illustrative. The Court of Justice in *Bertelsmann and Sony* stated that there is no “general presumption that a notified concentration is compatible with, or incompatible with, the common market.”⁴⁸ Nor were different standards of proof applicable whether a concentration was approved or prohibited by a decision⁴⁹ under the Merger Regulation. The Court stated in para. 47:

“... the prospective analysis called for in relation to the control of concentrations, which consists of an examination of how a concentration might alter the factors determining the state of competition on a given market in order to establish whether it would give

43 *Energias de Portugal SA v Commission* Case T-87/05 at para. 61 (“It is for the Commission to demonstrate that a concentration cannot be declared compatible with the common market.”).

44 Art. 2(3) Merger Regulation.

45 See *Petrolescence SA v Commission* Case T-342/00 at para. 101; *Energias de Portugal SA v Commission* Case T-87/05 at para. 63.

46 See, e.g. *Airtours Plc v Commission*, Case T-342/99; *Schneider Electric SA v Commission*, Case T-310/01; *Tetra Laval BV v Commission*, Case T-5/02.

47 *Bertelsmann AG and Sony Corporation of America v Independent Music Publishers and Labels Association* Case C-413/06 P.

48 *Bertelsmann AG and Sony Corporation of America v Independent Music Publishers and Labels Association* Case C-413/06 P at para. 48.

49 *Ibid.* at para. 46.

rise to a significant impediment to effective competition, makes it necessary to envisage various chains of cause and effect with a view to ascertaining which of them is the most likely (see, to that effect, Case C-12/03 P Commission v Tetra Laval [2005] ECR I-987, paragraph 43)."

This paragraph implies that in a prospective economic analysis, in the analogous area of Merger Control, the Commission bears the burden of proof of demonstrating which version of the future is the most likely.

The standard of evidence to create these forecasts by the Commission is crucial. It must be "a sufficiently cogent and consistent body of evidence"⁵⁰. The importance of this is further underlined as "[t]hat case-law merely reflects the essential function of evidence, which is to establish convincingly the merits of an argument or, as in the case of the control of concentrations, to support the conclusions underpinning the Commission's decisions (see, to that effect, *Commission v Tetra Laval*⁵¹, paragraphs 41 and 44)".⁵² This illustrates the importance of the quality of the Commission's evidence. Its strength must be, "to support the conclusions underpinning the Commission's decisions", equivalent to establishing "convincingly the merits of an argument". However, by further analogy, the Commission is not obliged under the burden of proof "to go even further and prove, positively,"⁵³ that would be no other conceivable hypothetical outcome.

The burden of proof on the Commission can be reduced by a failure of the merging parties to provide evidence on a particular point on which they can reasonably be expected to have evidence or may potentially be construed against them. In such circumstances, the Commission may decline to accept the position being advanced, particularly where it has clear indications to the

⁵⁰ *Joined Cases C-68/94 and C-30/95, France and Others v Commission* [1998] ECR I-1375, '*Kali & Salz*', at para. 228.

⁵¹ *Commission v Tetra Laval*, Case C-12/03 P.

⁵² *Bertelsmann AG and Sony Corporation of America v Independent Music Publishers and Labels Association*, Case C-413/06 P at para. 51.

⁵³ *Commission v Netherlands*, Case C-157/94 at para. 58. In this case the Netherlands was found not to be obliged by the burden of proof to demonstrate that no other measure could enable certain tasks to be performed under the same conditions in an Article 86 EC case.

contrary. Thus the burden of proof on the Commission cannot be used to evade submitting certain pieces of evidence.⁵⁴

Advocate General Kokott recognised in *Bertelsmann and Sony* that there may be cases where “it is not possible to make any reliable prognosis... even after extensive market investigations” and recommended that in such cases a transaction “ought to be declared compatible with the Common Market”.⁵⁵ This mirrored the opinion of Advocate General Tizzano in *Tetra Laval*, which concluded that where doubts persist “the most correct solution is quite certainly to authorise the notified transaction.”⁵⁶ Though it is arguable that such “borderline cases” in State Aids should be permitted on the basis of the principle *in dubio pro liberate*, their rarity may make the argument purely theoretical.

In conclusion on this point, the burden of proof is, by analogy with the Merger Control regime, upon the Commission to prove whether a state aid is compatible or not with the common market. This must be proved upon evidence which is “sufficiently cogent and consistent”, although the Commission is not obliged to demonstrate that its reasoned outcome is the only one possible, but simply “which is most likely to ensue.”⁵⁷

As noted above, it would appear that the Commission bears the burden of proof of demonstrating the incompatibility of the notified state aid with the common market. Once it is established that there is state aid, the burden shifts to the notifying Member State, in this instance, to demonstrate the necessity of the aid and that it is “to remedy a serious disturbance in the economy” under Article 107(3)(b) TFEU. In the banking sector, this means that the Member state will have to demonstrate that the aid will restore the viability of the institution and/or the viability of the financial sector in general (eliminate or reduce the systemic risk), after all the provision of this Article refers to a disturbance of the economy of a Member State. It is

54 See for example Case IV.M 1383 – *Exxon/Mobil*, Commission decision of 29 September 1999, 2004 O.J. L103/1 at paras. 470-71.

55 *Bertelsmann AG and Sony Corporation of America v Independent Music Publishers and Labels Association*, Case C-413/06 P, Opinion AG Kokott at para. 223.

56 *Commission v Tetra Laval*, Case C-12/03 P, Opinion of AG Tizzano at paras. 77, 80.

57 *Bertelsmann AG and Sony Corporation of America v Independent Music Publishers and Labels Association*, Case C-413/06 P at para. 52.

important to note that the 22 of July 2009 Communication does not mention the possibility that the aid will restore the viability of the financial sector.⁵⁸

Although phrased in the form of an “indicative table of contents for restructuring plan”, the annex of the Commission’s 22 July Communication does contain useful guidance. The notifying Member State will have to prepare convincing and coherent reasoning to demonstrate that the aid will restore the viability of the financial institution. It will also have to demonstrate that the aid will not distort competition. Footnote 1 of the annex to the 22 July Communication mentions that the relevant information may comprise reports prepared by or for the Member States authorities, including the regulatory authorities. This is an understatement of the role of the central banks. It is public knowledge that the Commission has received ample assistance from experts of the ECB in its dealings with the assessment of the state aid measures for the financial sector. It is highly desirable to openly acknowledge such assistance and to go beyond that. Effective management of the financial crisis requires all institutions involved to act in unison and to avoid unilateral decisions by the Commission. Article 4(3) TEU requires, according to the case law of the ECJ, the loyal co-operation of all institutions and the Member States for the achievement of the goals of the Community. In this context it is important to note that the ECB is, according to Article 13 TEU, mentioned as a Union institution. It should be remembered that in Article 7 of the EC Treaty the ECB was not listed as a Community institution.

The present financial crisis calls for active co-operation of the key players in the Community. This can be achieved in several ways.

First, the Commission should assess state aid measures whenever doubts arise and conditions are discussed in the framework of the Article 108(2) TFEU procedure, so as to allow a maximum of input from the central banks and the financial supervisors.⁵⁹

Second, the relevant criteria for assessing the viability of the banks should be developed and applied in close co-operation with the central banks and the supervisory authorities. The criteria mentioned in the Annex to the 22 July Communication are a good starting point. In order to provide optimal

⁵⁸ Point 4 of the restructuring Communication.

⁵⁹ See above section 4.2 and footnote 42.

guidance to the notifying Member State and the intended beneficiary, it is also important to clearly show that the criteria are the result of a joint effort.

Third, closer co-operation between the Commission and the national central banks and the ECB should be fleshed out in a clear framework setting out the respective role and duties of the different parties involved. There are many areas in the Community where such models of co-operation have been developed, such as the network of regulators in the electricity and gas sector, the telecom sector, as well as others. Co-operation in this context is fundamentally different since there is no clear “*primus inter pares*”, the Commission’s powers do not rank higher than the powers of the central banks and in some respects of the financial supervisors.

4.4. Legal protection

The adoption of decisions in state aid cases has raised important questions about the legality of the Commission’s use of imposing conditions, as we discussed in the previous paragraph. This is important for the legal protection of the beneficiaries as well as its competitors. There may also be other interested parties involved, i.e. the national central banks or regulators of financial markets. Conditions are also imposed in other areas of competition law. This is quite common in merger control and the application of prohibition decisions pursuant to Article 101 and 102. A new phenomenon is the use of conditions under Article 9 of Regulation 1/2003.

The use of commitment decisions is, of course, formally a new instrument created under Regulation 1/2003. It has some resemblance with the way the Commission previously used its power to grant individual exemptions. Under the old regime, the Commission often negotiated a limitation of restrictions of competition during the process of granting an individual exemption and subsequently granted the exemption conditionally. The instrument of commitment decisions allows the Commission to achieve results without having to go all the way by adopting a full infringement decision. It is therefore attractive for the Commission. It is also attractive for the undertakings concerned in that they may avoid being hit by ever increasing stiff fines. It is certainly less attractive from the point of legal protection. The first commitment decisions still have to be tested in the Community courts. But the very fact that the Commission can adopt the decision without having to prove that there was an actual infringement will necessarily have an effect on the judicial protection. In the GDF case the Commission notes that

GDF might have infringed Article 102 TFEU. Moreover, the commitments imposed can, of course, have a very considerable financial and commercial effect. The Commission observes that it can impose a fine of up to 10% of the company's annual turnover if the firm were to break its commitments. If imposed, such fines will only underscore the shortcomings of this type of enforcement policy.

Commitment decisions in the state aid area are by no means a novel instrument. Suffice to recall the very extensive commitment decisions *Air France* and *Olympic Airways*.⁶⁰ Nevertheless, the recent decisions in the banking sector raise new fundamental issues. Part of the problem is the time element. Speedy financial intervention is essential. This makes an extensive consultation which is necessarily time consuming, difficult. The time pressure is mainly caused by the systemic nature of credit crisis.

5. THE INSTITUTIONAL ASPECTS

Within the Community there are several actors on economic and monetary policy. In order to assess the developments of the past two years we have to be aware of their respective powers. The institution responsible for decisions in this field is the ECOFIN Council. The Council is empowered to take decisions on the basis of Articles 120–126 TFEU. The Council has taken a decision to enhance the economic policy coordination as of 1 January 2011.

The actions to provide financial support have been taken by the Member States, individually or in coordinated manner. This took place in the framework of the Euro-group, although other Member States were actively involved. The measures were taken by the Member States and not by the ECB. The banks needed new capital and that is what only governments could provide them (the ECB can help with short-term liquidity). Such measures have to be assessed according to the State aid rules, as was discussed above.

Member States may also take measures that have a general application, e.g. a reduction of the VAT rate will not be caught by the prohibition of State aid since it is not selective. Government measures reducing the level of the VAT have to be in line with the EC rules on indirect taxes. Measures applying reduced VAT rates in selected sectors have to be decided on the basis of Article 113 TFEU by unanimous vote, lowering VAT rates across the

60 Decision 94/653/EC [1994] OJ L 254/73 and decision 94/696/EC [1994] OJ L 273/22, respectively.

board do not require unanimity.⁶¹ Moreover, it should be observed that even if measures to stimulate the national economy are compatible with the rules of the Treaty, there is nevertheless a need for coordinated action. Without such coordination there is a risk that national measures will be less effective, because the effect of the extra expenditures will seep away to other Member States. This is what happened with the French measures to stimulate the economy in the early years of the Mitterrand Presidency.⁶²

It should be remembered that, even if Member States are free to take financial measures supporting their banks, they have nevertheless to observe the Treaty rules of Article 121 TFEU. According to this provision, Member States shall regard their economic policies as a matter of common concern. Member States will have to abide by the broad guidelines of economic policy. For that purpose Article 121(3) TFEU provides for the multilateral surveillance mechanism. Even more important are the rules of Article 126 TFEU, the excessive deficit procedure and the rules of the stability pact. These rules are considerably more onerous than the broad guidelines.⁶³ The mechanism lays down the well-known 3% rule for the deficit of governments of the Member States.⁶⁴ It is important to note that the procedure of Article 121 TFEU applies to all Member States, i.e. also those with a derogation (the ones not participating in the Euro-zone). Article 126 TFEU applies also to all Member States, but the provisions containing sanctions, Article 126(9) and 126(11), does not apply to non-members of the Euro-zone.⁶⁵ The observance of the 3% rule has come under severe strain with the guarantees of some 400 billion and more. There will undoubtedly be pressure to apply the rules of the stability pact leniently. A precedent for such behaviour was set in the episode that led to the judgment of the ECJ in the case *Commission v. Council*.⁶⁶ The Court did not answer the question whether the Council is,

61 Directive 2006/112, OJ 2006, L 347/1.

62 See e.g. Kapteyn & Themaat, 2008: 885.

63 *Idem* p. 889.

64 The additional rules of the stability pact are laid down in Reg. 1467/97, in particular in Art. 9.

65 Art. 139(2) TFEU.

66 Case C-27/04, *Commission v. Council*, [2004] ECR I-6649. In its judgment the ECJ held that the Council could not decide to hold the excessive deficit procedure in abeyance. The Court did not express an opinion on the question whether or not the Council is under an obligation to take a decision under Art. 104(9). In para. 90 it held: "It should be added that, in accepting that the procedure may de facto be held in abeyance simply because the Council does not succeed in adopting a decision recommended by the Commission, the

in the context of the procedure of Article 126(9) TFEU, under an obligation to take measures.

The restructuring of banks imposed by the Commission's could lead to mergers. To the extent that mergers have a Community dimension, and many will, they have to be approved by the Commission on the basis of the merger control rules. It is quite common for the Commission to lay down obligations or ask commitments from the merging companies in order to alleviate the distortions of competition. This happened for example in the case of the original Fortis-ABN AMRO merger.⁶⁷ The possibility to follow a coherent policy for the banking sector through the application of the merger control rules is, by its very nature, restricted to incidental and *ad hoc* measures. Moreover, the Commission can only act when there are mergers with a community dimension. The banking sector is still dominated by national players and mergers between banks in several Member States are not frequent. On the other hand it is not excluded that the exceptional circumstances will lead to transnational mergers.⁶⁸

The actions of the governments are closely monitored by the ECB in order to decide whether or not its monetary policy needs to be adjusted, i.e. whether it should lower interest rates. Therefore, the ECB has been closely involved in the decision making process.

6. THE INTERNATIONAL DIMENSION

The problems discussed so far involved financial institutions in the Community. Some Community citizens were confronted with defaulting banks in third non-Member States – more in particular Iceland. After some initial individual actions, the Member States concerned undertook coordinated action to address this issue. This is just one example of the increasing globalization of international financial markets. The European Council conclusions of 11 and 12 December 2008 noted the need to work

Court does not express a view as to whether, pursuant to Article 104(9) EC, the Council could be required to adopt a decision where the Member State persists in failing to put into practice its recommendations under Article 104(7) EC, a question which the Court is not called upon to answer in the present proceedings.

67 According to the Commission, Fortis was to sell the activities of some parts of ABN AMRO: decision 3 Oct. 2007, case Com/M4844, Fortis/ABN - AMRO assets. Since then Fortis has been engaged in talks with the Deutsch Bank. After the weekend in September the talks have been discontinued.

68 It should be noted that Dir. 2007/44 is specifically designed to facilitate cross-border mergers in the financial sector.

together with the international partners.⁶⁹ For that purpose, the President of the European Union Council, accompanied by some colleagues, travelled to Washington for talks with the US government. In the meantime, close international cooperation has resulted in the adoption of new Basel rules for banks in early September 2010.

7. THE PRESENT STATE OF THE FINANCIAL SECTOR

Two years after the credit crisis materialized, market conditions have stabilised considerably. There are signs that the financial markets have somewhat recovered and as a result efforts are made to reduce the reliance of banks on state support. However, the phasing out of state aid has to be effected gradually, transparently and Community wide, y otherwise spill-over effects could arise. It is also clear that not all Member States are operating under similar conditions. The situation in Greece is obviously different from that in Spain and Portugal. The ECOFIN Council of 2 December 2009 agreed on the need to develop a strategy for phasing out of state aid measures. This should start with the State guarantee schemes. This would encourage sound banks to renounce on state aid and stimulate weaker banks to address their specific problems. On 18 May 2010, the ECOFIN Council welcomed the preliminary analysis of the Commission on the use of guarantee schemes. The Commission has introduced specific pre-requisites in view of the renewed provision of guarantees, in the form of higher fees and a viability review for banks still relying heavily on government guarantees. The latest Council of 7 September 2010 endorsed a new financial supervision system.

8. CONCLUSION

The Commission has displayed a remarkable agility to cope with the sudden surge in massive state aid support over the last two years. Its handling of the massive flow of national state aid measures has been impressive. Nevertheless it remains to be seen how the Commission decisions and in particular the draconian conditions that have been imposed on the beneficiaries will stand the test in the Community courts. It is to be expected that the Courts will allow the Commission a margin of discretion, especially in view of the

⁶⁹ The increased globalization, and interdependence, is well illustrated by the fact that the People's Republic of China is, as of 2009, now the biggest holder of US debt with some 565 billion US dollar, the next biggest creditor is Japan with some 500 billion plus US debt and the third biggest is the UK with some 320 billion US. These enormous holdings of US government debt create delicate mutual relationships.

urgency of the subject matter and the systemic nature of it. Whether that will be enough to justify the imposition of conditions with a very serious impact on the banks remains to be seen. Similarly, it is doubtful whether the unorthodox way of taking decisions will be sanctioned by the courts. The absence of the traditional procedural safeguards in state aid matters or the “unorthodox” adherence to these principles will almost certainly raise some eyebrows of the judges in Luxemburg. It is doubtful whether the Commission’s view that, in case Member States submit complete restructuring plan they can proceed according to the preliminary procedure of Article 108(3) TFEU, is correct.

The developments in the financial sector demonstrate the intricate interaction of Member State and Community actions within their respective spheres of competences. The absence of clear Community powers to grant the type of aid that is required by providing massive guarantees, makes it all the more necessary that Member States actions are closely coordinated. The decision-making process for the measures to safeguard the financial sector also demonstrates that it is very difficult to distinguish between the prerogatives of the ECOFIN council and the Euro group. Given the design of the Treaty rules, briefly outlined above, it was always going to be difficult to draw a clear line between the closely coordinated economic policy and the common monetary policy. For the former the ECOFIN is responsible for the latter it is, in the absence of an introduction of the Euro by all Member States, the Euro group. In the meantime the Council has been able to take measures designed to safeguard the stability of the Euro. It has also agreed on closer economic policy cooperation.

REFERENCES

CASTEELE, Koen Van de

2010 “State aid: main developments between 1 September and 31 December 2009”, in *Competition Policy Newsletter*, Number 1 – 2010, p. 65-73.

JAEGER, Thomas

2010 “Merging autitrust and regulation into state aid? Crisis Lessons in Competition Law Coherence”, in *European State Aid Law Quarterly*, vol. 9, Nov. 3(2010), pp. 577-580.

KAPTEYN & THEMAAT, VerLoren van

2008 *The law of the European Union and the European Communities*, 4th revised ed.,
Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.

KROES, Neelie

2010 “Competition Policy and the crisis – the Commission’s approach to banking
and beyond”, in *Competition Policy Newsletter*, Number 1 – 2010, p. 3-7.

CONTROLO NEGATIVO, CONTROLO POSITIVO OU AMBOS? O SENTIDO E A LEGITIMIDADE DA EUROPEIZAÇÃO PROGRESSIVA DO CONTROLO E DA POLÍTICA DOS AUXÍLIOS DE ESTADO

Manuel Porto/João Nogueira de Almeida***

ABSTRACT: State aid control has both the possibility of promoting the capacity of the economies and of distorting competition, by interfering with the level playing field on which companies compete. This article argues that ambiguous Treaty rules and heterogeneous Member States' preferences have however enabled the European Commission to act as a supranational entrepreneur, not only enforcing the prohibition of distortive State aid, but also developing its own agenda. The Commission has thus created positive integration "from above" and is increasingly guiding the aid policies of Member States.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O sentido das intervenções. 2.1. A questão da competência da Comissão na definição positiva da política de auxílios de Estado. 2.2. A definição positiva da política de auxílios de Estado pela Comissão. 2.2.1. Os conflitos entre os Estados e a Comissão. 2.2.1.1. Conflitos acerca da proibição dos auxílios de Estado. A importância da definição do conceito de auxílio de Estado e dos domínios da actividade económica sujeitos à disciplina dos auxílios de Estado. 2.2.1.2. Conflitos acerca dos auxílios de Estado compatíveis. 2.2.2. A gestão e resolução dos conflitos por meio de *soft law* e por meio de *hard law*. 2.2.2.1. O conteúdo material das normas de *soft law*. 2.2.2.2. O conteúdo material das normas de *hard law*. 3. Conclusões.

* Professor aposentado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor da Universidade Lusíada e do Instituto Superior Bissaya-Barreto.

** Docente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

1. INTRODUÇÃO

O regime de controlo dos auxílios concedidos pelos Estados-membros actualmente em vigor, previsto no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), nos artigos 107.º a 108.º, segue no essencial o modelo adoptado no Tratado de Roma. Este modelo, que resultou de um compromisso entre o liberalismo germânico e a desconfiança francesa acerca do funcionamento autónomo dos mercados¹, consiste fundamentalmente no estabelecimento de uma proibição de princípio dos auxílios (art.107.º, n.º 1), admitindo-se apenas excepcionalmente a sua compatibilidade com o mercado interno ou único² (art. 107.º, n.º 2 e n.º 3). A aplicação da proibição geral dos auxílios, bem como as decisões acerca da compatibilidade dos mesmos com o mercado único pertencem no essencial à Comissão³, que actua de forma independente dos Estados.

1 Vide por ex. Smith, 1998: 58.

2 Sobre a maior adequação da palavra “único” do que da palavra “interno”, dado que esta aponta mais no sentido de um mercado fechado em relação ao exterior, o que não é desejável nem verdadeiro no caso europeu, ver Porto, 2009: 220. Estamos assim na linha da designação inglesa “*single market*” (falando-se todavia de “*common market*” na versão em inglês do Tratado, v.g. no artigo 107.º). Apesar do comentário acabado de fazer, não deixamos de por vezes utilizar a designação actual do TFUE, de mercado “interno”, ou mesmo de mercado “comum” tal como constava da redacção do Tratado de Roma.

3 A atribuição pelos Estados fundadores da competência exclusiva no domínio da política de concorrência a uma autoridade independente, a Comissão, pode ser explicada por várias razões. Em primeiro lugar, os Estados pretendiam certamente reduzir os custos de transacção implícitos na adaptação a eventuais novas circunstâncias, o que só seria possível se houvesse um árbitro neutral que interpretasse e aplicasse as normas em nome do interesse geral. Em segundo lugar, a existência de um árbitro forte reforçava o compromisso dos Estados no respeito pelas regras de concorrência. Em terceiro lugar, a existência de um árbitro forte e de regras disciplinadoras da concorrência seria benéfica para os Estados, colectivamente, na medida em maximizava os ganhos resultantes do mercado único, e individualmente porque reforçava a sua legitimidade em face dos seus cidadãos. Em último lugar, os Estados também tiveram certamente em conta que, tudo pesado, os ganhos conseguidos do então designado mercado comum excediam os custos (Smith, 1998: 61).

Os Estados estavam todavia conscientes dos perigos que tal delegação de competências, feita a favor do centro, implicava. Contudo acreditaram que, dado o modo como estava organizado o controlo dos auxílios e o facto de serem as entidades mais poderosas no seio da Comunidade Económica Europeia, tais riscos podiam ser minimizados. Mesmo perante o risco de sofrerem os efeitos adversos de decisões individuais negativas, os Estados podiam esperar, que ainda assim, os benefícios globais que era razoável esperar do controlo fossem superiores. Depois, os Estados acreditavam que a finalidade da delegação de poderes a favor da Comissão podia ser controlada de perto pelos governos nacionais. Por último, os Estados julgaram que podiam, individualmente, escolher não cumprir as decisões da Comissão ou que podiam, colectivamente, ultrapassar as decisões da Comissão. Veja-se, a propósito, a norma constante do artigo 93.º do Tratado de Roma (actualmente o artigo 108.º do TFUE), que previa a possibilidade de o Conselho, a pedido de qualquer Estado-membro, deliberando por unanimidade, decidir considerar compatível com o mercado único um auxílio, instituído ou a instituir por esse Estado, em derrogação do disposto no artigo 92.º do Tratado de Roma (actualmente o artigo 107.º do TFUE) ou nos regulamentos previstos no artigo 94.º do Tratado de Roma (actualmente o artigo 109.º do TFUE), se circunstâncias excepcionais justificarem tal decisão.

Esta solução não era em termos meramente teóricos a única possível.

O Tratado poderia ter optado, ou por não estabelecer nenhuma regulação, à semelhança do que acontece nos Estados Unidos, podendo os auxílios ser concedidos irrestritamente pelos Estados-membros, ou, ao invés, pela proibição absoluta e incondicional da concessão dos auxílios por parte dos Estados-membros, admitindo-se apenas a sua atribuição pelos órgãos competentes da União⁴. Qualquer uma destas soluções não era exequível. Permitir que os Estados pudessem conceder auxílios sem nenhuma limitação, poderia a breve prazo fazer com que os Estados recriassem os mecanismos de protecção das suas actividades económicas, que tinham sido forçados a abandonar com a criação da então designada Comunidade Económica Europeia, eliminando-se assim as possibilidades de concretização das vantagens que se poderiam esperar do mercado único. É aliás de sublinhar a circunstância, a que um português não pode deixar de ser sensível, de a possibilidade de concessão de apoios financeiros pelos Estados favorecer obviamente os países maiores e mais poderosos. Por exemplo, entre 2003 e 2005, Portugal foi um dos países da União Europeia com menos auxílios ilegais reportados.

No quadro 1 podemos analisar a situação quanto aos auxílios concedidos pelos diversos países da União nesse período:

O desenvolvimento histórico do controlo e da política dos auxílios, em larga medida não previsto nem antecipado pelos Estados, terá em alguma medida colocado em causa a consistência destes argumentos (Blauberger, 2009a: 721, Smith, 1998: 57).

Quanto ao primeiro, as decisões negativas individuais revelaram em muitos casos capacidade para afectar a indústria nacional no seu todo e não circunscritamente algum ou alguns dos beneficiários dos auxílios, certas áreas geográficas ou contados sectores económicos, não obstante os auxílios regionais ou sectoriais poderem ter por si só um relevante significado nacional.

Quanto ao segundo argumento, não era de nenhum modo clara a finalidade da delegação de poderes a favor da Comissão, prevista nos artigos 92.º e 93.º (hoje 107.º e 108.º do TFUE) do Tratado de Roma. A ambiguidade das finalidades de controlo permanece ainda hoje, não havendo concordância, nem na doutrina, nem na jurisprudência, sobre quais sejam em definitivo. Foi aliás a ambiguidade existente nas finalidades de controlo dos auxílios, um dos factores que permitiram à Comissão evoluir de um controlo meramente negativo para um controlo tendencial ou parcialmente positivo.

O terceiro argumento revelou-se completamente infundado, dado que o Tribunal de Justiça e a Comissão foram criando ao longo dos anos um verdadeiro direito dos auxílios, tanto de natureza procedimental como material, que acabou por não deixar aos Estados, na maioria das situações, outra opção que não seja o cumprimento. Como salienta Blauberger, “...in most cases noncompliance with European state aid rules is too costly to be an option”, in Blauberger, 2009a: 721.

4 Cf. Schmidt & Schmidt, 2006: 214-215.

TABLE I: Number of negative and positive decisions (2003-2005)

	Total	Approved without objections	Other positive decisions	All negative decisions	Negative decisions of which recovery ordered
EU-25	1884	1614	176	94	58
BE	67	48	13	6	1
CZ	21	15	6	–	–
DK	54	45	8	1	1
DE	301	235	44	22	19
EE	8	8	–	–	–
EL	38	35	1	2	2
ES	181	160	14	7	6
FR	216	183	22	11	9
IE	38	32	4	2	1
IT	456	401	27	28	14
CY	3	3	–	–	–
LV	10	10	–	–	–
LT	6	6	–	–	–
LU	6	6	–	–	–
HU	4	4	–	–	–
NL	111	100	8	3	1
AT	48	41	4	3	1
PL	29	27	1	1	1
PT	25	21	4	–	–
SI	5	3	2	–	–
SK	15	15	–	–	–
FI	28	26	1	1	1
SE	43	40	2	1	1
UK	171	150	15	6	–

Fonte: Scoreboard of DG COMP

Num total de 25 projectos de auxílios notificados por Portugal à Comissão, 21 foram aprovados sem objecções, tendo também os restantes 4 sido objecto de uma decisão positiva. Este é um resultado que contrasta vivamente com o atingido pelos países grandes. No mesmo período, 74 das 94 decisões negativas tomadas pela Comissão, cerca de 80% do total, tiveram por objecto auxílios concedidos pela Itália (28 decisões), Alemanha (22), França (11), Espanha (7) e Reino Unido (6). A Bélgica foi também objecto de 6 decisões negativas. Para além do mais, os países grandes, especialmente a Alemanha e

a Itália, foram mais vezes condenados a restituir auxílios ilegais que os demais. Estes são dados bem significativos, mesmo tendo-se em conta que num país menos desenvolvido ou/e mais desequilibrado será possível justificar mais facilmente apoios públicos na linha da política de desenvolvimento regional, tal como é admitido pelo n.º 3 do artigo 107.º do TFUE⁵.

A solução da proibição absoluta dos auxílios também não era razoável. Primeiro, porque os Estados-membros não queriam renunciar ao último instrumento de política económica que ainda estava nas suas mãos para impulsionar de forma selectiva as suas economias⁶. Acontece aliás que os auxílios públicos tanto podem ser iníquos e distorçores da concorrência como as formas mais adequadas de intervenção nos mercados⁷, corrigindo o que os economistas chamam “divergências domésticas” sem efeitos negativos, tratando-se pois de intervenções de “primeiro óptimo”⁸.

E a utilização de recursos financeiros dos Estados⁹, com as intervenções correctas acabadas de referir (além de apoios empresariais que se justifiquem, afastando imperfeições do mercado ou criando externalidades, por exemplo com a construção de infra-estruturas, a formação profissional ou a promoção da investigação científica e tecnológica), não pode deixar de verificar-se, dado que a União Europeia não tem os meios financeiros suficientes para se substituir na íntegra à actividade do Estado¹⁰. É precisamente nesta linha, de

5 Ver, Porto & Almeida, 2007: 344; Porto & Almeida, 2006: 181-182

6 “*Beihilfen sind das letzte Instrument, das den Mitgliedstaaten verblieben ist, um einzelne Instrumente zu begünstigen*”, Claus-Dieter Ehlermann, *Zur Wettbewerbspolitik und zum Wettbewerbsrecht der Europäischen Union*, Bitburger Gespräche (1994): Wirtschaftsstandort Deutschland – Rechtliche Rahmenbedingungen der europäischen Union, citado em Schmidt e Schmidt, 2006: 215. Idem Lavdas & Mendrinou, 1999): 1-2.

7 Sobre as vantagens da concessão dos auxílios em face de outros meios de intervenção pública, ver entre nós Marques, 2006: 299-303 e Porto, 2009: 153-168.

8 Vide Porto, 2009: loc. cit. Não podendo naturalmente os impostos que acabam por financiar os apoios deixar de ter consequências negativas, a perspectiva em análise pode pressupor que a sua cobrança é feita com um “*ideal tax package*”, v.g. com impostos gerais, casos de impostos gerais sobre o rendimento das pessoas físicas ou sobre o consumo, neste caso menos selectivos e distorçores do que por exemplo um imposto alfandegário.

9 Sobre as razões para a intervenção dos poderes públicos na economia, consultar Barbosa 1997: 1 e segs., Musgrave & Musgrave, 1986: 6, Weber, 1997: 18, 42-45. Sobre as justificações para a concessão de auxílios, consultar Lehner & Meiklejohn, 1991, Meiklejohn, 1999, Friederiszick, Röller & Verouden, 2005 e Friederiszick, Röller & Verouden, 2007.

10 A União Europeia não tem de um poder orçamental equivalente àquele de que dispõe tipicamente um Estado unitário ou mesmo uma federação na relação com os estados federados que a compõem. O nível de integração orçamental existente na União não tem nenhuma relação com o nível de integração

intervenções de primeiro óptimo, que estão as ajudas dos fundos estruturais que felizmente têm aumentado, embora limitadas pelo diminuto peso financeiro da despesa pública europeia em relação ao PIB da União.

A progressiva transformação da natureza do controlo dos auxílios, de um controlo político para um controlo jurídico e de um controlo negativo para um controlo positivo, resultou, em particular, do empenho da Comissão e desenvolveu-se, em larga medida, nuns casos, à margem dos Estados e, noutros, contra a sua vontade expressa.

A fim de melhor conseguir os seus intentos, a Comissão procurou assegurar a participação de terceiros interessados (associações empresariais, empresas beneficiadas ou prejudicadas pelos auxílios, etc.) no procedimento de controlo dos auxílios e o apoio do Tribunal de Justiça.

A participação de terceiros no procedimento de controlo dos auxílios foi muito vantajosa para a Comissão. Os auxílios ganharam uma muito maior visibilidade na *res publica*, o que dificultou enormemente a justificação da concessão dos auxílios pelos Estados. A Comissão deixou de estar exclusivamente dependente dos Estados para ter conhecimento dos auxílios. Este acesso ao conhecimento era de grande importância, dado que os Estados estavam muitas vezes interessados em manter na opacidade os seus regimes de auxílios. A intervenção de terceiros no controlo dos auxílios assegurou à Comissão uma maior independência das pressões políticas dos Estados-

existente nos mercados (Barthe, 2003: 107, 287 e segs. e Porto, 2006: 66-69). A política orçamental da União, dada a pequenez relativa do orçamento europeu em relação ao PIB da União, não tem dimensão suficiente para ser anti-cíclica. Nos Estados federados, seja a Alemanha, o Canadá, a Suíça, ou os Estados Unidos, o governo federal tem um orçamento que é cerca de 30% do PIB enquanto os outros níveis de administração têm ao seu dispor cerca de 15% do PIB (Ortí, 2005: 118 e segs., Barthe, 2003: 107 e segs.). Ora o orçamento da União representa apenas cerca de 1,2% do PIB, enquanto os orçamentos dos Estados-membros representam no seu conjunto cerca de 44% do PIB europeu. Assim está bem de ver que a União Europeia não poderá ter uma política redistributiva, estabilizadora e de afectação, com a mesma dimensão quantitativa e qualitativa que é corrente nos Estados nacionais. A importância de políticas orçamentais nacionais, enquanto instrumentos macroeconómicos de redistribuição, estabilização e afectação ao serviço dos Estados, aumenta em virtude não só da pequenez relativa da despesa pública europeia, mas também devido ao facto de os Estados não terem ao seu dispor, nem a política monetária, nem a política cambial nem a política comercial. A preferência por políticas orçamentais nacionais é aliás defendida pela própria Comissão, por permitir a produção de bens e serviços públicos melhor adaptados às preferências da população, facilitar um controlo democrático mais eficiente e tornar possível uma concorrência entre os Estados estimuladora da eficácia e da inovação (Barthe, 2003: 284).

A construção do sistema de fiscalização dos auxílios públicos assenta na necessidade de controlar e obviar os efeitos negativos dos auxílios na realização dos objectivos da União Europeia de forma a potenciar os seus efeitos positivos, permitindo desta forma, que os auxílios concedidos pelos Estados, de modo interessado e às suas custas, contribuam para a realização dos fins da Comunidade. O controlo dos auxílios permitiria garantir a todos os participantes no mercado um “*level playing field for free and fair competition in the Single Market*” – (Kroes, 2007: IX, Lehner & Meiklejohn, 1991).

-membros, reforçou a protecção do bem concorrência, em termos de um mercado interno único livre de interferências dos Estados e reforçou o princípio de igual tratamento dos Estados¹¹.

A Comissão procurou e conseguiu que fosse reconhecido paulatinamente pelo Tribunal de Justiça um conjunto de direitos e obrigações de natureza procedimental que tornaram o controlo dos auxílios muito mais efectivo. Assim, o Tribunal de Justiça considerou que, tanto a obrigação de notificação, como a obrigação de suspensão dos projectos de auxílios tinham efeito directo. Consequentemente, a violação desta obrigação podia ser também questionada de forma autónoma junto dos tribunais nacionais. O Tribunal de Justiça considerou ainda que a obrigação de notificação devia vir acompanhada de todos os elementos informativos necessários ao exame da compatibilidade, podendo a não prestação destes por parte dos Estados ser qualificada como constituindo uma violação de uma obrigação fundamental resultante do Tratado, susceptível de recurso para o Tribunal de Justiça. O Tribunal decidiu ainda que, perante a recusa ou a falta de informação completa relativamente aos projectos de auxílios por parte dos Estados, a Comissão poderia decidir com base nas informações que tivesse disponíveis. A Comissão obteve ainda o apoio do Tribunal de Justiça quanto à possibilidade de exigir a recuperação dos auxílios concedidos ilegalmente que tenham sido considerados incompatíveis com o mercado interno. O mesmo se passou em relação à competência da Comissão para ordenar medidas suspensivas e medidas provisórias de recuperação dos auxílios ilegais, enquanto procede à análise da sua compatibilidade com o mercado interno. Estas obrigações dos Estados, além de outras mais, foram todas elas crismadas pela jurisprudência do Tribunal de Justiça e encontraram consagração legal plena no Regulamento do Conselho n.º 659/98.

O apoio do Tribunal de Justiça à Comissão não se limitou apenas às questões de procedimento. Desde cedo o Tribunal de Justiça sustentou a tese da Comissão de um conceito amplo de auxílio de Estado. No início, os Estados procuraram escapar ao controlo dos auxílios, utilizando criativamente medidas que num primeiro olhar não constituiriam auxílios, como seja o caso, entre muitos outros, das participações no capital social das empresas, das garantias, da cedência de terrenos em condições favoráveis, da construção de infra-estruturas (linhas férreas, estradas, etc.) em benefício de certas empresas e das compras públicas de bens e serviços. O Tribunal sustentou

11 Assim Smith, 1998: 71 e segs.

que os auxílios poderiam assumir formas muito diversas, não importando para a qualificação de uma medida como auxílio qual tenha sido em concreto a sua finalidade, mas sim os seus efeitos¹². O apoio a um conceito amplo de auxílio passou inclusive pela recusa de uma definição do mesmo, preferindo o Tribunal de Justiça, ao invés, elencar os critérios que uma medida teria de preencher para poder ser considerada um auxílio de Estado.

Só em casos contados o Tribunal não seguiu a Comissão. Assim, por exemplo, a Comissão sustentou perante o Tribunal de Justiça que os auxílios ilegais, por falta de notificação ou por violação da obrigação de suspensão, deveriam ser considerados *ipso facto* incompatíveis com o mercado comum, no que não foi seguida pelo Tribunal. A Comissão também defendeu que os auxílios, ditos regulamentares, isto é, aquelas medidas por meio das quais os poderes públicos obrigam uma empresa privada a vender por um preço abaixo daquele que resultaria do mercado ou a comprar por um preço superior àquele que resultaria do mercado, não constituíam auxílio de Estado porque lhes faltava um requisito fundamental. É que tais medidas, se bem que constituíssem uma vantagem económica, fossem selectivas, afectassem o comércio entre os Estados-membros e falseassem ou ameaçassem falsear a concorrência, não implicavam nenhum sacrifício directo ou indirecto dos dinheiros públicos. O Tribunal de Justiça não deu, no entanto, provimento às pretensões da Comissão¹³.

Perante uma situação em que o controlo dos auxílios de Estado se vem tornando cada vez mais num direito dos auxílios de Estado e num direito dos auxílios de Estado relativamente perfeito, não cumprir deixou de ser uma opção inócua para os Estados. O não cumprimento ou a ignorância do direito dos auxílios passou a ter consequências pesadas, que vão muito para lá dos efeitos isolados de uma eventual decisão negativa da Comissão a propósito de um auxílio, pondo em causa toda a política de fomento material das actividades económicas dos poderes públicos dos Estados-membros. Os Estados-membros já não podem dar-se ao luxo de não cumprir ou de ignorar o direito dos auxílios de Estado.

12 O Tribunal reconheceu como auxílio uma medida italiana que visava favorecer o emprego feminino no sector têxtil ao conceder reduções nas contribuições pagas à segurança social pelas empresas que empregassem mulheres, já que o efeito, que não a finalidade da medida, seria de conceder uma vantagem às empresas italianas do sector têxtil. Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Julho de 1983, proc. 203/82, Comissão das Comunidades Europeias contra a República Italiana.

13 Vide o acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Março de 2001, proc. C-379/98, Preussen Elektra.

Consequentemente, estando o direito dos auxílios já devidamente apertrechado em termos de procedimentos de controlo e de sanções, a questão política relevante deixou de ser a possibilidade, ou não, de ser efectivamente aplicado e cumprido pelos Estados-membros. A existência de um direito dos auxílios dotado de efectividade aumentou enormemente a importância, não só do seu próprio conteúdo material, mas também do órgão ou órgãos competentes, tanto no que toca à criação de normas, como no que diz respeito à sua implementação.

É neste contexto que a Comissão, tirando partido da relativa imprecisão das normas materiais do artigo 107.º e da diversidade de preferências manifestada pelos Estados-membros quanto aos auxílios compatíveis com o mercado interno, tem vindo, ao longo dos anos, a determinar positivamente de forma crescente o conteúdo dos auxílios, primeiro na forma de *soft law*, depois na forma de *hard law*¹⁴.

Na medida em que a Comissão define positivamente o conteúdo material dos auxílios diminui do mesmo passo a autonomia dos Estados-membros na escolha dos objectivos e dos instrumentos das políticas selectivas nacionais de subvencionamento.

Face ao disposto no TFUE relativamente aos auxílios de Estado é todavia no mínimo questionável que a Comissão tenha o poder de definir materialmente o conteúdo dos auxílios que os Estados podem conceder ao abrigo do artigo 107.º.

2. O SENTIDO DAS INTERVENÇÕES

No domínio dos auxílios, o Tratado parece estabelecer uma linha de demarcação entre controlo e política, cabendo aquele à Comissão e esta aos Estados-membros¹⁵. O controlo dos auxílios faria parte da política e do direito da concorrência europeus, competindo à Comissão exercer de forma exclusiva o controlo sobre os auxílios concedidos pelos Estados, em ordem a impedir distorções da concorrência no mercado interno. Já a política de auxílios caberia aos Estados, os quais teriam competência para conceber e executar os auxílios que entendessem por bem, pertencendo-lhes a definição das políticas nacionais de auxílios, no respeito dos limites materiais previstos no artigo

14 Blauberger, 2009a: 725-729, Blauberger, 2009c: 76-8, 104-107.

15 Sobre este tema consultar sobretudo Blauberger, 2009a: 720 e segs., Blauberger, 2009b: 4 e segs. e, por último, Blauberger, 2009c: 51 e segs.

107.º, n.º 2 e n.º 3. Compreende-se assim que, tradicionalmente, o controlo dos auxílios tenha sido caracterizado pela doutrina como um controlo de natureza negativa¹⁶, com a finalidade exclusiva de impedir a concessão pelos Estados de auxílios que afectassem o comércio entre os Estados-membros e falseassem ou ameaçassem falsear a concorrência, não se admitindo a sua concessão, a não ser excepcionalmente, quando os benefícios daí resultantes fossem superiores aos prejuízos causados. Os Estados poderiam, assim, decidir da oportunidade política e temporal da concessão dos auxílios, escolher a forma dos mesmos, fixar a sua duração temporal, eleger os sectores, regiões ou actividades a auxiliar e hierarquizar os objectivos dos auxílios.

Esta separação nítida entre controlo e política tem vindo a esbater-se por força da actuação da Comissão. O carácter vago e impreciso das normas do Tratado que têm desde sempre disciplinado o regime dos auxílios e a heterogeneidade das preferências dos Estados permitiu à Comissão adquirir um papel preponderante na sua interpretação e aplicação. Ancorando-se no poder discricionário que o TFUE lhe concede para avaliar a compatibilidade dos auxílios com o mercado interno ao abrigo do artigo 107.º, n.º 3, a Comissão tem, paulatinamente, vindo a cercear a liberdade dos Estados-membros na determinação material do conteúdo das políticas nacionais de auxílios. A Comissão tem vindo assim a agir como um “*entrepreneur*” supranacional, impondo não só a proibição de auxílios simplesmente distorçores da concorrência, mas também a sua própria visão de uma correcta política de auxílios de Estado, para todos os países da União¹⁷.

Estas políticas são cada vez mais conformadas a nível europeu, quer quanto aos objectivos que os auxílios devem servir (eficiência ou objectivos de interesse comum europeu – coesão, ambiente, cultura, investigação científica, etc.), quer quanto à sua duração temporal, quer quanto aos instrumentos (formas) mais adequados, quer, por último, quanto às regiões, sectores ou actividades a auxiliar de modo preferente¹⁸.

16 Cf. Fernández Farreres, 1983: 13.

17 Blauburger, 2009a: 721.

18 Citando Blauburger: “Je stärker sich die Mitgliedstaaten aber an den positiven Maßstäben der Kommission orientieren müssen, desto mehr kommt zu es einer *Durchdringung der Beihilfepolitik*.”, in Blauburger, 2009c: 52.

Em 2005, a Comissão publicou um documento¹⁹ em que expôs com clareza a sua própria visão sobre qual deveria ser a correcta política de auxílios a conceder pelos Estados, documento que lhe serviu de roteiro de actuação no período que mediou entre 2005 e 2009²⁰. De acordo com Blauberger, a Comissão terá definido no Plano de Acção no domínio dos Auxílios Estatais, o que seriam auxílios «bons» (os auxílios horizontais) e o que seriam os auxílios «maus» (os auxílios sectoriais)²¹. Os «bons» auxílios seriam aqueles que poderiam servir os objectivos gerais da Estratégia de Lisboa, de promoção do crescimento e do emprego²². Nesta perspectiva, a Comissão entendeu que os auxílios horizontais deveriam ser privilegiados, por supostamente distorcerem menos a concorrência que os auxílios sectoriais, que seriam, por assim dizer, os «maus» auxílios. Os auxílios horizontais deveriam além disso prosseguir objectivos de relevância europeia, tais como a coesão social, a investigação, o ambiente, etc²³.

A europeização da política de auxílios começou por ser primeiramente realizada recorrendo a instrumentos de *soft law*. Só depois de 1998²⁴, com a entrada em vigor do Regulamento n.º 994/98 do Conselho, a Comissão passou a empregar também a figura dos regulamentos²⁵. O recurso a normas gerais e abstractas na concretização dos poderes discricionários para avaliar a compatibilidade dos auxílios com o mercado interno tinha vantagens do ponto de vista da Comissão: limitava a capacidade de os Estados mais poderosos fazerem *lobbying* com sucesso, resolvia de antemão possíveis conflitos com os Estados-membros sobre os auxílios admissíveis, conformava as políticas de auxílios nacionais aos objectivos plasmados nos instrumentos legais e, por último, libertava a Comissão da maçadora tarefa de analisar minu-

19 Plano de Acção no Domínio dos Auxílios Estatais, disponível na Web em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0107:FIN:pt:PDF>.

20 Para uma visão geral sobre a política e o direito dos auxílios de Estado ver por exemplo Oldale & Henri, 2009: 3-23.

21 Blauberger, 2009a: 727-728.

22 Atente-se no título: Plano de Acção no Domínio dos Auxílios Estatais – Menos auxílios estatais e *mais orientados*: um roteiro para a reforma dos auxílios estatais 2005-2009 (itálico nosso).

23 Deve dizer-se que esta estratégia da Comissão foi coroada de sucesso. Actualmente os Estados-membros dedicam a maior parte (90%) dos seus auxílios a objectivos de natureza horizontal.

24 Regulamento (CE) n.º 994/98 do Conselho, de 7 de Maio de 1998, relativo à aplicação dos artigos 107.º e 108.º do Tratado da União Europeia a determinadas categorias de auxílios estatais horizontais.

25 Cf. Almeida, 2002: 358-363.

ciosamente, caso a caso, os projectos de auxílios e mesmo da própria análise preventiva nos casos em que era aplicável um regulamento de isenção²⁶.

A progressiva europeização da política de auxílios, juntamente com o reforço dos meios processuais necessários à sua efectiva concretização, mudou o eixo das preocupações dos Estados. Agora a questão já não é mais ignorar ou contrariar as consequências indesejáveis do controlo dos auxílios pela Comissão. Agora a questão politicamente relevante é os Estados terem de conformar a sua actuação económica de acordo com os auxílios que a Comissão considera compatíveis com o mercado interno.

2.1. A questão da competência da Comissão na definição positiva da política de auxílios de Estado

A utilização de normas de *soft law* na determinação material da política de auxílios de Estado equivale a conceder à Comissão um poder de controlo e direcção sobre a política económica dos Estados-membros. Sobre toda e qualquer medida configurável como auxílio de Estado a Comissão teria um «*droit de regard*». Tendo-se tornado os auxílios, com a realização do mercado único, praticamente na única forma de os Estados apoiarem selectivamente as suas economias, compreende-se pois a oposição por parte da doutrina mais atenta²⁷ e de alguns Estados-membros²⁸ a uma concepção tão ampla do controlo dos auxílios.

De acordo com a *Monopolkommission*²⁹, tanto a inserção sistemática da regulação dos auxílios de Estado no TFUE, como o próprio teor literal do artigo 107.º, n.º 1, sugerem fortemente que o único fim do controlo dos auxí-

26 Blauburger, 2009a: 726, Blauburger, 2009b: 13-14.

27 Cf. Koenig, Kühling & Ritter, 1999: 517, 519; Möschel, 2008: 40. De acordo com Wolfer, 2008: 81, "Die Kommission darf daher nicht in Rahmen der Beihilfeaufsicht eigene beihilfe-, struktur- bzw. Wirtschaftspolitische Vorstellungen verwirklichen".

28 O Governo alemão (Bundesregierung der Bundesrepublik Deutschland, 2005: 2) defendeu expressamente a ideia de que o controlo europeu dos auxílios tem como única finalidade a protecção do mercado interno e não a defesa de um eficiente emprego dos recursos públicos por parte dos Estados-membros. A estes caberá empregar regrada e eficientemente o dinheiro dos impostos, bem como cuidar da implementação e da avaliação dos auxílios. Tendo em atenção a repartição de poderes actualmente existente na União, a Comissão não tem competência, nem para alocar recursos, nem para harmonizar as políticas legais e financeiras, nem, por último, para apreciar as políticas nacionais de auxílios. Vide Basedow, et al., 2008b: 421-422 ou Basedow, et al., 2008a: 17-18.

29 A *Monopolkommission* é um órgão independente, que tem funções consultivas junto do Governo alemão nos domínios da política de concorrência e de regulação (telecomunicações, energia, correio e caminhos de ferro). Vide: <http://www.monopolkommission.de/aufgaben.html>.

lios de Estado é o de proteger a concorrência no mercado interno. Por um lado, no TFUE, os auxílios estão regulados na Secção II (As regras aplicáveis às empresas) do Capítulo I (Normas de concorrência) do Título VII (As regras comuns relativas à concorrência, à fiscalidade e à aproximação das legislações). Por outro lado, o artigo 107.º, n.º 1, refere expressamente a distorção da concorrência e a afectação do comércio como elementos fundamentais para qualificar uma medida como auxílio de Estado.

A própria inserção sistemática no Tratado de Lisboa das normas sobre auxílios de Estado «obriga» ainda a que estas sejam lidas e interpretadas em conjunto com as normas que disciplinam a concorrência entre empresas, que regulam os acordos restritivos da concorrência e o abuso de posição dominante, as quais têm como finalidade a protecção do bem concorrência.

Para além do mais, na União a política económica permanece e permanecerá em grande medida nas mãos dos Estados.

Tudo somado, parece-nos correcta a concepção que defende que o controlo dos auxílios tem como única finalidade impedir a actividade subvencional dos Estados na estrita medida em que esta possa dar azo a distorções da concorrência junto dos outros Estados, porquanto tal poderia impedir a realização do mercado interno, que justamente constitui, de acordo com o artigo 3.º, n.º 3, do Tratado de Lisboa, um dos principais fins da União³⁰.

No estado actual de evolução da União Europeia, a Comissão não tem competência no domínio da política económica geral, não lhe cabendo, por isso, quaisquer poderes de controlo dos orçamentos nacionais, a não ser no que toca à fiscalização do cumprimento pelos Estados dos critérios de Maastricht e do Pacto de Estabilidade e Crescimento³¹. Consequentemente, não

30 Vide "Protocolo (n.º 27) – Relativo ao mercado interno e à concorrência".

O Tratado de Roma estabelecia no seu artigo 3.º, n.º 1, al. g), que a realização dos fins da Comunidade, nomeadamente o mercado comum, se faria, entre outras medidas, mediante o estabelecimento de um regime que garantisse que a concorrência não seria falseada no mercado comum.

O Tratado de Lisboa consagrou uma norma idêntica. Contudo essa norma não faz parte do corpo principal do Tratado de Lisboa, tendo ficado prevista num Protocolo que ficou em anexo ao Tratado (Protocolo n.º 27). À parte o sinal político negativo de tal alteração, na medida em sugere uma relativa desvalorização política e material da importância da concorrência na realização do mercado único, as coisas permanecem do ponto de vista jurídico fundamentalmente inalteradas. Os Protocolos que acompanham o Tratado de Lisboa têm efeitos jurídicos obrigatórios e o mesmo grau hierárquico que as normas que fazem parte do Tratado de Lisboa. Consequentemente, a finalidade do controlo dos auxílios continua a ser a protecção da concorrência no mercado interno.

31 Esta afirmação terá de ser entendida de ora em diante *cum grano salis*, mesmo revista, dado que em Setembro do corrente ano os Estados-membros acordaram em enviar em tempo útil aos parceiros as grandes linhas dos seus orçamentos do Estado de modo a permitir-lhes pronunciar-se antes da aprovação

é da competência da Comissão controlar o bom ou mau uso que os Estados fazem dos seus recursos. À Comissão não pertence cuidar da virtude dos Estados, salvando-os da sua real ou presumida incompetência³².

Enquanto tal competência não for atribuída à Comissão, são os Estados-membros quem tem o dever, se assim o entenderem, de se dotarem de mecanismos institucionais e de regulação, com vista a impedir os efeitos económicos prejudiciais causados por uma ineficiente utilização dos auxílios.

2.2. A definição positiva da política de auxílios de Estado pela Comissão

2.2.1. *Os conflitos entre os Estados e a Comissão*

A intervenção da Comissão na determinação material da política dos auxílios é propícia a conflitos entre aquela e os Estados. Estes conflitos são fundamentalmente de dois tipos. O primeiro prende-se, desde logo, com a questão prévia da própria definição de auxílio de Estado e dos domínios da actividade económica sujeitos à disciplina dos auxílios de Estado. O segundo tipo de conflitos incide sobre a problemática dos auxílios que podem ser considerados compatíveis com o mercado interno.

2.2.1.1. *Conflitos acerca da proibição dos auxílios de Estado. A importância da definição do conceito de auxílio de Estado e dos domínios da actividade económica sujeitos à disciplina dos auxílios de Estado*

O controlo dos auxílios de Estado só incide sobre aquelas medidas que como tais assim são consideradas. Não existindo auxílio de Estado não há razão para o exercício do controlo da Comissão. Compreende-se assim que, frequentemente, a primeira linha de defesa dos Estados que pretendem con-

formal pelos parlamentos nacionais. Tal significa uma alteração copernicana face ao estado de coisas existente, em que subsistia uma política monetária completamente integrada ao nível da União e políticas económicas nacionais minimamente integradas, pois irá permitir uma maior coordenação das políticas económicas nacionais. Na prática, os 27 países deverão enviar para a Comissão Europeia, durante o mês de Abril, as linhas gerais por que pretendem orientar o orçamento de 2012, antes mesmo de este ser aprovado pelos parlamentos nacionais respectivos. O órgão executivo tem de se pronunciar entre Junho e Julho seguintes e os países serão obrigados a acatar os recados europeus, caso os haja. A medida faz parte de um pacote maior cujo objectivo principal é a coordenação das políticas económicas comunitárias. Vide o jornal Público na Web em http://economia.publico.pt/Noticia/ue-vai-analisar-orcamentos-do-estado-antes-dos-parlamentos-nacionais_1454621 e o periódico Jornal de Notícias na Web em http://jn.sapo.pt/PaginalInicial/Economia/Interior.aspx?content_id=1657253.

32 Spector, 2007: 9. Contudo, como advertem Buendia Sierra e Smulders, "...improving the efficiency of national spending policies may be a very good collateral consequence but is certainly not a core function of EU State aid control". Cf. Buendia Sierra & Smulders, 2008: 25.

ceder auxílios seja a de considerar que a medida que propõem não constitui um auxílio de Estado sujeito à disciplina europeia.

Ao contrário do que possa parecer à primeira vista, a tarefa dos Estados não está mais facilitada pela inexistência de uma definição de auxílio de Estado³³. O Tratado da União Europeia à semelhança do Tratado de Roma não define o conceito de auxílio de Estado. Na falta de uma definição legal, nem a ciência económica³⁴, nem a ciência jurídica³⁵, nem a Comissão, nem os tribunais europeus, lograram construir um conceito de auxílio unanimemente aceite³⁶. Conscientes provavelmente da impossibilidade de construir um conceito unitário de auxílio e, mesmo, da sua inutilidade ou até prejuízo³⁷, tendo em vista a razão de ser do seu controlo, o caminho seguido pela Comissão e pelos tribunais europeus foi o de, a partir do disposto no artigo 107.º, n.º 1, do TFUE, delimitar um conjunto de elementos que os auxílios deveriam preencher, de forma cumulativa, para poderem ser considerados como tal. A aplicação destes elementos (vantagem económica, selectividade, sacrifício financeiro dos Estados, afectação do comércio entre os Estados e falseamento ou ameaça de falseamento da concorrência) como critério delimitador da existência de auxílios, permitiu à Comissão não só estender o seu controlo a um conjunto de medidas de incentivo dos Estados que vão muito para lá do clássico conceito de subvenção, como não fechar o conceito de auxílio de Estado, o qual permanece um conceito aberto a novos conteúdos, apto a integrar novas medidas de fomento económico, fruto da imaginação criativa dos Estados, no seu esforço para escapar ao controlo da Comissão³⁸.

33 Cf. Rodi, 2000: 29: “Es gibt keinen allgemeinverbindlichen Begriff der Subvention”.

34 Numa monografia publicada em 1974, A.R. Prest deu conta do seu estado de convencimento acerca do que era um auxílio ou subsídio, antes mesmo de se dedicar ao seu estudo aprofundado. Todavia, depois da leitura de alguma da literatura existente sobre o tema, a sua segurança desapareceu. «Before reading this mass of literature I had the delusion that I knew what a subsidy was; now I am no longer so sure. It may be that others will be in the same position». Cf. Prest, 1974: 11. Esta questão não perdeu actualidade, dado que em 2010 Rubini também se referia ao carácter ilusório da definição de auxílio, mesmo que limitada ao âmbito mais estrito do artigo 87.º, n.º 1 (actualmente 107.º, n.º 1). Ver Rubini, 2009: 1 e segs. Sobre o conceito de subvenção ver também, entre outros, Staiger, 2009: 8 e segs.

35 Arpio Santacruz, 2000: 57-59.

36 Arpio Santacruz, 2000: 49-63, Harden, 1993: 13.

37 “Der Grenzertrag der Diskussion um den Subventionsbegriff tendiert gegen Null, nicht selten ist er negativ”, Andel, 1969: 4.

38 “Ausweitung des Beihilfenbegriff”, Kerber, 1997: 54.

Apesar de o Tribunal de Justiça ter reiteradamente afirmado que a Comissão não dispõe de poderes discricionários quando procede à interpretação do artigo 107.º, n.º 1, o facto é que, na realidade, a Comissão goza de uma ampla liberdade interpretativa na concretização das condições que delimitam o conceito de auxílio de Estado³⁹. A relativa abertura e imprecisão do artigo 107.º, n.º 1, foi ao longo dos anos densificada por uma abundante jurisprudência, particularmente quanto aos conceitos de vantagem económica, selectividade e origem estadual dos recursos públicos⁴⁰. Não obstante os méritos da actividade jurisprudencial de densificação do conceito de auxílio de Estado, são ainda hoje relativamente frequentes os conflitos entre os Estados e a Comissão acerca da noção de auxílio de Estado.

Os conflitos entre a Comissão e os Estados são também frequentes naqueles domínios da actividade económica que em virtude dos movimentos de liberalização e desregulamentação, passaram a estar submetidos ao regime da concorrência e ao regime de controlo dos auxílios de Estado. A sujeição destes domínios (água, gás, energia eléctrica, comunicações, saúde, educação, transportes aéreos, serviços financeiros, etc.) às leis do mercado, não eliminou o carácter político e socialmente sensível de muitos deles⁴¹. Apesar de os Estados terem renunciado ao exercício de uma actividade directa no todo ou parte destes domínios, tal não significa que se tenham alheado de os tutelar e influenciar, porquanto os interesses que os tinham levado a intervir nesses sectores permanecem. Assumem aqui particular importância os serviços de interesse económico geral, que o próprio artigo 106.º, n.º 2, considera não estarem sujeitos às regras de concorrência sempre que esteja em causa o cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. Assim, não são de admirar, neste particular, os conflitos recorrentes entre os Estados e as autoridades comunitárias⁴².

2.2.1.2. Conflitos acerca dos auxílios de Estado compatíveis

Sabemos já que o TFUE não prevê uma proibição absoluta de auxílios de Estado. As medidas já qualificadas como um auxílio de Estado, em princípio

39 Heidenhaim, 2003: 17 e segs.

40 Braun & Kühling, 2008, 465-466.

41 Rawlinson, 1993: 56 e segs.

42 Jennert, 2005: 20-21. Cf., a propósito, o acórdão *Altmark* que veio contribuir para o esclarecimento das condições em que a intervenção do Estado deveria ser considerada um auxílio de Estado.

incompatíveis com o mercado interno, podem no entanto ser consideradas compatíveis, ao abrigo do n.º 2 ou do n.º 3 do artigo 107.º.

Os conflitos são maiores e mais complexos quando está em causa a aplicação do n.º 3 do artigo 107.º. O artigo 107.º, n.º 2, não coloca especiais problemas de interpretação, dado que a Comissão não dispõe de poderes discricionários quando o aplica. Apenas terá de verificar se a situação de facto preenche alguma das situações aí previstas. Já de acordo com o artigo 107.º, n.º 3, a Comissão pode considerar compatível com o mercado interno os auxílios que respeitam os pressupostos exigidos nalguma das suas várias alíneas⁴³. A Comissão não verifica simplesmente se os auxílios a instituir cabem dentro do estatuído no artigo 107.º, n.º 3. A Comissão procede com autonomia a uma ponderação das vantagens dos auxílios na realização de algum interesse ou valor da União (eficiência, coesão, protecção do ambiente, investigação, protecção de bens culturais, etc.), por contraposição ao prejuízo para a concorrência que a sua concessão necessariamente acarreta. Se este exercício de ponderação for positivo, a Comissão decide pela compatibilidade do auxílio com o mercado interno, se não, decide que o auxílio é incompatível. A decisão da Comissão supõe, ao menos implicitamente, a adopção de um parâmetro (*standard*) de avaliação, de acordo com o qual ela se decide pela compatibilidade ou pela incompatibilidade do auxílio. Este parâmetro pode, em abstracto, ser a protecção objectiva do bem concorrência, a protecção subjectiva dos concorrentes prejudicados, a redução da despesa pública dos Estados, o bem-estar dos consumidores, o bem-estar dos produtores ou o bem-estar de ambos em contraponto ao bem-estar dos contribuintes. Ora, não existe acordo no direito dos auxílios sobre qual o parâmetro decisivo⁴⁴.

Também permanece objecto de controvérsia científica a própria razão de ser da intervenção dos Estados na economia. Mesmo aceitando como boa a concepção neoclássica para a intervenção dos Estados na economia, segundo a qual a intervenção só se justifica por razões de eficiência ou de equidade, nem assim os problemas deixam de existir, porque também aqui não existe unanimidade sobre os conceitos, quer de eficiência, quer de equidade, bem como sobre o modo de actuar.

43 Koenig, Kühling & Ritter, 2005: 143 e segs.

44 Para uma análise das possíveis finalidades do controlo dos auxílios e dos parâmetros de controlo, ver Martin & Strasse, 2005.

O próprio teor literal das várias alíneas do artigo 107.º, n.º 3, deixa lugar a uma grande margem de incerteza quanto aos auxílios que devem ser considerados compatíveis. De acordo com o artigo 107.º, n.º 3, podem ser considerados compatíveis com o mercado interno as seguintes categorias de auxílios:

- os auxílios destinados a promover o desenvolvimento económico de regiões em que o nível de vida seja *anormalmente baixo* ou em que exista *grave situação de subemprego*, bem como o desenvolvimento das regiões referidas no artigo 349.º, *tendo em conta a sua situação estrutural, económica e social* (al. a) [itálico nosso];

- os auxílios destinados a fomentar a realização de um *projecto importante de interesse europeu comum*, ou a sanar uma *perturbação grave da economia de um Estado-membro* (al. b) [itálico nosso];

- os auxílios destinados a facilitar o desenvolvimento de *certas actividades ou regiões económicas*, quando não alterem as condições das trocas comerciais de maneira que contrariem o interesse comum (al. c) [itálico nosso];

- os auxílios destinados a *promover a cultura e a conservação do património*, quando não alterem as condições das trocas comerciais e da concorrência na União num sentido contrário ao interesse comum (al. d) [itálico nosso].

A interpretação e concretização de conceitos e expressões, tais como: «nível de vida seja *anormalmente baixo* ou em que exista *grave situação de subemprego*», «*projecto importante de interesse europeu comum*», «*perturbação grave da economia de um Estado-membro*», «desenvolvimento de *certas actividades ou regiões económicas*» são de molde a criar sérios conflitos entre os Estados e a Comissão.

A existência de conflitos a propósito do controlo dos auxílios não se verifica somente entre os Estados e a Comissão. Também dentro da própria Comissão são frequentes os conflitos entre a Direcção-Geral da Concorrência, cujo objectivo é a promoção e defesa da concorrência, que tem a seu cargo o controlo dos auxílios e outras direcções gerais, nomeadamente aquelas que intervêm no campo da política regional e da política industrial e perseguem outros objectivos. Assim, a Direcção-Geral da Política Regional tem repetidamente criticado a Direcção-Geral da Concorrência por esta não dar muita importância aos efeitos promocionais e redistributivos positivos dos auxílios de Estado regionais⁴⁵. Por seu lado, a Direcção-Geral das Empresas e

45 Cf. Lavdas & Mendrinou, 1999: 40.

da Indústria tem propugnado por um controlo menos restritivo dos auxílios destinados à investigação, ao desenvolvimento e à inovação⁴⁶.

Não obstante os conflitos internos, a Comissão tem-se esforçado por falar a uma só voz nas negociações com os Estados-membros. Os projectos de novas regulamentações sobre os auxílios ou a revisão das que estão em vigor são discutidos internamente antes de os Estados-membros serem consultados. Depois de chegar a uma posição a Comissão defende-a em termos positivos (“interesse comum”; “soluções vantajosas”⁴⁷). Nos relatórios sobre a política de concorrência, a Comissão tem repetidamente negado a existência de conflitos entre a política de concorrência e a política regional ou a política industrial⁴⁸.

Do exposto resulta que a Comissão se tem julgado competente não só para decidir sobre a compatibilidade dos auxílios mas também para decidir quais os auxílios que considera *a priori* como compatíveis. A Comissão tem vindo assim a assumir um papel proactivo e não reactivo no controlo dos auxílios, procurando criar uma política europeia de auxílios de Estado ao serviço de valores europeus⁴⁹.

A reacção dos Estados aos esforços da Comissão no sentido de criar uma política europeia de auxílios começou por ser negativa. Em 1966 e 1972 a Comissão fez ao Conselho duas propostas de regulação dos auxílios com base no artigo 94.º do Tratado de Roma (hoje artigo 109.º do TFUE), as quais foram recusadas. O progressivo endurecimento do controlo dos auxílios iniciado pela Comissão nos fins dos anos 80 levou os Estados a adoptar uma atitude mais positiva acerca da regulação dos auxílios, que, contas feitas e independentemente da competência ou da legitimidade da Comissão, melhoravam a certeza jurídica e contribuía para uma redução dos conflitos, mantendo apesar de tudo a possibilidade de os Estados decidirem acerca de auxílios.

2.2.2. *A gestão e resolução dos conflitos por meio de soft law e por meio de hard law*

Os conflitos entre a Comissão e os Estados, quer a propósito da determinação do conceito de auxílio de Estado, quer em relação aos auxílios que devem

46 Maincent & Navarro, 2006: 46-48.

47 Vide o Plano de acção no domínio dos auxílios estatais. Na língua inglesa utilizam-se as expressões “common interest” (ponto 40) e “win-win development” (pontos 9, 10, 11).

48 Comissão Europeia, 1973: 3.

49 Jestaed & Scwheda, 2003: 193; Oldale & Henri, 2009: 16-17.

ser considerados compatíveis, podiam em abstracto ser geridos e resolvidos caso a caso ou, pelo contrário, recorrendo a normas gerais e abstractas, na forma de *soft law* ou plasmadas em regulamentos a adoptar pelo Conselho sob proposta da Comissão.

A resolução dos conflitos caso a caso permitia à Comissão actuar de forma flexível, em resposta às exigências do momento. Contudo não garantia transparência, previsibilidade e segurança jurídicas, no grau tido como necessário a uma correcta aplicação do regime europeu dos auxílios⁵⁰, não sabendo frequentemente os Estados, *a priori*, com razoável grau de certeza qual seria a posição da Comissão sobre os auxílios que queriam conceder. Por outro lado, a abordagem casuística tornou a Comissão mais vulnerável às pressões dos Estado-membros poderosos.

Compreende-se assim que a Comissão tenha submetido ao Conselho duas propostas de regulação dos auxílios, uma em 1966 e a outra em 1972, que, no entanto, foram ambas recusadas. A recusa pelo Conselho em dar seguimento às propostas da Comissão deveu-se a um conjunto variado de razões, desde uma visão de curto prazo dos interesses nacionais por parte dos Estados, ao facto de muitos dos auxílios terem somente justificação política e, finalmente, aos receios dos Estados em sujeitar-se a obrigações claras que limitariam forçosamente o seu arbítrio na concessão de auxílios⁵¹.

A estratégia seguida pela Comissão, em face da recusa do Conselho, foi a de adoptar normas de carácter geral e abstracto sem valor jurídico obrigatório (*soft law*), na forma, entre outras, de comunicações, cartas, linhas directrizes e enquadramentos. Através destes instrumentos normativos a Comissão foi definindo positivamente o seu próprio entendimento sobre que auxílios os Estados deveriam conceber e concretizar⁵². As limitações que a falta de regulação podiam teoricamente criar à actuação da Comissão tornaram-se afinal numa vantagem, dado que a recusa do Conselho significou paradoxalmente uma maior liberdade e poder daquela na definição da política europeia de auxílios, porquanto a adopção de comunicações, cartas, enquadramentos ou

⁵⁰ Cini, 2001: 199 e segs.

⁵¹ Lavdas & Mendrinou, 1999: 27.

⁵² Só a partir de 1998, com a adopção pelo Conselho do Regulamento n.º 994/98, a Comissão recorreu a instrumentos de *hard law*.

linhas directrizes, ou seja, de *soft law*, não necessitava da aprovação expressa dos Estados⁵³.

Apesar de não terem força obrigatória de *per se*, constituindo como que recomendações, não deixavam de ter na prática efeitos jurídicos, determinando quer a conduta da Comissão, quer a actuação dos Estados.

A Comissão está juridicamente obrigada a respeitar as normas que previamente aprovou⁵⁴, tendo já os tribunais europeus em mais de uma ocasião anulado decisões da sua autoria com base numa deficiente aplicação de normas de *soft law*⁵⁵. Os tribunais europeus têm para lá disso contribuído para reforçar a sua força normativa não reavaliando as decisões que as concretizam.

As normas de *soft law* não vinculam directamente os Estados. Contudo, estes estão obrigados na prática a tomá-las em linha de conta sempre que for de esperar que a Comissão irá decidir a compatibilidade do auxílio em causa de acordo com normas de *soft law*.

Os conflitos entre os Estados e a Comissão a propósito dos auxílios de Estado não desapareceram com a regulação por meio de *soft law*. Simplesmente deslocaram-se parcialmente dos casos individuais para a regulação por meio de *soft law*, discutindo-se agora a própria regulação em si mesma tendo em atenção o seu objecto e finalidade. Neste sentido, podemos dizer que na medida em que os conflitos se deslocam para montante, ao nível da modulação da regulação, tendem a diminuir a jusante, aquando da concreta aplicação da regulação ao caso concreto⁵⁶.

2.2.2.1. O conteúdo material das normas de *soft law*

A intervenção da Comissão no domínio da regulação dos auxílios por meio de normas de *soft law* conheceu diversas fases.

Numa primeira fase, as normas de *soft law* tinham um cariz marcadamente negativo. Os diplomas de *soft law* buscavam a sua razão de ser directamente na realização de algum dos fins previstos nas alíneas do artigo 92.º, n.º 3, do Tratado de Roma⁵⁷, em particular da alínea *c*), destinando-se consequente-

53 Lavdas & Mendrinou, 1999: 30.

54 Mestmäcker & Schweiter, 2004: 10. Kapitel: Beihilfen, § 44, Rn 19.

55 Vide Acórdão Hércules c. Comissão, de 17.12.1991, proc. T-7/89, cons. 53-54.

56 Blauberger, 2009a: 726.

57 Que passou depois sem modificações de maior a artigo 87.º, estando ainda em vigor o Tratado de Roma e, por último, a artigo 107.º do TFUE.

mente a regular sectores específicos ou regiões determinadas⁵⁸. Em 1971, a Comissão aprovou os primeiros instrumentos de *soft law*, um relativo aos têxteis e o outro atinente ao vestuário⁵⁹. Normas de *soft law* sobre auxílios regionais foram pela primeira vez aplicadas pela Comissão a partir de 1972⁶⁰.

Exceptuando a publicação de uma Carta, na qual a Comissão fazia menção de aplicar a partir de 1975 normas de *soft law* no domínio dos auxílios ao meio ambiente⁶¹, o controlo dos auxílios só voltou a ganhar vigor na segunda metade dos anos 80. Em 1986 a Comissão publicou o primeiro enquadramento sobre auxílios de Estado à investigação e desenvolvimento, no qual a Comissão adoptou uma atitude mais positiva face ao controlo dos auxílios de Estado⁶². Este enquadramento foi posteriormente revisto de forma a incluir os auxílios relacionados com a inovação, que a Comissão justificou como fazendo parte da Estratégia de Lisboa⁶³. De igual modo, os auxílios às pequenas e médias empresas tornaram-se a partir do final dos anos 80 uma preocupação maior para a Comissão. A Comissão ainda recentemente, aquando da revisão do enquadramento comunitário dos auxílios estatais a favor do ambiente, num questionário que dirigiu às partes interessadas perguntou se categorias adicionais de auxílios, tais como a saúde dos civis e a sua envolvente (em inglês no original, “safety of civilians and their environment”) ou a saúde dos consumidores deveriam ser introduzidas.

A Comissão no Plano de Acção no Domínio dos Auxílios Estatais propôs uma redução dos auxílios e a sua reorientação para os objectivos da Estratégia de Lisboa (menos auxílios estatais e mais orientados) em sintonia com o apelo feito no Conselho Europeu de Novembro de 2004. Contudo, o Plano de Acção concedeu maior importância ao objectivo de redireccionar os auxílios do que ao esforço de redução do seu montante. No intuito de colocar os auxílios de Estado ao serviço da Estratégia de Lisboa, de criação de mais crescimento e emprego, a Comissão definiu ela própria as prioridades das políticas de auxílios, que seriam, de acordo com o Conselho Europeu de

58 Artigo 92.º, n.º 1, al. c): “Os auxílios destinados a facilitar o desenvolvimento de certas actividades ou regiões económicas...”.

59 Comissão Europeia, 1971a; Comissão Europeia, 1971c: § 172.

60 Comissão Europeia, 1971b.

61 Comissão Europeia, 1974.

62 Cini & McGowan, 1998: 153.

63 Blauberger, 2009a: 727.

Março de 2005, a redução do nível geral dos auxílios estatais e a sua reafecção a favor de certos objectivos horizontais⁶⁴, tais como o reforço da inovação e da investigação, promoção da sociedade de conhecimento, criação de um ambiente favorável aos negócios e ao empreendedorismo, promoção de um futuro ambientalmente sustentável, reforço da coesão social, protecção do ambiente, promoção do emprego, etc.

A Comissão estabeleceu no Plano de Acção, na sua parte final, um calendário indicativo, para o período 2005 a 2009, que previa a revisão global das normas vigentes no domínio dos auxílios de Estado quer as normas *hard law*, quer as normas *soft law*.

O Plano de Acção, na medida em que quer redireccionar os auxílios para objectivos horizontais, está na linha da actuação da Comissão de um afastamento progressivo da letra do Tratado nas propostas de regulação dos auxílios de Estado, quer se trate de *hard law* quer se trate de *soft law*. A Comissão tem vindo assim a estabelecer as suas prioridades em matérias de auxílios de forma cada vez mais independente do preceituado no Tratado, criando a sua própria agenda, a qual em alguns casos só com muito esforço poderá considerar-se directamente baseada no disposto no artigo 107.º, n.º 3, do TFUE.

A agenda da Comissão reflecte naturalmente a sua concepção acerca da política dos auxílios. Assim, a Comissão considerou que os auxílios horizontais seriam preferíveis aos auxílios sectoriais, não porque o Tratado não os preveja, não porque o Tratado dê prioridade ou considere preferíveis os auxílios horizontais aos sectoriais, mas porque a Comissão considerou os primeiros não só menos distorçores da concorrência, mas também mais adequados à consecução dos objectivos de interesse comum, definidos como tais por si. Note-se a propósito que a distinção entre auxílios horizontais e auxílios sectoriais, que assimila os primeiros a auxílios menos distorçores da concorrência que os segundos, não é em si mesma isenta de equívocos. Assim, os auxílios à reestruturação não discriminam sectores de actividade, mas constituem auxílios particularmente distorçores da concorrência, sendo por isso considerados pela Comissão auxílios sectoriais. Já os auxílios regionais que obviamente dis-

64 “O Conselho Europeu de Março de 2005 convidou os “Estados-Membros a prosseguirem numa via de redução do nível geral dos auxílios estatais, sem deixar de ter em conta as eventuais falhas dos mercados. Este movimento deve ser acompanhado de uma reafecção dos auxílios em benefício do apoio a determinados objectivos horizontais, como a investigação e a inovação e a valorização do capital humano”. Ponto 14 do Plano de Acção.

crimnam regiões favorecendo umas em detrimento de outras, são apesar de tudo incluídos no rol dos auxílios horizontais.

A definição de objectivos para os auxílios por parte da Comissão para a União Europeia no seu conjunto coloca problemas de vária índole aos Estados. Os Estados têm de provar que os auxílios que pretendem executar estão de acordo com os objectivos previamente definidos pela Comissão. A noção de interesse comum ganhou uma dimensão positiva que não estava nem na letra, nem no espírito do Tratado, o que tornou mais exigente a prova que os Estados estão obrigados a fazer de que os auxílios que pretendem implementar estão de acordo com o disposto no artigo 107.º, n.º 3, do TFUE.

Os Estados têm de provar que os auxílios são necessários, adequados e proporcionais à prossecução dos objectivos de interesse comum definidos previamente pela Comissão.

A Comissão considera que a intervenção dos Estados por meio de auxílios só se justifica caso exista uma falha de mercado ou esteja em causa um objectivo de interesse comum. Os Estados estão obrigados a demonstrar que os objectivos de interesse comum não poderiam ser atingidos pelo simples funcionamento dos mercados ou, no limite, por outro meio ao dispor do Estado menos distorçor da concorrência que os auxílios (necessidade)⁶⁵.

Os auxílios têm de revelar-se adequados à realização dos objectivos pretendidos, criando um efeito de incentivo nos beneficiários dos auxílios de forma a provocar uma alteração no seu comportamento (adequação).

Os auxílios têm de ser proporcionais, não podendo ser concedidos para lá do estritamente necessário para a compensação da falha de mercado ou a realização do objectivo de interesse comum (proporcionalidade).

Os benefícios dos auxílios têm de revelar-se globalmente superiores aos efeitos negativos que provocarão na concorrência e no comércio europeus⁶⁶.

2.2.2.2. *O conteúdo material das normas de hard law*

O artigo 89.º [actualmente 109.º TFUE] do Tratado de Roma atribuía ao Conselho um poder de carácter normativo, autorizando-o a editar regulamentos, cujo fim era unicamente o de facilitar a execução dos artigos 87.º e 88.º [actualmente 107.º e 108.º TFUE], determinando em especial as condições de aplicação do artigo 88.º, n.º 3 [actualmente 108.º, n.º 3, TFUE], bem

65 Por exemplo, por meio de regulação normativa.

66 Friederiszick, Röller & Verouden, 2007: 165; Friederiszick, 2008: 57-59.

como os auxílios que ficam isentos da obrigação de notificação. Só em 1998 o Conselho exerceu os seus poderes, editando o Regulamento n.º 994/98 do Conselho de 7 de Maio de 1998⁶⁷, marcando uma nova era no direito dos auxílios de Estado. Pela primeira vez, o Conselho fez uso da competência que detinha, por força do artigo 89.º, para adoptar regulamentos de aplicação dos artigos 87.º e 88.º. Mas que razões terão levado a que durante tanto tempo o Conselho não tenha feito uso de um tal poder, de grande importância para o desenvolvimento e a correcta aplicação do regime jurídico comunitário, em sede de auxílios estatais?⁶⁸ É certo que a Comissão não ficou inactiva, tendo em 1966 submetido ao Conselho uma proposta de regulamento fixando certas condições e modalidades de aplicação do exame preventivo dos projectos de ajudas. Apesar destas tentativas, a Comissão depressa se apercebeu das vantagens desta situação de vazio legal⁶⁹.

67 JOCE L 142 de 14 de Maio de 1998.

68 Sobre o tema ver, entre nós, Almeida, 2002.

69 Muito curiosa foi a resposta, em Outubro de 1990, do Comissário encarregado das questões de concorrência, Sir Leon Brittan, a uma carta do ministro italiano da Indústria, M. A. Battaglia, convidando a Comissão a submeter ao Conselho uma proposta de regulamento com o fim de definir com precisão as condições de aplicação dos artigos 87.º e 88.º do Tratado de Roma:

“Eu não posso partilhar o vosso sentimento de que a falta de um regulamento do Conselho provoque uma muita elevada incerteza no domínio dos auxílios à indústria. A Comissão tem sempre informado e, quando tal seja necessário, consultado os Estados-membros a propósito da sua política. Ela não se tem poupado a desenvolver esforços para conseguir a maior transparência possível, publicando entre outros, ‘guidelines’ e enquadramentos sobre numerosos aspectos da política de auxílios. O Tribunal de Justiça tem igualmente clarificado um grande número de questões tanto no que toca a matéria processual (por exemplo, o prazo de dois meses para avaliar os casos dos auxílios notificados), como no que toca a questões de fundo (por exemplo, a definição de auxílio e a determinação dos factores que devem ser tomados em conta para avaliar a compatibilidade do auxílio). Através dos seus acórdãos, o Tribunal de Justiça tem desenvolvido um *corpus* jurisprudencial que obriga tanto a Comissão como os Estados-membros.

Como já o tinha explicado antes, o Tratado estabelece uma separação clara em matéria de auxílios de Estado, entre os poderes da Comissão e os do Conselho. Por esta razão não penso que os autores do Tratado tenham querido confiar aos Estados-membros um poder de decisão ao nível da formulação dos critérios e dos princípios de avaliação dos auxílios. A própria formulação do artigo 94.º [actualmente 109.º TFUE] visa simplesmente os regulamentos de aplicação, na medida em que os artigos 92.º e 93.º [actualmente 107.º e 108.º TFUE] compreendem já um conjunto relativamente completo de regras, tanto processuais como materiais. Tais regulamentos de aplicação não poderiam senão completar ou precisar as regras próprias do Tratado; eles não as poderiam modificar. Um regulamento baseado no artigo 94.º [actualmente 109.º TFUE], não poderia pois limitar o campo de aplicação do artigo 92.º [actualmente 107.º TFUE], nem a competência da Comissão, tal como se encontra definida no artigo 93.º [actualmente 108.º TFUE]. Além disso, as numerosas decisões tomadas pela Comissão no passado, assim como a jurisprudência do Tribunal de Justiça, levam-me a pensar que não há nenhuma necessidade aparente para a Comissão de apresentar uma proposta na base do artigo 94.º [actualmente 109.º TFUE] do Tratado (...).

Depois de ter examinado atentamente as consequências tanto institucionais como práticas de um recurso ao artigo 94.º [actualmente 109.º TFUE] e considerando que os objectivos da segurança jurídica e da transparência podem ser realizados prosseguindo na prática já bem estabelecida dos diálogos bilaterais e multilaterais e das consultas no quadro do processo de decisão, eu próprio cheguei à conclusão de que

Parece pois evidente que um tal sistema satisfizes a Comissão, fazendo dela o actor por excelência no âmbito dos auxílios de Estado e deixando-lhe as mãos livres na apreciação da compatibilidade dos auxílios. A Comissão foi publicando ao longo dos anos cartas dirigidas aos Estados e ao Conselho, linhas directrizes, enquadramentos, comunicações, utilizando também os relatórios anuais sobre a concorrência, que de alguma forma foram suprimindo a falta dos regulamentos do Conselho.

Foi assim possível garantir aos Estados e aos particulares alguma segurança e certeza jurídicas quanto aos auxílios lícitos e aos procedimentos utilizados pela Comissão, dado que esta ficava obrigada a respeitar as suas próprias linhas directrizes e enquadramentos, não as podendo afastar sem mais.

Este estado de coisas também não desagradava aos Estados, permitindo-lhes negociar até certo ponto a aplicação, caso a caso, das regras relativas às ajudas de Estado.

Não obstante, o sistema assim engendrado pela Comissão com a anuência dos Estados tinha fortes limitações⁷⁰.

A crescente complexidade do sistema, apesar das vantagens proporcionadas pela sua reconhecida flexibilidade e informalidade, foi com o correr dos tempos tornando-se mais difícil de gerir. Apesar do esforço de divulgação pela Comissão das linhas orientadoras da sua acção em matéria dos auxílios estaduais, era difícil assegurar às empresas e aos próprios Estados certezas quanto ao alcance exacto de muitas das suas linhas orientadoras. O poder quase-regulamentar da Comissão, do qual esta fez um largo uso, se é verdade que libertou as mãos da Comissão na definição da compatibilidade dos auxílios e no preenchimento das lacunas procedimentais do artigo 88.º do Tratado de Roma, tinha limites que tanto o Tribunal de Primeira Instância (hoje Tribunal Geral), como o Tribunal de Justiça não deixaram de lembrar. Apesar de a Comissão estar vinculada por eles, em caso algum os documentos informais podiam derrogar as normas do Tratado. Apesar de, desde o princípio, as jurisdições comunitárias não colocarem em causa o larguíssimo poder discricionário da Comissão, não deixaram de obrigar a Comissão a respeitar escrupulosamente os direitos procedimentais dos Estados e dos particulares,

não seria apropriado para a Comissão, preparar uma nova proposta de regulamento sobre os auxílios de Estado fundada no artigo 94.º [actualmente 109.º TFUE] do Tratado." Com a devida referência a Struys, Michel L., "Questions choisies de procédure en matière d' aides d' État", in *RTDE*, Paris, n.º 1, 1993, págs. 17-38, em especial, p. 18.

⁷⁰ Struys, 1993: 18.

precisando e ampliando o seu alcance, recorrendo se necessário aos princípios fundamentais.

Dada a escassez de recursos humanos da Comissão e a própria posição da Comissão como único órgão competente para apreciar a compatibilidade dos auxílios, o crescente aumento das notificações dos auxílios e o aumento também em número crescente de queixas propostas pelas empresas concorrentes a propósito dos auxílios ilegais, colocaram em causa a sua capacidade enquanto entidade de controlo dos auxílios. Dada a sua competência exclusiva, ela era obrigada a examinar a totalidade dos projectos, não podendo em consequência dedicar a devida atenção aos mais importantes.

A própria evolução desejável para uma Comunidade de direito tornou insustentável a persistência de normas com contornos incertos e aleatórios, editados de forma difusa, quando além do mais o artigo 89.º [actualmente 109.º TFUE] permitia a possibilidade de regulamentos de aplicação dos artigos 87.º e 88.º [actualmente 107.º e 108.º TFUE].

A aprovação do Regulamento n.º 994/98 do Conselho de 7 de Maio de 1998 apresentou uma tripla vantagem⁷¹. Em primeiro lugar, simplificou o trabalho administrativo da Comissão. Em segundo lugar, emprestou uma relativa segurança jurídica aos Estados e às empresas, ao determinar os auxílios permitidos e os não permitidos. Em terceiro lugar, aumentou a eficácia da política de concorrência, pois será de esperar que os Estados modifiquem os auxílios para os tornarem conformes aos modelos permitidos.

A aprovação do Regulamento n.º 994/98 do Conselho permitiu à Comissão a edição de regulamentos com vista a estabelecer isenções para categorias específicas de auxílios.

Uma primeira vaga de regulamentos abrangeu os auxílios regionais, os auxílios às pequenas e médias empresas, os auxílios ao ambiente e os auxílios *de minimis*. Uma segunda vaga de regulamentos teve por objecto a agricultura e as pescas. Depois, em 2006, a Comissão editou um regulamento sobre auxílios ao investimento regional. Em 2008, a Comissão adoptou um regulamento geral de isenção que substituiu os anteriores⁷². Este regulamento tem duas partes principais. No capítulo I, o regulamento estabelece um conjunto

71 Blumann, 1999: 321.

72 Regulamento (CE) n.º 800/2008 da Comissão, de 6 de Agosto de 2008, que declara certas categorias de auxílios compatíveis com o mercado comum, em aplicação dos artigos 107.º e 108.º do TFUE (Regulamento geral de isenção por categoria).

de princípios gerais comuns às várias categorias de auxílios nele previstas. No capítulo II, o regulamento contém disposições específicas para cada uma das várias categorias de auxílios aí previstas⁷³.

Os regulamentos que resultaram da elaboração da Comissão foram em larga medida baseados nas normas de *soft law* já existentes, gozando a Comissão de uma considerável autonomia na concepção e no desenho dos mesmos.

Para os Estados a existência de regulamentos de isenção tem algumas vantagens. Os Estados são livres para conceder auxílios, sem necessidade de prévia notificação dos mesmos à Comissão. Os auxílios podem ser imediatamente colocados em execução. Os Estados podem conformar com alguma liberdade os auxílios que pretendem executar, conquanto não ponham em causa o disposto nos regulamentos de isenção.

Tendo em mente as vantagens dos regulamentos de isenção compreende-se que os Estados direccionem as suas políticas de auxílios para os domínios em que eles existem.

3. CONCLUSÕES

Parece-nos claro que o controlo dos auxílios de Estado já não pode ser considerado um controlo negativo. O controlo dos auxílios, por força da actuação da Comissão, que em larga medida só foi possível graças à relativa imprecisão das normas do Tratado e à diversidade de preferências dos Estados, ganhou uma dimensão positiva, primeiro com o recurso a normas de *soft law* depois também com normas de *hard law*. Os regulamentos de isenção, independentemente do juízo que se faça, quer sobre a sua legitimidade, quer sobre a bondade das suas soluções materiais, têm constituído um poderoso meio de harmonização da política e do controlo dos auxílios de Estado. Os Estados, em face da alternativa da insegurança das decisões caso a caso, têm optado racionalmente pelo porto seguro proporcionado pelos regulamentos de isenção existentes. Para além do mais, os Estados quando aplicam os regulamentos de isenção ainda conservam alguma margem de manobra, se bem que dentro dos limites materiais estabelecidos nos referidos regulamentos de isenção.

Os tribunais europeus têm no essencial apoiado o controlo dos auxílios tal como tem vindo a ser concebido pela Comissão, não deixando apesar de tudo de impor algumas limitações, sobretudo de carácter processual. Os tribunais

73 Cf. Oldale & Henri, 2009: 116-119.

têm adoptado uma atitude de *self restraint* relativamente às opções materiais seguidas pela Comissão no domínio do controlo dos auxílios.

Este modelo de controlo dos auxílios de Estado, de integração positiva desde cima (*from above*) tem no entanto os seus limites.

Em primeiro lugar, a integração positiva não vai tão longe que se possa dizer que o controlo dos auxílios evoluiu para uma política europeia dos auxílios de Estado. O controlo sobre a política dos auxílios de Estado exercido pela Comissão não fez com que os Estados tivessem perdido toda a capacidade para determinar as suas políticas de auxílios. Os Estados continuam a ter o poder de conceder ou não conceder auxílios, podem escolher a forma, os sectores e as actividades a auxiliar, não podendo ser obrigados pela Comissão a conceder os auxílios que não desejem atribuir.

Em segundo lugar, se bem que a Comissão disponha de uma ampla margem de manobra para criar normas de *soft* ou de *hard law* de acordo com as suas próprias concepções, não tem capacidade para as impor aos Estados, especialmente aos mais poderosos, sempre que estes na sua maioria não as aceitem⁷⁴.

Em terceiro lugar, os limites da integração positiva desde cima estão patentes no facto de os Estados poderem escolher aderir retoricamente às regulações sobre auxílios públicos elaboradas pela Comissão, continuando a conceder auxílios particularmente distorçores. Esta situação é tanto mais provável quanto maior for a imprecisão das regulações editadas pela Comissão, permitindo aos Estados justificar com relativa facilidade a sua concessão⁷⁵.

74 Dois exemplos simples provam-no. A Comissão teve de rever a sua proposta inicial sobre as linhas directrizes para os auxílios regionais dada a oposição manifestada pela França, a Alemanha e o Reino Unido. O segundo exemplo é-nos dado pela regulação dos auxílios às empresas em dificuldade. A Comissão sempre viu com maus olhos este tipo de auxílios dado os efeitos perniciosos que têm sobre a concorrência. Contudo, face à indisponibilidade dos Estados para prescindir destes auxílios, a Comissão foi como que obrigada a aprovar linhas directrizes sobre o salvamento e a estruturação de empresas, preferindo a existência destas regras ao puro e simples não cumprimento por parte dos Estados.

75 Blauburger, 2009a: 733-735.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, João José Nogueira de,
2002 “As Isenções Categoriasais no Domínio das Ajudas de Estado”, in *Boletim de Ciências Económicas*, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. XLV-A, pp. 349-371.
- ANDEL, Norbert
1969 *Subventionen als Instrument des finanzwirtschaftlichen Interventionismus*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- ARPIO SANTACRUZ, Juan L.
2000 *Las Ayudas Públicas ante el Derecho Europeo de la Competencia*, Pamplona s.l.: Aranzadi Editorial.
- BARBERAN ORTÍ, Ramón
2005 “Capítulo 4. – La hacienda pública de la Unión Europea”, in M.^a Galduf, Josep (org.), *Economía da Unión Europea*. Quinta Edición. Navarra: Thomson – Civitas, 2005, pp. 115-144.
- BARBOSA, António Pinto
1997 *Economia Pública*, Lisboa: McGraw-Hill.
- BARTHE, Marie-Annick
2003 *Economie de l'Union européenn*, 2ème édition. Paris: Editions Economica.
- BASEDOW, J., et al.
2008a *The “More Economic Approach” in European State Aid Control – Translated Version of Chapter VI of the Biennial Report 2006/2007*, MonopolKommission. s.l., disponível em http://www.monopolkommission.de/haupt_17/chapteriv_h17.pdf, p. 75.
- 2008b *Weniger Staat, mehr Wettbewerb – Gesundheitsmärkte und staatliche Beihilfen Monopolkommission in der Wettbewerbsordnung – 2006-2007*. Monopolkommission.s.l.,disponível em http://www.wiwi.uni-jena.de/uiw/lehre/wettbewerbbspolitik_10/Monopolkommission_17_Hauptgutachten.pdf, pp. 403-486.
- BLAUBERGER, Michael
2009a “Of ‘Good’ and ‘Bad’ Subsidies: European State Aid Control through Soft and Hard Law”, in *West European Politics*, July de 2009, Vol. 32, pp. 719-737.
- 2009b “From Negative to Positive Integration? European State Aid Control Through Soft and Hard Law“, *MPIfG Discussion Paper 08/4*, disponível em http://www.mpifg.de/pu/mpifg_dp/dp08-4.pdf.fg.de/pu/mpifg_dp/dp08-4.pdf sion Paper 08/4
- 2009c *Staatliche Beihilfen in Europa*, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.

BLUMANN, Claude

1999 “L’emergence de l’exemption catégoriel en matière d’aides d’état : le règlement n.º 994/98 du 7 MAI 1998”, in *R.M.C.U.E.*, 1999, Vol. 428, pp. 319-327.

BRAUN, Jens-Daniel & KÜHLING, Jürgen

2008 “Article 87 EC and the Community Courts: From Revolution to Evolution”, in *Common Market Law Review*, 2008, Vol. 48, pp. 465-498.

BUENDIA SIERRA, José Luis & SMULDERS, Ben

2008 “Chapeter 1 The Limited Role of the ‘Refined Economic Approach’ in Achieving the Objectives of State Aid Control: Time for Some Realism”, in *EC State Aid Law: Liber Amicorum Francisco Santaolalla*. s.l.: Kluwer, pp. 1-26.

BUNDESREGIERUNG DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND

2005 *Stellungnahme der Bundesregierung der Bundesrepublik Deutschland zum ‘Aktionsplan staatliche Beihilfen’*. s.l., disponível em http://ec.europa.eu/competition/state_aid/reform/comments_saap/37982.pdf, p. 9.

CINI, Michelle

2001 “The Soft Law Approach: Commission Rule-Making in the EU’s. State Aid Regime”, in *Journal of European Public Policy*, 2001, pp. 192-207.

CINI, Michelle & MCGOWAN, Lee

1998 *Competition Policy in the European Union*, Houndmills: Macmillan.

COMISSÃO EUROPEIA

1971a *Communication to Member States (SEC(71) 363 final* July.

1971b *Commission Communication OJ C 111, 4.11.1971*.

1971c *First Report on Competition Policy*.

1973 *Information – Competition*, s.l., disponível em: http://aei.pitt.edu/7733/01/31735055262996_1.pdf.

1974 *Commission letter to Member States S/74/30.807*.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán

1983 *La Subvencion: Concepto Y Regimen Jurídico*, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1983.

FRIEDERISZICK, Hans W.,

2008 “Der ‘Refined Economic Approach’ in der Beihilfenkontrolle. Innen- und Aussenansichten”, in Oberender, Peter (org.), *Der “more economic approach” in der Beihilfenkontrolle*, Berlin: Duncker & Humboldt.

FRIEDERISZICK, Hans W., RÖLLER, Lars-Hendrick & VERouden, Vincent

2005 “European State Aid Control: an economic framework”, in Buccirosi, Paolo (org.), *Advances in the Economics of Competition Law*. s.l., disponível em: www.crai.com/Agenda/Roller-state.pdf, 2005.

- 2007 “EC State Aid Control: an Economic Perspective”, in Rydelski, Michael Sanchez (org.), *The EC State Aid Regime: Distortive Effects of State Aid on Competition and Trade*. London: Cameron May, 2007, pp. 145-182.
- HARDEN, Ian
 1993 “Introduction by the project chairman : State aids and the economic constitution of the Community”, in *State Aid: Community Law and Policy*, Köln Bundesanzliger, 1993, pp. 12-18.
- HEIDENHAIM, Martin
 2003 “2. Kapitel – Tatbestand der Beihilfe”, 3 § Allgemeine Grundlagen in *Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts*, München: C. H. Beck, pp. 17-24.
- JENNERT, Carsten
 2005 *Zum Verhältnis von europäischem Beihilferecht und mitgliedstaatlicher Daseinsvorsorge*, Berlin: Carsten Jennert.
- JESTAED & SCWHEDA
 2003 “4. Kapitel – Vereinbarkeit von Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt nach Art. 87 Abs. 3 EG – § 14 Allgemeine Grundsätze”, in Martin Heidenhain (org.), *Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts*, München: C. H. Beck, pp. 191-236.
- KERBER, Wolfgang
 1997 “Die EU-Beihilfenkontrolle als Wettbewerbsordnung: Probleme aus der Perspektive des Wettbewerbs zwischen Jurisdiktionen”, in Cassel, Dieter (org.), *Europäische Integration als ordnungspolitische Gestaltungsaufgabe*. Berlin: Duncker & Humblot, pp. 37-74.
- KOENIG, Christian & KÜHLING, Jürgen
 1999 “Reform des EG-Beihilfenrechts aus der Perspektive des mitgliedstaatlichen Systemwettbewerbs – Zeit für eine Neuausrichtung?“, in *EuZW*, 1999, pp. 517-523.
- KOENIG, Christian, KÜHLING, Jürgen & RITTER, Nicolai
 2005 *EG-Beihilfenrecht*, Frankfurt am Main: Recht und Wirtschaft GmbH.
- KROES, Neelie
 2007 “Foreword”, in Derenne, Jacques & Merola, Maximo (org.), *Economic Analysis of State Aid Rules – Contributions and Limits*, Berlin: The Legal Publisher Lexxion.
- LAVDAS, Kostas A. & MENDRINOU, Maria M.
 1999 *Politics, Subsidies and Competition: The New Politics of State Intervention in the European Union*, Cheltenham: Edward Elgar, 1999.

- LEHNER, Stefan & MEIKLEJOHN, Roderick
 1991 “Parte I – Concurrence équitable dans le marché intérieur: la politique communautaire des aides d’Etat”, in *Economie Européenne*, 1991, Vol. 48, pp. 19-35.
- MAINCENT, E. & NAVARRO, L.
 2006 *A Policy for Industrial Champions: From Picking Winners to Fostering Excellence and the Growth of Firm*, Brussels: European Commission, Enterprise and Industry Directorate-General, disponível em: http://ec.europa.eu/enterprise/newsroom/cf/document.cfm?action=display&doc_id=4187&userservice_id=1.
- MARQUES, Alfredo
 2006 *Economia da União Europeia*, Coimbra: Edições Almedina.
- MARTIN, Stanislas & STRASSE, Christophe
 2005 “La politique communautaire des aides d’Etat est-elle une politique de concurrence?”, in *Concurrences*, 2005, Vol. 3, pp.52-59.
- MEIKLEJOHN, R.
 1999 “Part I – Chapter 1 – The economics of State Aid”, in *European Economy*, 1999, Vol. 3, pp. 25-31.
- MESTMÄCKER, E.,-J. & SCHWEITER, H.
 2004 *Europäisches Wettbewerbsrecht*, Vol. 2, München: Beck.
- MÖSCHEL, Wernhard
 2008 “Der ‘more economic approach’ in der Beihilfenkontrolle – Überlegungen aus juristischer Perspektive”, in Oberender, Peter (org.), *Der “more economic approach” in der Beihilfenkontrolle*, Berlin: Duncker & Humboldt, 2008, pp. 39-48.
- MUSGRAVE, Richard A. & MUSGRAVE, Peggy B.
 1986 *Hacienda Publica Teorica y Aplicada*, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- OLDALE, Alison & HENRI, Piffaut
 2009 “Introduction to State aid law and policy”, in Bacon, Kelyn (org.), *European Community Law of State Aid*, Oxford: 2009, pp. 3-23.
- Lehmkuhl, D.
 2008 “On Government, Governance and Judicial Review: The Case of European Competition Policy”, in *Journal of Public Policy*, Vols. 28, Issue 01, pp. 139-159.
- PORTO, Manuel
 2006 *O Orçamento da União Europeia – As perspectivas financeiras para 2007 – 2013*, Coimbra: Almedina.
 2009 *Teoria da Integração e Políticas Comunitárias*, 4.^a ed., Coimbra: Almedina.

- PORTO, Manuel & ALMEIDA, João Nogueira de
2006 “State Aids in Portugal”, in *Temas de Integração*. 2006, Vol. 22, pp. 181-193.
2007 “State Aids in Portugal”, in Nemitz, Paul F. (org.), *The Effective Application of EU State Aid Procedures – The Role of National Law and Practice*. s.l.: Kluwer Law International, 2007, pp. 343-353.
- PREST, A. R.
1974 *How much subsidy?*, London: The Institute of Economic Affairs.
- RAWLINSON, Frank
1993 The Role of Policy Frameworks, Codes and Guidelines in the Control of State Aid, in Ian Harden. *State Aid: Community Law and Policy*, Köln: Bundesanzeiger, 1993, Part 3: The Commission’s Policy Frameworks, pp. 52-60.
- RODI, Michael
2000 *Die Subventionsrechtsordnung: Die Subvention als Instrument öffentlicher Zweckverwirklichung nach Völkerrecht, Europarecht und deutschem innerstaatlichen Recht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2000.
- RUBINI, Luca
2009 “The ‘elusive frontier’: regulation under EC State aid law”, in *European state aid law quarterly*, 2009, Vol. 8, n. 3, pp. 277-298.
- SCHMIDT, Ingo & SCHMIDT, André
2006 *Europäische Wettbewerbspolitik und Beihilfenkontrolle*, München: Franz vahlen.
- SMITH, Mitchell P.
1998 “Autonomy by the Rules: The European Commission and the Development of State Aid Policy”, in *Journal of Common Market Studies*, 36, issue 1, 1998, pp. 55-78.
- SPECTOR, David
2007 “The economic analysis of State aid control”, in Derenne, Jacques & Maximo, Merola (org.), *Economic Analysis of State Aid Rules – Contributions and Limits* – Berlin: Lexxion, 2007, pp. 7-27.
- STAIGER, Birgit
2009 *Die Kontrolle staatlicher Beihilfen in der Europäischen Union*, Hamburg: Verlag Dr. Kovac.
- STRUYS, Michel L.
1993 “Questions choisies de procédure en matière d’aides d’État”, in *RTDE*, 1993, Vol. 1, pp. 17-38 .
- WEBER, Luc
1997 *L’État, acteur économique* 3, Paris: Economica.

WOLFER, Marcel

2008 *Die vertikale Kompetenzordnung im EG-Beihilfeaufsichtsrecht*, Hamburg: Dr. Kovac.

CRISE FINANCEIRA E AUXÍLIOS DE ESTADO RISCO SISTÊMICO OU RISCO MORAL?

*António Carlos dos Santos**

ABSTRACT: The author analyses the policy of European Union and his Member States concerning state aid to the banking and financial sectors before and after the crisis of 2007-2009. The new policy established by the European Commission in 2008-2009 through soft law instruments (the so-called Communications of Crisis) was obliged to deal with the difficult issues of the systemic risk and the moral hazard. At the end, an interrogation must be done: is it possible to give response to new problems, without change the state aid regulation in the Treaty?

SUMÁRIO: 1. A crise financeira internacional e os seus efeitos. 2. A política europeia de auxílios de Estado ao sector financeiro antes da crise. 3. A aplicação das orientações relativas aos auxílios de emergência à intervenção financeira dos Estados-membros. 4. A consciencialização da União Europeia da importância da crise financeira. 5. Fundamentação da nova estratégia da Comissão. 6. Intervenções excluídas do regime dos auxílios de Estado. 7. Medidas de apoio qualificadas como auxílios de Estado. 8. A Comunicação Bancária. 9. A Comunicação sobre a recapitalização. 10. A Comunicação sobre activos depreciados. 11. A Comunicação sobre a reestruturação. 12. Reflexos da crise financeira na economia real: contração do crédito e apoio ao financiamento das empresas. 13. Observações finais.

* Doutor em Direito. Professor da UAL. Membro do IDEFF/FDL, do SOCIUS/ISEG e do Gabinete de Estudos da OTOC. Jurisconsulto.

“Mas teria chegado a existir uma política anti-crise? Nada mais duvidoso.”

(VITORINO MAGALHÃES GODINHO)

“Il salvataggio delle banche con soldi pubblici è socialismo per i ricchi.”

(JIM ROGERS)

1. A CRISE FINANCEIRA INTERNACIONAL E OS SEUS EFEITOS

Por ser ainda incerto o seu destino, é porventura cedo para se efectuar um balanço da crise bancária e financeira que, desencadeada a partir dos Estados Unidos, rapidamente se transformou em crise económica, social e política global, assolando a Europa com particular violência.

Certo é estarmos perante a maior turbulência desde a crise de 1929-33, uma turbulência imprevista pela teoria económica dominante e, durante muito tempo, desvalorizada pelos poderes públicos¹. Certas são igualmente as consequências que a crise gravou no tecido económico e social, reconhecidas em termos impressionantes pela própria Comissão Europeia (2010a, p. 8):

“A recente crise económica não tem precedentes para a nossa geração. Os progressos graduais do crescimento económico e da criação de emprego verificados durante a última década foram anulados – o nosso PIB desceu 4% em 2009, a nossa produção industrial regressou ao nível dos anos 90 e o desemprego afecta agora 23 milhões de pessoas – ou seja, 10% da nossa população activa. A crise foi um tremendo choque para milhões de cidadãos e expôs algumas fraquezas estruturais da nossa economia. Devido à crise, tornou-se muito mais difícil garantir o crescimento económico futuro. A situação ainda frágil do nosso sistema financeiro está a atrasar a recuperação, dado que as empresas e as famílias têm dificuldades em contrair empréstimos, gastar e investir. As nossas finanças públicas foram seriamente afectadas, atingindo os défices em média 7% do PIB e os níveis da dívida mais de 80%. Deste modo, vinte anos de consolidação orçamental foram perdidos em apenas dois anos de crise. O nosso potencial de crescimento foi reduzido para metade durante a crise. Muitos projectos de investimento, talentos e ideias arriscam-se

¹ Sobre o “véu ideológico” que impediu a visão da crise, Santos, 2010: 56 ss. A crise foi, porém, prenunciada por diversos autores de influências keynesianas, nomeadamente Case & Shiller, 2003 e Roubini, 2006 e, de algum modo, igualmente por Soros, 1998 e Stiglitz, 2003. Sobre a crise actual, ver, com perspectivas distintas, Artus, Betbèze, Boissieu, & Capelle-Blancard, 2008; Krugman, 2008; Soros, 2008; Wolf, 2009; Alexandre, 2009; Roubini & Mihm, 2010.

*a ser desperdiçados devido à incerteza, à reduzida dinâmica da procura e à falta de financiamento*².

A União Europeia (UE) não estava preparada para uma crise desta dimensão. Várias razões contribuíram para uma reacção que foi tardia, pois, pelo menos desde 2007, eram visíveis múltiplos sintomas. Mas prevaleceu a convicção de que a crise seria debelada, com maior ou menor rapidez, a exemplo de outras que nos últimos decénios se têm manifestado. Em rigor, só em Setembro de 2008, depois da nacionalização de instituições como o *Fannie Mae* e o *Freddie Mac* e, sobretudo, da falência do *Lehman Brothers*, é que os sinos tocaram a rebate. A partir daí, a União preocupou-se em construir, de forma reactiva, instrumentos para combater os efeitos da crise. Um deles, e dos mais importantes, foi a redefinição da política dos auxílios de Estado destinados ao sector financeiro, em particular ao sector bancário³.

2. A POLÍTICA EUROPEIA DE AUXÍLIOS DE ESTADO AO SECTOR FINANCEIRO ANTES DA CRISE

Na última década a regulação bancária era orientada pela promoção da concorrência e da integração transfronteiriça, em que as preocupações com o risco sistémico (embora não totalmente ausentes) eram subalternizadas em relação às preocupações com o risco moral⁴. Não existia (nem se considerava

2 Um outro modo de avaliar o terrível impacto da actual crise é analisar o custo que a salvação do sistema financeiro teve para os EUA: em Novembro de 2008 esse custo ascendia a 4616 mil milhões de dólares enquanto o somatório dos custos do Plano Marshal, da compra da Luisiana, da viagem à Lua, da crise das instituições de poupança e da habitação, das guerras da Coreia, do Vietname e do Iraque, todos juntos, eram inferiores a 3500 mil milhões de dólares (cfr. Sjöberg, 2010: 47).

3 O regime dos auxílios de Estado manteve-se sensivelmente idêntico ao longo dos anos, não tendo, no essencial, sido afectado pelas sucessivas revisões do Tratado de Roma. Após o Tratado de Lisboa este regime é regulado pelos artigos 107.º a 109.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) que correspondem aos artigos 92.º a 94.º da versão original do Tratado de Roma e aos artigos 87.º a 89.º do Tratado da União Europeia (TUE) na versão do Tratado de Amesterdão. Por razões de simplificação, neste texto, faremos sempre referência à numeração decorrente do Tratado de Lisboa.

4 Diz-se sistémico (*systemic risk*) o risco de um evento poder provocar numa parte substancial do sistema financeiro uma perda de valor económico ou de confiança suficientemente séria para produzir efeitos negativos na economia real. No contexto da teoria da informação assimétrica, fala-se, por sua vez, de risco moral (*moral hazard*) a propósito dos comportamentos de operadores económicos que, tendo recebido determinado apoio ou procedido a uma cobertura de riscos, diminuem os cuidados que devem ter no desenvolvimento da sua actividade económica. Por exemplo, as grandes instituições financeiras, confiando que, em última instância, serão salvas da falência pelos governos, terão tendência para utilizarem em operações arriscadas (por exemplo, a concessão de empréstimos de alto risco) os depósitos que lhes foram confiados, sem que os depositantes disso se apercebam. Ou tendo recebido apoios dos Governos

a hipótese de criação) de um fundo de emergência europeu destinado a prevenir situações de crise. Por seu lado, a reforma dos auxílios estatais, antes da crise, era orientada por uma reorientação dos auxílios favorável aos auxílios horizontais e por uma política de descentralização na sua aplicação⁵. Esta reforma previa a aplicação de menos e mais orientados auxílios, de uma análise económica mais refinada dos apoios, baseada no princípio da equivalência, de procedimentos mais efectivos, bem como uma partilha de responsabilidade entre a Comissão e os Estados-Membros (EM) (Brunsson, 2009: 36)

Não havia nenhuma orientação especificamente dirigida ao sector bancário ou à reestruturação de bancos. Caso a reestruturação de um banco fosse necessária, eram aplicadas as Orientações da Comissão de 2004 relativas aos *auxílios de emergência e à reestruturação de empresas em dificuldade*⁶. *Estas orientações são aplicáveis a empresas de todos os sectores (com excepção do carvão e do aço) e, consequentemente, às empresas do sector financeiro*⁷. Os auxílios de emergência e à reestruturação são sujeitos a uma análise rigorosa por parte da Comissão, fundada nos princípios do auxílio único e da legitimação apropriada (em regra, razões sociais prementes). Os bancos beneficiam contudo de uma excepção, a fim de evitar o risco de contágio para outras instituições financeiras e a produção de efeitos negativos na estabilidade financeira. Assim, desde que satisfeitos os princípios gerais das Orientações e que as medidas de apoio não consistam em medidas estruturais de carácter finan-

poderão aplicar, dadas as assimetrias de informação e as dificuldades de controlo, os recursos obtidos de forma diferente do acordado (por exemplo, não os utilizando para o financiamento da economia real).

5 Comissão, 2005, *Plano de Acção no Domínio dos Auxílios Estatais*. Em sintonia com este Plano, em 1 de Setembro de 2009 entrou em vigor o chamado “pacote de simplificação”, composto pelo *Código de Boas Práticas para a condução dos procedimentos de controlo dos auxílios estatais* (JOCE C 136, de 16.6.2009, pp. 13-20) e pela *Comunicação da Comissão relativa a um procedimento simplificado de tratamento de determinados tipos de auxílios estatais* (JO C 136, de 16.6.2009, pp. 3-12), destinados a melhorar a eficácia, a transparência e a previsibilidade dos procedimentos da Comissão.

6 Um *auxílio de emergência* é um apoio temporário (não superior a seis meses) à tesouraria, por via de empréstimos ou de garantias de empréstimos, e reversível, que tem por objectivo manter uma empresa em dificuldade durante o período correspondente ao prazo necessário para elaboração de um plano de reestruturação ou de liquidação. A partir deste momento qualquer outro auxílio será considerado como *auxílio à reestruturação*, um auxílio de carácter excepcional destinado a restaurar a viabilidade a longo prazo de uma empresa. As estratégias de reestruturação podem implicar a reorientação de modelos empresariais, o encerramento ou a alienação de actividades, divisões, filiais ou agências, a introdução de alterações na gestão dos activos e passivos, a venda como empresa em funcionamento ou ainda a separação e venda das diferentes partes de actividade a concorrentes viáveis.

7 Estas Orientações caducaram em 9 de Outubro de 2009, tendo sido prorrogadas até Outubro de 2012 (*Prorrogação das Orientações comunitárias relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação de empresas em dificuldade*, JO C 156 de 9.7.2009, p. 3).

ceiro relacionadas com os fundos próprios da instituição, permite-se que o auxílio de emergência, destinado à continuação do exercício da sua actividade bancária em conformidade com a legislação prudencial, não se limite à forma de empréstimos ou de garantias a empréstimos⁸. Este enquadramento não contempla a existência de regimes de auxílios (salvo para o caso das PME), mas apenas de auxílios *ad hoc*, individuais.

A base jurídica destas Orientações é o artigo 107.º, n.º 3, al. c), do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), segundo o qual podem ser compatíveis com o mercado interno “os auxílios destinados a facilitar o desenvolvimento de certas actividades económicas (...) quando não alterem as condições das trocas comerciais de maneira que contrariem o interesse comum”. Foi assim que, por exemplo, até 2004 foram decididos, pela Comissão, processos de reestruturação global relativamente aos casos de alguns bancos em dificuldades, como os do Grupo *Crédit Lyonnais* e do *Bankgesellschaft Berlin*⁹.

3. A APLICAÇÃO DAS ORIENTAÇÕES RELATIVAS AOS AUXÍLIOS DE EMERGÊNCIA À INTERVENÇÃO FINANCEIRA DOS ESTADOS-MEMBROS

Quando a crise se acentua, quando se torna claro que a política monetária, nomeadamente a provisão maciça de liquidez levada a cabo pelos Bancos Centrais era insuficiente, quando o pânico se difunde, foram efectuadas intervenções em massa pelos EM que se recusaram a assistir passivamente à derrocada dos seus sistemas bancários.

Numa primeira fase, os EM agiram de forma isolada ou, por vezes, concertada entre si, usando, para o efeito, os meios que lhes pareciam mais adequados¹⁰. Assim, até Outubro de 2008, quatro EM (França, Alemanha, Holanda, e Reino Unido) disponibilizaram, pelo menos, 1,873 biliões de euros para reforçar a banca ou proceder à nacionalização parcial do sector financeiro (Oxera, 2008: 1). O Reino Unido, em 17 de Setembro de 2008, aprovou a

8 Comissão, 2004: 5, nota (1). Qualquer auxílio que não tenha a forma de empréstimo ou garantia de empréstimo será tomado em consideração aquando da eventual apreciação de contrapartidas na definição de um plano de reestruturação. *Vide* também GebSKI, 2009: 96.

9 Cfr. Decisões da Comissão 98/490/CE, de 20.5.1998, *Grupo Crédit Lyonnais* (JO L 221 de 8.8.1998) e n.º 2005/345/CE, *Bankgesellschaft Berlin* (JO L 116, de 4.5.2005).

10 As autoridades nacionais realizaram igualmente testes de resistência (*stress tests*) nos bancos sistemicamente mais importantes sob coordenação do Comité de Supervisores Bancários Europeus, sem contudo terem tornado públicos os seus resultados (Veron, 2010: 258).

fusão de emergência entre o *Loyds TSB* e o *HBOS* (*Halifax Bank of Scotland*). No fim-de-semana de 27 e 28 de Setembro, a Bélgica, a Holanda, o Luxemburgo e a França providenciaram um apoio financeiro maciço aos bancos *Fortis* e *Dexia*, para evitarem o seu colapso. A Islândia (país que integra o Espaço Económico Europeu, estando assim sujeito às regras da concorrência) pôs sob administração judicial os principais bancos do país e viu as contas de poupança *on line* desses bancos que tinham sido vendidas no estrangeiro congeladas no Reino Unido. A Irlanda aprovou um esquema de garantias para os bancos que inicialmente deixava de lado os bancos estrangeiros que operavam no seu território.

Nesta fase, estas intervenções continuaram a ser analisadas pela Comissão ao abrigo das Orientações de 2004. Assim, em meados de 2008, em plena crise do *subprime*, a Comissão pronunciou-se sobre os casos do banco austríaco *BAWAG-PSK*¹¹ e do banco alemão *Sachsen LB*¹². Foi também neste contexto que foi analisado e decidido pela Comissão o caso da nacionalização parcial do *Northern Rock* britânico¹³. Já era então patente que as Orientações de 2004, embora contivessem certos critérios específicos para o sector bancário, não eram um instrumento adequado para afrontar uma situação que não atingia apenas certos bancos isoladamente, mas abrangia, potencialmente, todo o sector financeiro, em especial as instituições de crédito, sólidas ou não, e os mercados financeiros no seu conjunto.

4. A CONSCIENCIALIZAÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA DA IMPORTÂNCIA DA CRISE FINANCEIRA

Esta situação era insustentável. Por um lado, a Comissão não podia desconhecer a pressão dos EM para intervirem de forma cada vez mais intensa no sector, procurando evitar a liquidação das instituições bancárias, em espe-

11 Decisão da Comissão n.º 2008/263/CE no procedimento C-50/06, JOCE L 83, de 26.3.2008.

12 Decisão da Comissão 2009/341/CE de 4.6.2008 no procedimento C-9/08 (JO L 104 de 24.4.2009).

13 Decisão da Comissão de 2.04.2008 no proc. NN 1/2008 (JO C 43, de 16.2.2008, p. 1). Invocando o risco moral, o Banco de Inglaterra opôs inicialmente resistência à orientação do BCE que, em resposta às perdas de muitas empresas de serviços financeiros em consequência da amortização de certos títulos, injectou no mercado enormes quantidades de liquidez em meados de 2007. Mas o facto de esta atitude ter precipitado uma retirada maciça de depósitos do *Northern Bank* em Setembro de 2007, forçou-o a alinhar com a posição do BCE. Refira-se, a propósito, que segundo a Comissão não houve na nacionalização deste banco britânico qualquer auxílio de Estado, uma vez que a compensação aos accionistas foi equivalente ao valor da sociedade, sem qualquer apoio estatal (vide. European Commission (2008), “*State aid C 14/08 (ex NN 1/08): Restructuring aid to Northern Rock*”, *Invitation to submit comments pursuant article 88 (2) of the EC Treaty*, (2008/C 135/06), June 3rd, par. 9).

cial das sólidas, confrontadas com problemas de liquidez que, a este respeito, mereceriam maior atenção do que aquelas que apresentam problemas endógenos. Por outro lado, essa intervenção, se efectuada de forma não coordenada e sem obedecer a princípios comuns no plano europeu, arriscava-se a criar fortes distorções de concorrência, em favor dos bancos assistidos, em regra os bancos dos EM mais poderosos.

A partir de Outubro de 2008, a profundidade da crise obrigou a mudanças fulcrais na estratégia da UE. Em primeiro lugar, foram propostas alterações às Directivas sobre os Requisitos de Capital, tendo em vista, nomeadamente, uma maior cobertura do risco das operações de titularização¹⁴. De igual modo, o ECOFIN de 8 de Outubro enumerou, nas suas conclusões, os princípios que deveriam nortear as intervenções dos EM: estas deveriam ser oportunas e o apoio, em princípio, temporário; os EM deveriam estar atentos em relação aos interesses dos contribuintes; os actuais accionistas deveriam suportar as consequências normais da intervenção; os EM deveriam estar em condições de introduzir alterações a nível da gestão; os gestores não deveriam conservar lucros indevidos – os governos poderiam ter, nomeadamente, a possibilidade de intervir a nível das remunerações¹⁵; deveria ser protegido o interesse legítimo dos concorrentes, em especial através das regras em matéria de auxílios estatais e deveriam ser evitados efeitos de propagação negativos¹⁶.

No domínio dos auxílios de Estado, a concretização do Plano de Acção de 2005 foi posta entre parêntesis até que a recessão terminasse, pois tornava-se necessário e urgente um maior activismo da Comissão e procedimentos mais céleres (Brunsson, 2009: 50, 54). Por fim, a Comissão redefiniu prioridades e afinou a disciplina dos auxílios estatais ao sector bancário, com base em orientações definidas em quatro importantes Comunicações, as chamadas *Comunicações da crise*¹⁷. Assim, ainda em 2008, são aprovadas a “Comunicação

14 Vide Comissão, COM (2008)0602 e C60039/2008 – 2008/0191 (COD) contendo propostas de alterações às Directivas 2006/48/CE e 2006/49/CE, de 4 de Junho de 2006 e a resolução legislativa do Parlamento Europeu publicada no JO C212 E47.

15 Cfr. a Recomendação da Comissão 2009/384/CE da Comissão de 30.4.2009 relativa às políticas de remuneração no sector dos serviços financeiros (JO L 120 de 15.5.2009, p. 22).

16 Ver o Comunicado de imprensa da 2894.^a reunião do Conselho ECOFIN de 7 de Outubro de 2008 (13784/08) disponível no *website* do Conselho (www.consilium.europa.eu).

17 Sobre o tema, cf. Luja, 2009: 153.

*Bancária*¹⁸ e a “Comunicação sobre a recapitalização”¹⁹; e, em 2009, a Comunicação sobre activos depreciados²⁰ e a Comunicação sobre a reestruturação²¹. Para além destas comunicações e relacionada com o impacto da crise financeira na economia real, de forma a minorar os efeitos recessivos do racionamento do crédito e da quebra da procura e, ao mesmo tempo, evitar guerras de subsídios e atitudes proteccionistas dos EM que conduzissem à fragmentação ou segmentação do mercado interno, a Comissão, reconhecendo embora que os auxílios estatais não constituem uma cura miraculosa para as dificuldades existentes, aprovou um *Quadro temporário relativo às medidas de auxílio estatal destinadas a apoiar o acesso ao financiamento durante a actual crise financeira e económica*²².

Estas Comunicações visam interpretar o disposto no n.º 3, alínea *b)*, do artigo 107.º do TFUE. Elas representam uma forma de direito flexível (*soft law*) que, em princípio, vincularia os funcionários da Comissão, mas não os EM, nem o Tribunal de Justiça da União Europeia. A filosofia subjacente a este direito flexível seria a de desenvolver um diálogo entre a Comissão e os EM, em que aquela instituição, em vez de adoptar, em relação a estes, uma atitude de confronto, procuraria conduzi-los na direcção desejada (Doleys, 2010: 6). No entanto, a prática tem demonstrado, neste como noutros domínios, a eficácia deste tipo de *soft law*²³. Dois mecanismos usados pela Comissão levam a que, de facto, o direito flexível funcione como direito puro e duro (*hard law*): primeiro, a imposição por meio de decisões individuais que constituem direito vinculativo; segundo, a ameaça de recurso ao processo de

18 Comissão, *Comunicação sobre a aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas adoptadas em relação às instituições financeiras no contexto da actual crise financeira global*. Estas orientações foram elaboradas na sequência do colapso do *Lehman Brothers* em 15 de Setembro de 2008, do pedido de medidas de emergência por importantes operadores do mercado como o *Fortis*, *Dexia*, *Bradford & Bingley* e *Hipo Real Estate*, e do anúncio de planos de resgate e de garantias bancárias por EM como a Dinamarca e a Irlanda.

19 Comissão, *Comunicação sobre a recapitalização das instituições financeiras na actual crise financeira: limitação do auxílio ao mínimo necessário e salvaguardas contra distorções indevidas de concorrência*.

20 Comissão, *Comunicação relativa ao tratamento dos activos depreciados no sector bancário da Comunidade*.

21 Comissão, *Comunicação sobre o regresso à viabilidade e avaliação, em conformidade com as regras em matéria de auxílios estatais, das medidas de reestruturação tomadas no sector financeiro no contexto da actual crise*.

22 Este Quadro complementa o *Plano de Relançamento da Economia Europeia*, constante de uma Comunicação adoptada pela Comissão em 26 de Novembro de 2008.

23 A título de exemplo, vide sobre a eficácia do *soft law* no domínio do Código de Conduta sobre a fiscalidade das empresas, vide Santos, 2009: 258-260.

investigação formal relativamente às medidas de auxílio existentes que caem no âmbito de aplicação das novas regras (Blauberger, 2008: 17-18). A isto acresce o facto de este tipo de direito integrar o *acquis communautaire* para efeitos de negociações com Estados candidatos à adesão e de, por vezes, ser implicitamente utilizado como critério de interpretação das normas dos Tratados ou de direito derivado pelo Tribunal de Justiça. Os mecanismos de *soft law* conferem à Comissão uma ampla margem de apreciação das medidas dos EM, permitindo-lhe a criação de uma verdadeira política (industrial, regional, social, etc.) ao abrigo da indeterminação dos dispositivos legais do Tratado (Santos, 2003: 158-159).

5. FUNDAMENTAÇÃO DA NOVA ESTRATÉGIA DA COMISSÃO

As razões da mudança de estratégia da Comissão são facilmente compreensíveis. Por um lado, numa situação de emergência, a Comissão não podia deixar de flexibilizar e agilizar a atribuição pelos EM de auxílios, incluindo regimes gerais de auxílios, em nome da prevenção do risco sistémico, subalternizando assim a questão do risco moral. Por outro, as novas orientações deveriam garantir que as medidas de emergência adoptadas para preservar a estabilidade financeira continuassem a assegurar a igualdade das condições de concorrência entre as instituições financeiras que beneficiavam do apoio público e as que não beneficiavam, bem como entre as instituições estabelecidas em Estados-Membros diferentes (Comissão, 2010a: 1).

O primeiro ponto a salientar relativamente à nova estratégia é que a União Europeia não recorreu à prerrogativa prevista no artigo 109.º TFUE que estabelece que o Conselho, deliberando por maioria qualificada, sob proposta da Comissão, pode adoptar todos os regulamentos adequados à execução do artigo 107.º, n.º 3 TFUE. Tão pouco foi usado o procedimento previsto no artigo 108, n.º 2 TFUE, segundo o qual, a pedido de um EM, o Conselho, deliberando por unanimidade, pode decidir que um auxílio, instituído ou a instituir por esse Estado, deve considerar-se compatível com o mercado interno, em derrogação do disposto no artigo 107.º (...) se circunstâncias excepcionais justificarem tal decisão. O Conselho ECOFIN optou por uma estratégia coordenada e pela definição de um conjunto de princípios comuns. Ao recorrer ao procedimento tradicional de confiar à Comissão a análise da compatibilidade das medidas com o mercado interno, procurou evitar o risco de uma excessiva subalternização do papel do direito no controlo dos auxílios de Estado.

Para o efeito, esta instituição criou, como se disse, de modo faseado, novas e específicas orientações²⁴. Só que a base jurídica das novas orientações já não é a mesma dos auxílios estatais à emergência e à reestruturação, mas passou a ser o artigo 107.º, n.º 3, al. b), do TFUE, segundo o qual a Comissão pode autorizar auxílios de Estado destinados a *sanar uma perturbação grave* da economia de um EM. De acordo com D'Sa (2009: 141-2) esta escolha foi motivada para permitir o máximo de flexibilidade na aprovação das medidas de apoio e incrementar a capacidade de autorização de regimes de auxílios, em detrimento de casos singulares²⁵.

Note-se que, até então, tinha sido muito rara a utilização pela Comissão deste fundamento de derrogações ao princípio da incompatibilidade. A aplicação mais relevante havia sido a relativa a um regime grego aprovado em 1987, com o objectivo de dar apoio à reestruturação de 45 empresas, das quais 22 foram objecto de liquidação por falta de viabilidade. A aceitação pela Comissão deste esquema teve a ver com o facto de, por um lado, ele fazer parte de um programa de recuperação económica mais vasto, incluindo medidas fiscais e monetárias, necessário, na época, para pôr em prática um programa de austeridade e, por outro lado, só se aplicar a empresas viáveis em dificuldades momentâneas²⁶.

Mesmo depois de desencadeada a crise, a Comissão continuou a usar as Orientações de 2004 e a recusar o recurso à cláusula da *perturbação grave* como fundamento das suas decisões, assim sucedendo nos casos dos auxílios ao *Northern Rock*, ao *IKB*, ao *Sachsen LB*, ao *Roskilde Bank*, do *WestLB*, ao *Bradford & Bingley* e ao *Hypo Real Estate Holding AG*, mesmo se a decisão, em certos casos, tivesse ido além da defesa do emprego e visasse a protecção de depósitos e a prevenção de um agravamento de risco sistémico (Gebski, 2009: 102)²⁷.

24 Gebski (2009: 90) afirma mesmo que tal risco foi evitado. A afirmação é porventura válida em relação à não regulação desta matéria pelo Conselho, mas a sistemática utilização de *soft law* pela Comissão reduz bastante o papel de um direito com um grau de legitimação superior.

25 No entanto, autores como Koenig (2008: 628) consideram, em nome de uma maior flexibilidade, que seria preferível usar um *rule of reason test* em vez de recorrer ao artigo 107.º n.º 3, al. b), do TFUE.

26 Comissão, Decisão 88/167/CEE de 7.10.989, relativa à Lei 1386/1983 pela qual o Governo grego concede um auxílio à indústria grega, JO L76 de 1988, p. 5. Noutros casos, como relativamente ao *Crédit Lyonnais* e ao Grupo GAN, a aplicação desta cláusula de excepção foi rejeitada.

27 Decisões de 21.10.2008, C 10/2008 *Auxílio à reestruturação do IKB* (Alemanha); de 4.6.2008, C 9/2008 *Auxílio à reestruturação do Sachsen LB* (Alemanha) JO C 71; de 5.11.2008, N 366 /2008, *Auxílio de emergência ao Roskilde Bank* (Dinamarca); C 43/2008 de 12.5.2008, de 26.07.2008, *Auxílio à reestruturação*

O que é uma *perturbação grave* é questão que compete à Comissão decidir, gozando, para o efeito, de um poder quase discricionário. Ela tem, no entanto, de atender à jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual esta fórmula deve ser interpretada de forma restritiva: a *perturbação grave* deve afectar a economia de um EM como um todo e não apenas alguma ou algumas regiões ou parcelas do seu território²⁸.

6. INTERVENÇÕES EXCLUÍDAS DO REGIME DOS AUXÍLIOS DE ESTADO

As medidas de apoio dos EM ao sector financeiro podem ser qualificadas como auxílios incompatíveis (artigo 107.º, n.º 1 TFUE), auxílios que, com ou sem alterações, podem ser declarados compatíveis pela Comissão (artigo 107.º, n.º 3 TFUE) e medidas económicas de carácter geral, não abrangidas pelo controlo dos auxílios de Estado.

Como é sabido, para que uma medida de apoio seja incompatível com o mercado interno é necessário, segundo a jurisprudência europeia e a prática decisória da Comissão, que preencha certos requisitos: que a medida consista numa *vantagem* (não decorrente do mercado), que essa vantagem seja *selectiva*, que seja, directa ou indirectamente, *imputável aos poderes públicos*, com mobilização de recursos financeiros públicos e que *não distorça a concorrência* nem o tráfico no interior do mercado interno. Os três primeiros são, na prática da Comissão, os mais importantes, sendo o último facilmente preenchido. Se algum destes requisitos falhar não estamos perante um auxílio de Estado na acepção do artigo 107.º, n.º 1 do TFUE²⁹. Se todos estiverem presentes, a medida terá que ser previamente notificada à Comissão para ver da sua eventual compatibilização com o mercado interno³⁰.

do *West LB* (Alemanha); de 1.10.2008, NN 41/2008, Auxílio de emergência ao Bradford Bingley (Reino Unido); e de 2.10.2008, NN 44/2008. *Auxílio de emergência ao Hypo Real Estate* (Alemanha).

28 Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 15.12.1999, *Freistaat Sachsen e Volkswagen AG vs Comissão*, proc. T-132/96 e T-143/96, Col. II-3663, par. 167. A prática decisória da Comissão vai, aliás, nesse sentido: Decisões 98/490, proc. C-47/96, *Crédit Lyonnais* (JO L 221 de 8.8.1989, p.28 ponto 10.1) e 2005/345/CE, proc. C-28/02, *Bankgesellschaft Berlin* (JO L 116 de 4.5.2005, p. 1, pontos 153 e ss.).

29 Quanto à interpretação do Tribunal do artigo 107.º, n.º 1 do TFUE, cfr., a título de exemplo, o acórdão *República Francesa / Ladbroke Racing vs. Comissão*, proc. C-83/98, Col. 2000, p-I-3271 e o acórdão *Ladbroke Racing vs Comissão*, proc. T-67/94, Col. 1998, p. II-1. Sobre o conceito de auxílio de Estado, *vide* ainda, na literatura nacional, Santos, 2003: 161-226 e Martins, 2001: 49-150.

30 A não notificação tem por consequência a ilegalidade do auxílio. Cfr. sobre o tema a *Comunicação da Comissão relativa à determinação das regras aplicáveis à apreciação dos auxílios estatais concedidos ilegalmente* (JO C 119 de 22.5.2002).

Deste modo, nem todas as medidas de apoio à liquidez proporcionadas aos bancos ou ao sector bancário por entidades públicas constituem auxílios de Estado. Não o são, por exemplo, as medidas do BCE que visam providenciar liquidez, não só porque não são levadas a cabo pelos EM, como também porque, sendo de carácter genérico, não distorcem o *level playing field* entre bancos. Também, em princípio, não o serão as medidas de concessão de fundos públicos proporcionadas pelos bancos centrais nacionais, desde que estes reajam à crise com medidas gerais abertas a todos os operadores do mercado. O mesmo acontece com as actividades dos bancos centrais nacionais relacionadas com a política monetária, como as operações de mercado aberto e facilidades permanentes. Em determinadas circunstâncias, mesmo o apoio específico destes bancos a uma determinada instituição financeira pode não constituir um auxílio, se preenchidas certas condições (Comissão, 2008: 14, ponto 51). Por extensão, não serão também auxílios de Estado, por ausência do requisito da vantagem, as intervenções de poderes públicos que satisfaçam o teste do investidor de uma economia de mercado (*market economy investor test*), ou seja, efectuadas em termos de mercado (ausência de vantagem)³¹. Também as nacionalizações podem não constituir auxílios de Estado. Assim, no caso *Northern Rock* a Comissão concluiu que a nacionalização não envolvia elementos de auxílio na medida em que os accionistas só eram compensados na base do valor da empresa sem qualquer apoio público³².

7. MEDIDAS DE APOIO QUALIFICADAS COMO AUXÍLIOS DE ESTADO

As restantes medidas de apoio constituem, em regra, auxílios de Estado. A Comissão procurou, aliás, alargar o âmbito dos requisitos dos auxílios de Estado, de forma a potenciar o seu controlo sobre as medidas de apoio aprovadas pelos EM. De facto, elas envolvem, em regra, os *poderes públicos*, através de recursos públicos provindos directamente do Orçamento dos Estados ou de fundos especiais por estes criados, mesmo que estes fundos sejam de direito privado e a participação dos poderes públicos no seu capital seja mino-

31 Um exemplo de utilização deste critério pode ver-se no acórdão do TJCE de 19.09.1994, *Hytasa*, processos apensos C-278 a 280/92, *Col.* 1994, p. I-4103. Sobre este princípio, vide, na literatura nacional, Morais, 1993: 102-135 e Martins, 2001: 162-185.

32 Comissão, 2008, *State aid C 14/08 (ex NN 1/08): Restructuring aid to Northern Rock*. Cfr. OXERA, 2008: 2.

ritária, pois isso não impede que o Estado corra ou assuma riscos³³. O mero anúncio pelas autoridades públicas de uma medida de apoio pode ter como efeito obter uma resposta favorável dos mercados ou das agências de notação de risco. Por isso, esta medida, de acordo com a *teoria dos efeitos* subscrita pela Comissão, pode constituir um auxílio estatal, sendo, na prática, equivalente a uma garantia³⁴. Por outro lado, as medidas de apoio são normalmente *selektivas*. Assim os regimes de auxílios destinados a apoiar o sector bancário são, por definição, auxílios estatais sectoriais. São-no igualmente as medidas que contenham elementos de discriminação ou critérios não objectivos de elegibilidade, como era o caso de um projecto irlandês de circunscrever o regime de auxílios aos seis maiores bancos irlandeses. Acresce que a generalidade das medidas de apoio concede uma vantagem económica, aferida pelo princípio do investidor privado. Com uma leitura alargada dos elementos que constituem a noção de auxílio de Estado, a Comissão reforça a sua posição de controlo das medidas de apoio, sujeitando-as ao crivo das excepções previstas no artigo 107.º, n.º 3 do Tratado.

De facto, as medidas de apoio ao sector bancário (ou, de forma mais ampla, financeiro) ou a bancos, viáveis ou não, são claramente auxílios de Estado. Mais: em circunstâncias normais, tais medidas, quando concedidas a bancos não viáveis, seriam incompatíveis com o mercado interno. No entanto, em período de crise, pode ser necessária uma intervenção, em especial se se tratar de uma instituição relevante, para evitar efeitos negativos no sistema financeiro e, de forma mais geral, na economia como um todo. O benefício de salvar a economia e o sistema bancário terá mais valor que o risco de distorção do mercado apoiando serviços bancários (Adler *et al.*, 2009: 4 e 6). É o clássico problema do *too big to fail* que evoca a empresa-instituição de Rathenau e se prende ao problema do risco moral.

Em qualquer caso, haverá que salvaguardar que o objectivo primordial do auxílio a curto prazo – a estabilidade financeira – não prejudique o *level playing field* e a competitividade nos mercados a longo prazo (Comissão, 2009a: par. 29). Ou seja: a disciplina dos auxílios transforma-se numa política económica que terá que proceder a escolhas entre objectivos, definindo

33 Comissão, Décision N 548/08 de 30.10.2008, *Mesures de refinancement en faveur des institutions financières*, JO C 2008, 6617 [*Société de refinancement des activités des établissements de crédit* (SRAEC)].

34 Comissão, Decisão NN 25/2008 de 30.4.2008 *WestLB*, para. 37. Gebski (2009: 92) justifica este procedimento como forma de evitar que os EM com múltiplas declarações neste sentido (mesmo que não seguidas de ajuda efectiva) impeçam o trabalho da Comissão.

prioridades no curto e no longo prazo – ou, para seguirmos a intuição de Blauger (2009) –, a integração negativa (inerente ao controlo pela Comissão dos auxílios) transforma-se numa forma de integração positiva (numa política europeia). No *curto prazo*, opta-se pela estabilidade financeira, pela contenção do risco sistémico, pela viabilização dos bancos, em especial, aqueles cuja falência possa desencadear um efeito dominó (efeito de contágio), procurando, embora, neste período, que sejam contidos danos mais graves para a concorrência; no *longo prazo*, definem-se regras para um *phasing-out* dos regimes e das medidas individuais de apoio e põe-se o acento tónico no restabelecimento de condições para uma concorrência saudável.

São considerações deste tipo que a Comissão procurou ter em conta nas suas Comunicações da crise, as quais definem os termos em que serão aceitáveis auxílios individuais ou regimes de auxílios ao sector bancário e, de forma alargada, financeiro.

8. A COMUNICAÇÃO BANCÁRIA

Embora estes auxílios ou regimes de auxílios sejam efectuados ao abrigo do artigo 107.º, n.º 3, al. b), TFUE, a Comunicação Bancária manda aplicar-lhes, para além dos princípios gerais da disciplina dos auxílios públicos, os princípios subjacentes às Orientações de 2004, sendo tomadas em consideração as circunstâncias do momento e de cada caso.

Assim, quanto aos *princípios gerais*, as medidas de apoio devem ser bem *orientadas* para alcançarem o objectivo de sanar uma perturbação grave da economia, *proporcionais*, isto é, limitadas ao estritamente necessário para atingir os objectivos e solucionar o problema em causa e concebidas de forma a *minimizar as repercussões negativas* para os concorrentes, outros sectores e outros Estados (Comissão, 2009a: 3). A fim de se evitarem distorções indevidas de concorrência, o apoio deverá ser acompanhada não só de medidas que reduzam tais distorções, mas também de salvaguardas contra abusos, devendo ainda ser assegurada uma apropriada repartição dos encargos havidos com o apoio (Adler *et al.*, 2009: 4-5). Daqui decorre que as medidas deverão ser *temporárias* (enquanto a situação de crise justificar a sua aplicação) e estar fundadas em *critérios de elegibilidade* objectivos e não discriminatórios. Deverão ainda conduzir a uma restauração da viabilidade a longo prazo da instituição, sem necessidade de novos auxílios. A implantação das medidas será objecto de acompanhamento por parte da Comissão.

Para além da clarificação dos princípios gerais aplicáveis quer em sede de regimes de auxílios quer de ajudas *ad hoc*, a Comunicação Bancária aprofunda os regimes de *três medidas sistémicas* de resposta à crise, i.e., de medidas que pretendem evitar repercussões sistémicas negativas. O primeiro diz respeito às *garantias* de cobertura do passivo, independentemente de serem estabelecidas por meio de declaração, legislação ou regime contratual³⁵. O segundo é constituído pelos *regimes de recapitalização* (especificamente regulados por Comunicação posterior) destinados ao fornecimento de fundos públicos (ou mesmo a facilitar a injeção de capitais privados), por meio de acções, *warrants*, capital subordinado, etc., para reforçar directamente a base de capital de instituições financeiras, sobretudo aquelas que, embora sólidas no fundamental, podem ter problemas de financiamento nos mercados financeiros. O Estado deverá, em princípio, receber direitos de valor equivalente à sua participação na recapitalização. Esta deverá ser seguida de um *plano de reestruturação* da instituição beneficiária, a examinar pela Comissão, mais exigente para as instituições que tenham problemas de solvência de carácter estrutural. O terceiro é o *regime de liquidação controlada* (ou orientada) de determinadas instituições financeiras, em si mesma ou em conjugação com outras medidas, para os casos em que a instituição financeira não é viável. Neste contexto deverá minimizar-se o risco moral (excluindo do benefício, por exemplo, accionistas e certo tipo de credores), evitar que esta entidade se lance em novas actividades, retirar a autorização bancária o mais rapidamente possível, evitar que o auxílio se estenda às entidades adquirentes da instituição financeira ou às entidades vendidas, respeitar determinadas condições no processo de venda (a realizar em condições de mercado).

Finalmente, a Comunicação Bancária introduz importantes *mudanças procedimentais* que vão no sentido de agilizar e acelerar os processos de decisão.

Assim, os EM devem informar a Comissão das suas intenções o mais rapidamente possível e notificar, de forma completa, os planos de introdução de auxílios antes da sua aplicação. A Comissão compromete-se a adoptar as decisões na sequência de uma notificação completa das medidas num prazo de 24 horas, se necessário, e mesmo durante o fim-de-semana. Note-se que

35 “Presume-se que uma garantia constitui um auxílio estatal quando o banco beneficiário não consegue encontrar no mercado um operador privado independente disposto a conceder uma garantia semelhante” (Comissão, 2009d: p. 15, n. 2).

os procedimentos normais de aprovação precisam pelo menos de dois meses e, em casos mais complexos, de dois ou mais anos.

9. A COMUNICAÇÃO SOBRE A RECAPITALIZAÇÃO

Uma das principais finalidades da Comunicação relativa à recapitalização é a de garantir aos bancos uma base de capital suficiente para poderem continuar a sua actividade de concessão de crédito à economia real. Para o efeito, esta comunicação estabelece uma importante distinção entre bancos sólidos e bancos em dificuldades. Estes devem pagar taxas de juro mais elevadas pelo auxílio recebido, ser sujeitos a controlos mais apertados e efectuar reestruturações profundas para restabelecer a sua viabilidade a longo prazo. O reembolso do capital injectado pelos poderes públicos será reembolsado logo que a situação económica o permita (Comissão, 2009e: 3-4 e Comissão, 2010c: 6)

Entre Outubro de 2008 e 31 de Dezembro de 2009 foram aprovados pela Comissão 12 regimes de garantia (Chipre, Dinamarca, Finlândia, Irlanda, Itália, Letónia, Países Baixos, Portugal, Eslovénia, Espanha e Suécia), 7 regimes de recapitalização simples (Dinamarca, Finlândia, França, Itália, Polónia, Portugal e Suécia), 7 regimes mistos ou globais (Alemanha, Reino Unido, Grécia, Áustria, Polónia, Hungria e Eslováquia), 5 regimes relativos a outras formas de apoio (Espanha, Eslovénia, Reino Unido, Hungria e Alemanha), bem como 29 regimes de recapitalização e outras medidas a favor de entidades financeiras individuais relativas a vários EM, entre as quais o Banco Privado Português³⁶.

10. A COMUNICAÇÃO SOBRE ACTIVOS DEPRECIADOS

A adopção de regimes de garantia e de capitalização na sequência das respectivas Comunicações foi insuficiente, só por si, para acalmar os investidores e provocar a retoma da confiança no sistema. Não só aquelas medidas não se traduziram num fluxo de créditos para a economia como subsistia um clima de incerteza quanto ao desconhecimento das perdas associadas à depreciação de activos, em particular dos activos tóxicos, como os títulos norte-americanos associados a créditos hipotecários, a fundos com cobertura de risco (*hedge funds*) e a produtos derivados, considerados, por muitos, a razão fundamental

36 Vide IP/10/972, de 20.7.2010, *Auxílios estatais: Comissão ordena a recuperação do auxílio estatal ilegal concedido ao Banco Privado Português*. Ver ainda Comissão, Portugal – State aid C 33/09 – *Restructuring of Banco Privado Português – Invitation to submit comments* (2010 C 56/08, JO C 56, p. 10).

da crise financeira. Isto conduziu a que, no início de 2009, alguns EM, como o Reino Unido e os Países Baixos, apresentassem propostas de *regimes de protecção de activos*³⁷.

Na sequência destes factos, e com o objectivo de eliminar os activos tóxicos nos balanços dos bancos de forma a preservar as actividades de concessão de empréstimos à economia real, a Comissão apresentou a já referida Comunicação relativa aos activos depreciados, onde define os critérios para aprovação de regimes de protecção (Comissão, 2009c). A Comissão não se limitou, porém, a eleger os activos tóxicos para efeitos de regimes de apoio, mas pragmaticamente alargou o campo de aplicação da Comunicação a outros activos depreciados, sempre que tal se mostrasse justificado.

As medidas de apoio são, em larga medida, comparáveis às injeções de capital, uma vez que prevêm um mecanismo de absorção das perdas e têm um efeito sobre os fundos próprios regulamentares obrigatórios. Mas aqui o risco do Estado é mais elevado, pelo que a remuneração destas medidas é normalmente superior à das injeções de capital.

As medidas de protecção dos activos depreciados constituem auxílios de Estado, na medida em que libertem (ou compensem) o banco beneficiário da necessidade de registar perdas ou reservas relativas a possíveis prejuízos decorrentes da depreciação e/ou libertam capitais sujeitos a requisitos obrigatórios para outras utilizações. Assim acontece, por exemplo, no caso de os activos depreciados serem adquiridos ou garantidos a um valor superior ao preço do mercado, ou no caso de o preço da garantia não proporcionar ao Estado uma compensação suficiente relativamente à responsabilidade máxima que assume ao abrigo da garantia. Uma questão central que a Comunicação procurou resolver foi a de definir o modo de avaliação destas medidas, de forma a torná-lo compatível com a disciplina dos auxílios estatais.

Na base da Comunicação estão os princípios da transparência, da repartição de encargos entre o EM e o beneficiário e da valorização prudente dos activos com base no seu valor económico real (Comissão, 2010c: 7, par. 19).

Assim, são condições prévias à concessão do auxílio que o pedido de apoio por parte dos bancos elegíveis contemple, de forma transparente, a divulgação *ex ante* dos activos depreciados com base numa valorização certificada por uma peritagem independente e validada pela autoridade de supervisão, e, bem

37 O Reino Unido propôs um regime de protecção no valor de 500 mil milhões de libras, enquanto a Holanda anunciou um regime de protecção de activos do banco *ING* no valor de 40 mil milhões de dólares.

assim, a realização de uma análise de viabilidade no seguimento da apresentação do pedido de auxílio.

11. A COMUNICAÇÃO SOBRE A REESTRUTURAÇÃO

Ainda em 2008, a Comissão defendia, em paralelo com a estabilização da crise, que seria necessário passar-se para a fase de reestruturação do sector bancário e, posteriormente, para o retorno dos bancos ao sector privado (Comissão, 2008b: 3). Em 2009, aos primeiros sinais de retoma ou, pelo menos, de previsão do fim da recessão técnica, falava-se já abertamente da estratégia de saída.

Neste campo, isto significava analisar como, a médio prazo, os beneficiários dos auxílios poderiam começar a pagar os encargos existentes, a devolver os montantes emprestados e a funcionar como instituições viáveis e independentes.

O ponto de partida da reflexão da Comissão foi de novo constituído pelos princípios subjacentes às Orientações de 2004 e sua aplicação prática, adaptados às circunstâncias extraordinárias da crise, de forma a procurar resolver a questão do risco moral, não recompensando os beneficiários pelos comportamentos de risco assumidos no passado.

O regresso à viabilidade dos bancos obriga, frequentemente, à sua reestruturação. Esta deve obedecer a várias condições: os bancos terão que demonstrar a sua capacidade para serem viáveis a longo prazo sem apoio do Estado, contribuir para os custos da reestruturação, com remuneração adequada dos auxílios e imposição temporária ao pagamento de cupões e dividendos a accionistas e obrigacionistas e limitar potenciais distorções de concorrência, adoptando medidas como a alienações em mercados-chave e/ ou reduzindo os respectivos balanços (Comissão, 2010c: 8).

12. REFLEXOS DA CRISE FINANCEIRA NA ECONOMIA REAL: CONTRACÇÃO DO CRÉDITO E APOIO AO FINANCIAMENTO DAS EMPRESAS

As dificuldades de acesso ao financiamento por parte das empresas, decorrentes da menor dependência dos bancos em relação a capitais alheios e da sua crescente aversão ao risco, implicou ainda, como se disse, a aprovação pela Comissão, em Janeiro de 2009, de um *Quadro temporário relativo às medidas de auxílio estatal destinadas a apoiar o acesso ao financiamento durante a actual*

crise financeira e económica, aplicável, até ao fim de 2010, a todos os sectores da economia afectados pela crise.

Esse quadro começava por recordar aos EM a panóplia de medidas gerais de política económica que, não constituindo auxílios estatais, estavam ao seu dispor, podendo ser adoptadas sem qualquer interferência da Comissão³⁸.

Em seguida, mencionava as medidas que, constituindo auxílios de Estado, não estavam, porém, obrigadas a comunicação à Comissão. É o caso dos auxílios de Estado isentos ao abrigo do Regulamento Geral de Isenção por Categoria, de 2008, que contempla certos auxílios de natureza horizontal, como os destinados à inovação e desenvolvimento, ao ambiente e à formação³⁹.

Quanto aos demais, a Comissão, sem prejuízo do princípio de que deveriam ser evitadas intervenções públicas que prejudicassem os objectivos de “menos auxílios” e “auxílios mais focalizados”, declarava-se pronta para aceitar, ao abrigo do artigo 107.º, n.º 3, al. b), do TFUE, auxílios estatais *excepcionais* (no domínio das garantias, dos juros bonificados, dos incentivos à produção de produtos verdes e ao capital de risco, ou aceitando o alargamento do limite dos auxílios *de minimis*), destinados a sanar uma perturbação grave da economia de um EM dentro de certos limites temporais (em geral, de 17.12.2008 até 31.12.2010, mas com aplicação retroactiva às empresas em situação difícil até 1.7.2008). De fora ficavam, porém, os auxílios às pescas e à exportação⁴⁰.

13. OBSERVAÇÕES FINAIS

A intervenção dos EM no sector financeiro com adopção de auxílios estatais e outras medidas de apoio teve, sem dúvida, o mérito de ajudar a conter a imi-

38 Entre essas medidas estavam algumas de carácter tributário como o alargamento temporário do prazo de pagamento de impostos e de contribuições para a Segurança Social.

39 Cfr. o Regulamento (CE) n.º 800/2008 da Comissão, de 6.8.2008 (JO L 214 de 9.8.2008, p. 3), que condensa num único diploma todas as anteriores isenções por categoria e alarga tais isenções a novas áreas como a inovação, ambiente, investigação e desenvolvimento a favor das grandes empresas e medidas de capital de risco para as PME. Os auxílios *de minimis* constam do Regulamento (CE) n.º 1998/2006 da Comissão, de 15.12.2006 (JO L 379 de 28.12.2006, p. 5).

40 Segundo a Comissão (2010c: 10), o *Quadro temporário* centra-se em dois objectivos, o de manter a continuidade do acesso das empresas ao financiamento (permitindo, nomeadamente, que os EM concedam garantias estatais para empréstimos com prémios reduzidos ou taxas de juro bonificadas para empréstimos, assim como um valor máximo de 500 000 EUR por empresa) e o de incentivar as empresas a continuarem a investir num futuro sustentável (permitindo, por exemplo, a aprovação de empréstimos bonificados para o desenvolvimento de produtos ecológicos). Até Dezembro de 2009, a Comissão tinha aprovado 79 medidas em 25 EM, sem contar com as medidas temporárias no sector agrícola. Particularmente relevante foi a sua utilização pela indústria automóvel. As medidas mais utilizadas pelos EM foram a concessão de 500 000 euros por empresa e as garantias bonificadas.

nente derrocada do sistema, evitando o efeito de contágio ou efeito dominó⁴¹. Ela pôs contudo a nu muitos dos defeitos do regime dos auxílios de Estado e da intervenção das instituições comunitárias. A ausência de mecanismos para lidar com este tipo de crises, cuja forte possibilidade de irrupção fora anunciada por diversos autores, conduziu, durante muito tempo, a uma intervenção largamente descoordenada que favoreceu os EM com mais recursos e a uma acção meramente reactiva da União Europeia.

Apesar do trabalho efectuado pela Comissão, em pouco tempo e porventura com poucos meios, fica sempre a pairar uma dúvida: serão as medidas aprovadas suficientes para que a economia europeia possa sair efectivamente da crise e para que sejam evitadas crises com esta dimensão? Só por si não serão os auxílios de Estado e o seu controlo pela Comissão que permitirão atingir esse objectivo. Acresce que os auxílios de Estado aos bancos e instituições financeiras que estiveram na origem da crise com as suas actividades especulativas, produtos derivados incontroláveis, etc., podem conduzir a uma redistribuição de poder económico em seu favor⁴².

Para dar resposta àquela interrogação, exige-se muito mais. Exige-se que rapidamente seja aprovado e posto em prática todo o programa de medidas enunciado no ECOFIN de 2008 e no Plano de Relançamento da Economia Europeia⁴³. Exige-se que a União se dote de meios suficientes e autónomos

41 Como opina Lopes (2009: 43-45 e 54-55), a crise “teria sido muito mais grave se não fossem as medidas postas em prática pelos governos e pelo Banco Central Europeu para evitar o colapso do sistema bancário, para trazer as taxas de juro até níveis muito baixos, para resolver os problemas de liquidez dos bancos, para combater os riscos de falta de crédito à economia, para aguentar empresas importantes (como por exemplo as do sector automóvel), para prevenir maiores aumentos de desemprego através de políticas activas no mercado do trabalho, e para estimular a procura através da política orçamental”.

42 Vejam-se as lúcidas palavras de Godinho, 2010: 169-170: “O sector bancário e segurador recompôs-se, graças às fortes injeções de dinheiros públicos e protecção estatal; e também porque, ao contrário do que parece evidente, a quebra se ligou muito a actividades especulativas, finadas as quais se retomou o caminho da normalidade; aliás, a normalidade incluía a especulação, só que o delírio avariava a máquina mas não a destruíra. Em plena crise o *Barclays* subiu os lucros de 10%, quatro bancos americanos – *J-P. Morgan*, *Chase*, *Goldmann Sachs* e *Citigroup* – obtiveram resultados excelentes, o *Bank of America* multiplicou os seus lucros; os bancos franceses consolidaram-se (o capitalismo francês é mais tímido), os maiores bancos portugueses averbaram resultados positivos (aumentos entre 10 e 30%)”. As direcções de muitos bancos usaram os fundos públicos para recompensarem as suas direcções. Como diz o mesmo autor (p. 171) “todas as más práticas voltaram em força, os gestores e *traders* regressaram às acumulações escandalosas de benefícios de toda a ordem – a revista *L'Express* intitula o seu número de 18 Fevereiro 2020 *Banques – Incorrigibles*”.

43 Uma recente comunicação da Comissão [COM (2010) 301 final, de 2.06.2010, *La réglementation des services financiers au service d'une croissance durable*] mostra que, embora algumas importantes medidas tenham sido já aprovadas (por exemplo, o Regulamento sobre as agências de notação de crédito ou a modificação da directiva sobre os sistemas de garantia dos depósitos), existem ainda muitas iniciativas

(não dependentes de organizações internacionais, como o FMI), forte coordenação das políticas económicas da União que, sem prejuízo da especificidade de cada EM, permita dotá-la de um governo económico (um governo democrático e não tecno-burocrático), sem o qual a União Monetária dificilmente será viável. Exige-se ainda que a situação de crise seja tomada devidamente em conta na avaliação dos processos de défices excessivos e que, em vez do retorno ao Pacto de Estabilidade, na versão “estúpida” que muitos abertamente voltam a defender, a interpretação dos critérios seja suficientemente flexibilizada para que as estratégias de saída da crise não se arrisquem, por prematuras, a criar uma recessão prolongada e desemboquem afinal numa estratégia de entrada em nova crise. De facto, qualquer estratégia de saída tem que ter em conta, nas metas dos programas de estabilidade e crescimento, outros factores, em particular o efeito do endividamento dos EM gerado pela intervenção nos sistemas financeiro e económico por causa da crise, nomeadamente por meio de auxílios estatais legais e declarados compatíveis⁴⁴.

Como a própria Comissão reconheceu, em 2008, as situações orçamentais dos EM devem deteriorar-se consideravelmente nos próximos anos (Comissão, 2008b: 5), em consequência da redução de receitas, por desaceleração da economia (desemprego, contracção do investimento e do consumo, ajustamentos no sector imobiliário), mas também como resultado das políticas activas de combate à crise (medidas de recapitalização, compra de activos tóxicos, empréstimos directos, accionamento de garantias, nacionalizações, etc.)⁴⁵.

No domínio específico dos auxílios de Estado, algumas interrogações se perfilam. Primeira, sobre as condições impostas aos bancos que são omissas

propostas por esta instituição que aguardam acordo político do Conselho e do Parlamento e muitas outras que a Comissão projecta adoptar até à Primavera de 2011.

44 A Comissão defendia, em 29.10.2008, que “será estabelecida uma distinção clara entre as consequências orçamentais decorrentes de erros políticos e os efeitos cíclicos, nomeadamente as consequências do pacote de medidas de recuperação em resposta à crise financeira. Em especial, os aumentos dos níveis da dívida pública, decorrentes dos planos de recuperação, serão tidos em conta no âmbito do processo de supervisão” (p. 6). Só que isto foi dito antes da aceleração da estratégia de saída por pressão de alguns EM, das agências de *rating* e de instituições cujo poder financeiro se impôs, uma vez mais, às instituições políticas.

45 Como sublinha Ter-Minassian (2009: 28) apenas as formas de apoio directo envolvem um custo orçamental imediato, porque as garantias não aumentam o *deficit* ou a dívida pública, senão quando forem realizadas ou quando se constituam provisões para essas garantias. Recorde-se que foi recentemente objecto de procedimento de défice excessivo mais de metade dos EM da UE: em 2008, a Espanha, a França, a Grécia, a Irlanda, Malta e a Letónia e, em 2009, Portugal, a Bélgica, a República Checa, a Alemanha, a Itália, os Países Baixos, a Áustria, a Polónia e a Eslováquia. E desta lista não constam outros, como a Hungria ou o Reino Unido, cuja situação se tem deteriorado a olhos vistos.

quanto à necessidade de estes abandonarem esquemas de planeamento fiscal abusivo e de recorrerem a paraísos fiscais, superando-se a retórica da União relativa ao combate a estes fenómenos. A prevenção do risco moral passa certamente por aí. Segunda, sobre o efectivo controlo da acção dos bancos pois, apesar de um dos objectivos centrais dos auxílios ser o fornecimento de crédito à economia real, dados muito recentes mostram que isso está bem longe de acontecer. Terceira, deverá a Comissão ter em maior atenção as nacionalizações seguidas de processos de privatização que, se não forem abertos, transparentes, não discriminatórios, poderão ocultar auxílios de Estado aos adquirentes ou mesmo aos vendedores. Quarta, que reflexos terá a regulamentação dos auxílios decorrente das Comunicações da crise no plano de acção, atrás referido, aprovado pela Comissão em 2005?

Por fim, fica uma última interrogação: será que o regime dos auxílios tal como decorre do TFUE e que se mantém inalterado há mais de 50 anos está verdadeiramente adequado aos dias de hoje?

BIBLIOGRAFIA

- ADLER, Emily, KAVANAGH, James & UGRYMOV, Alexander
2009 “State Aid to Banks in the Financial Crisis: The Past and the Future”, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol.1, n.º 1, p. 56-61.
- ALEXANDRE, F., MARTINS, I. G., ANDRADE, J. S., CASTRO, P. R. & BAÇÃO, P.
2009 *Crise Financeira Internacional*, Estado da Arte, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.
- ANESTIS, Paris/ JORDAN, Sarah
2010 “The Handling of State Aid During the Financial Crisis: an Efficient Response on Trouble for the Future?”, in *GCR The European Antitrust Review*, 2010, Law Business Research Ltd. (disponível in <http://www.globalcompetitionreview.com/reviews/19/sections/67/chapters/740/state-aid/> (acesso: 16 de Agosto de 2100).
- ARTUS, P., BETBÈZE, J.-P., BOISSIEU, C. de, CAPELLE-BLANCARD, G.
2009 *De la crise des subprimes à la crise mondiale*, Paris: La documentation française.
- BLAUBERGER, Michael
2008 “From Negative to Positive Integration? European State Aid Control Through Soft and Hard Law”, *MPlfG Discussion Paper* 08/4, April, Max Plank Institut für Gesellschaftsforschung.

BRUNSSON, Erik

2009 *The Reforms of the European State Aid Control – decentralization as a new form of governance*, Faculty of Law, University of Lund, Sweden.

CAMPO, Mercedes

2009 “The new State aid temporary framework”, in *Competition Policy Newsletter*, n.º 1, 2009, pp. 21 e ss.

CASE, K. E. & SHILLER, R. J.

2003 “Is There a Bubble in the Housing Market? An Analysis”, in *Brookings Papers on Economic Activity*, vol. 2, pp. 292-342.

COMISSÃO EUROPEIA

2010a *Painel de Avaliação dos Auxílios Estatais – Relatório sobre os recentes desenvolvimentos na concessão de auxílios ao sector financeiro no contexto da crise*, COM (2010) 255 final, de 27.5.2010.

2010b *Comunicação Europa 2020, Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*, COM (2010) 2020 final, de 3 de Março de 2010.

2010c *Relatório sobre a Política de Concorrência 2009*, COM (2010) 282 final, de 3.6.2010.

2010d *State aid: Overview of national measures adopted as a response to the financial / economic crisis*, Memo /10/ 52, Brussels, 26.2.2010.

2009a *Comunicação sobre o regresso à viabilidade e avaliação, em conformidade com as regras em matéria de auxílios estatais, das medidas de reestruturação tomadas no sector financeiro no contexto da actual crise*, de 22 de Julho, JOCE C 195, de 19.8.2009, pp. 9-20.

2009b *Quadro comunitário temporário relativo às medidas de auxílio estatal destinadas a apoiar o acesso ao financiamento durante a actual crise financeira e económica*, aprovada em 17 de Dezembro de 2008, modificada e publicada em versão consolidada (Comunicação 2009/C 83/01), in JOCE C de 7.4.2009.

2009c *Driving European recovery, Communication for the Spring European Council*, Com (2009) 114 final, de 4.3.2009.

2009d *Comunicação da Comissão relativa ao tratamento dos activos depreciados no sector bancário da Comunidade* (“Impaired Assets Communication”, também conhecida por “Comunicação sobre os activos tóxicos”), aprovada em 25 de Fevereiro (JOCE C 72, de 26.3.2009, pp. 1-22).

2009e *A recapitalização das instituições financeiras na actual crise financeira: limitação do auxílio ao mínimo necessário e salvaguardas contra distorções indevidas da concorrência*, aprovada em 8 de Dezembro de 2008 (2009/C 10/03), in JOCE C 10 de 15.1.2009, pp. 2-10.

- 2009f *Relatório sobre a Política de Concorrência 2008*, COM (2009) 374 final, de 23.7.2009.
- 2008a *Aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas adoptadas em relação às instituições financeiras no contexto da actual crise financeira global* (Comunicação Bancária), (2008/C 270/02), JOCE C 270, de 25.10.2008, pp. 8-14.
- 2008b *Da crise financeira à retoma: Um quadro de acção europeu*, COM (2008) 706 final, de 29.10.2008.
- 2005 *Plano de Acção no Domínio dos Auxílios Estatais – Menos auxílios estatais e mais orientados: um roteiro para a reforma dos auxílios estatais 2005-2009*, COM (2005) 107 final, de 7.6.2005.
- 2004 *Orientações comunitárias relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação a empresas em dificuldade* (2004/C 244/2), JOCE de 1.10.2004.
- DG COMPETITION STAFF
- 2010 *The application of State Aid Rules to Government Guarantee Schemes Covering Bank Debt to be Issued After 30 June*, Working Document 30 April 2010.
- DOLEYS, Thomas J.
- 2010 *Managing State Aid in Time of Crisis: The Role of the European Commission*, University of Oporto and University Fernando Pessoa, Oporto.
- D'SA, Rose. M.
- 2009 "Instant state aid law in a financial crisis – a U-turn?" in *European State Aid Law Quarterly*, n.º 2, 2009, pp. 139-44.
- GEBSKI, Szimon
- 2009 "Competition First? Application of State Aid Rules in the Banking Sector", in *The Competition Law Review*, Vol. 6, Issue 1, pp. 89-115.
- GODINHO, V. Magalhães
- 2010 *Os Problemas de Portugal – Os Problemas da Europa*, 2.^a ed., Lisboa: Edições Colibri.
- JAEGER, Thomas
- 2009 "How much flexibility do you need? Commission crisis management revisited" in *European State Aid Law Quarterly*, n.º 1, pp. 3-4.
- KOENIG, Christian
- 2008 "Instant State Aid Law in a Financial Crisis, State of Emergence or Turmoil?", in *European State Aid Law Quarterly*, n.º 4, pp. 627-629.
- KRUGMAN, Paul
- 2008 *The Return of Depression Economics and the Crisis of 2008*, New York: Allen Lane.

LOPES, J. Silva

2010 “As políticas orçamentais de combate à presente crise económica”, in Ferreira, E. Paz, Tomaz, J. Amaral, Santos, J. Gomes & Cabral, Nazaré C. (org.), *Conferência Crise, Justiça Social e Finanças Públicas* (17.3.2009), IDEFF, Coimbra: Almedina, pp. 41-57.

LUJA, Raymond

2009 “State Aid and Financial Crisis: Overview of the Crisis Framework”, *European State Aid Law Quarterly*, n.º 2, pp. 145-160.

MORAIS, Luís

1993 *O Mercado Comum e os Auxílios Públicos – Novas Perspectivas*, Coimbra: Almedina.

OXERA AGENDA (ed. Derek Holt)

2008 “State aid and the banking crisis”, October ([http://www.oxera.com/cms-Documents/Agenda_October08/State%aid%20and%20the%20banking%](http://www.oxera.com/cms-Documents/Agenda_October08/State%aid%20and%20the%20banking%20)) acesso: 16 de Agosto de 2010.

RODRIGUES, E. Ferro

2010 Comunicação sem título no painel “Crise económica e Políticas Públicas”, in Ferreira, E. Paz, Tomaz, J. Amaral, Santos, J. Gomes & Cabral, Nazaré C. (org.), *Conferência Crise, Justiça Social e Finanças Públicas* (17.3.2009), IDEFE, Coimbra: Almedina, pp. 59-70.

ROUBINI, Nouriel

2006 “Why Central Banks Should Burst Bubbles”, in *International Finance*, Spring 2006. (<http://w4.stern.nyu.edu/salomon/docs/crisis/Bubbles%20and%20Monetary%20Policy%20-Roubini>) acesso: 16 de Agosto de 2010.

ROUBINI, N. & MIHM, S.

2010 *Crisis Economics: A Crash Course in the Future of Finance*, New York: The Penguin Press.

SANTOS, A. Carlos dos

2010a “A resposta bipolar da Europa”, in *Le Monde Diplomatique* (edição portuguesa), p. 3.

2010b “A ciência económica e a crise de 2007/8-20?: crónica de um terramoto anunciado”, in *Revista OTOC*, n.º 122, Maio, pp. 56-59.

2009 *L’Union européenne et la régulation de la concurrence fiscale*, Bruxelles/Paris: Bruylant/L.G.D.J.

2003 *Auxílios de Estado e Fiscalidade*, Coimbra: Almedina.

SANTOS, L. Máximo dos

2010 “A União Europeia: entre a refundação e o princípio do fim?”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, ano III (2), n.º 7, pp. 67-77.

SJOBERG, L. M. G.

2010 “Medidas Tributarias y Competitividad en Tiempos de Crisis”, in *XXXIV Jornadas Colombianas de Derecho Tributario – Memorias*, tomo I, ICDT, pp. 9-260.

SOROS, George

2008 *O Novo Paradigma para os Mercados Financeiros, A crise de crédito de 2008 e as suas implicações*, Coimbra: Almedina.

1998 *La crise du capitalisme mondial, L'intégrisme des marchés*, Paris: Plon (tradução de *The Crisis of Global Capitalism*).

STIGLITZ, Joseph E.

2003 *Quand le capitalisme perd la tête*, Paris: Fayard (tradução do inglês *The Roaring Nineties*).

TER-MINASSIAN, Teresa

2010 Comunicação sem título no painel “Crise económica e Políticas Públicas”, in Ferreira, E. Paz, Tomaz, J. Amaral, Santos, J. Gomes & Cabral, Nazaré C. (org.), *Conferência Crise, Justiça Social e Finanças Públicas* (17.3.2009), IDEFF/Almedina, pp. 24-39.

WOLF, Martin

2009 *Fixing Global Finance, How to curb financial crisis in the 21st century*, London: Yale University Press.

AS ENERGIAS RENOVÁVEIS: UMA LUZ VERDE AOS AUXÍLIOS DE ESTADO?¹

Ana Rita Gomes de Andrade²

ABSTRACT: In the current European legal framework for renewable energies, a topic stands out due to its interest and importance, especially in times of harsh economical crisis: state aid.

European environmental commitments, progressively more evident and oriented, and that correspond, in part, to an inducement and a support to renewable energies – are in fact a green light for Member States to press forward internal aid to the production and distribution of these energy sources? What sort of European control will remain over these incentives, even if a certain degree of flexibility and of legal opening exists in the name of a greater objective – fitting climate change and global warming? What criteria and specificities these aids to the renewable energy sector entail? In this article, we shall meditate on these issues and how the European Legislator has tried to balance the laudable incentive to renewable energies and the control it must maintain over the instinctive economical interference of the States in their industries, which tends to distort the unstable competitive common market.

SUMÁRIO: 1. Nota preliminar. 2. Introdução: O tema. 3. Critérios: “Menos Auxílios e mais orientados”. 4. Especificidades dos auxílios em matéria de Energias Renováveis. 4.1. O Regime Geral de Isenção por Categoria – Um passo desejado e inovador. 4.2. A existência de um benefício efectivo, novo e excepcional para o ambiente. 4.3. A categórica necessidade do auxílio. 4.4. A intensidade do auxílio. 5. As Orientações 2008 – Novas e inovadoras? 6. Recurso aos tribunais nacionais – uma nova “frente”. 7. Considerações finais.

1 Trabalho preparado para avaliação final da Pós-Graduação em Direito da Energia 2009, organizado pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, coordenada pelo Professor Doutor Jorge Miranda e pela Professora Doutora Carla Amado Gomes.

2 Advogada do Departamento de Direito Concorrência, Direito Comunitário e Regulatório da Sociedade Rebelo de Sousa & Advogados Associados, RL.

“The State aid guidelines are a significant contribution to Energy and Climate Change policy in the Union and to the continuing process of the State aid reform. This is a win-win opportunity for the Member States to finance environmental projects and for economic growth in the EU.”

NEELIE KROES, Anterior Comissária Europeia para a Concorrência¹

1. NOTA PRELIMINAR

No actual quadro jurídico comunitário das energias renováveis, um tema se destaca pelo seu interesse e relevância, sobretudo nos actuais tempos de aguda crise económica: o dos auxílios de Estado.

Os compromissos ambientais europeus, progressivamente mais claros e direccionados² e que se traduzem, em parte, em incentivo e apoio às energias renováveis – serão uma luz verde para os Estados avançarem com auxílios internos à produção e distribuição destas fontes?

Que controlo comunitário permanece sobre tais incentivos, pese embora alguma flexibilidade e abertura legislativa em razão de um objectivo mais amplo – o combate às alterações climáticas e ao aquecimento global? Que critérios e especificidades envolvem estas ajudas no sector das energias renováveis?

Nas páginas que se seguem reflectiremos acerca destes problemas e de como o legislador comunitário tem procurado alcançar o equilíbrio entre o louvável incentivo às energias renováveis e o controlo que deve manter sobre a *instintiva* interferência económico-financeira dos Estados na sua indústria nacional, que tende a distorcer o periclitante mercado comum concorrencial.

2. INTRODUÇÃO – O TEMA

A Comunicação da Comissão Europeia relativa ao *Enquadramento Comunitário dos Auxílios Estatais a Favor do Ambiente* (2008/C82/01) – doravante Orientações 2008 – é, como resulta do próprio preâmbulo (Considerando 4),

1 KROES, Neelie, in *opening page* do site da DG COMP, *Energy and Climate Change*, disponível em: http://ec.europa.eu/competition/sectors/energy/environment_en.html [consultado em 13.09.2010].

2 Como disse e bem a representante da European Renewable Energies Federation (EREF), FOUQUET Dörte, na *Round Table on Environmental Protection and Climate Change – Cost, opportunities and the role of public support*, de 27 de Maio de 2008, as energias renováveis passaram de “*nice to have*” to “*necessary to push forward*” – apresentação disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/sectors/energy/conferences/fouquet.pdf> [consultado em 13.09.2010].

um dos instrumentos para aplicar o Plano de Acção construído pelo Conselho Europeu quando, na Primavera de 2007, decidiu lançar o repto aos Estados-membros – que o assumiram como um compromisso firme – de reduzir no espaço europeu, até 2020, pelo menos, 20% das emissões de gases com efeito de estufa, e em 20% o consumo energético, *subscrevendo ainda, como meta mínima e vinculativa, a de que 20% desse consumo seriam de energias renováveis*. Estabeleceu-se ainda uma outra meta, igualmente vinculativa, de 10% de biocombustíveis no consumo total de gasolina e gasóleo para transportes, em cada Estado-Membro.

Os auxílios de Estado ganham desta forma e nesta matéria como que uma legitimidade pública, não obstante a sua proibição genérica nos termos do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). A Comissão assume a importância do papel que podem ter na dinamização deste sector, chocando com o carácter proibido, limitado e regressivo do seu regime genérico.

Estas Orientações 2008 servem os propósitos da segurança e da transparência jurídica na apreciação dos auxílios por parte da Comissão Europeia, sobretudo numa matéria de melindrosa diplomacia política, por isto que os potenciais infractores são directamente os Estados-membros e não empresas que actuam no mercado europeu, como acontece por regra noutras infracções jusconcorrenciais – como nos cartéis ou nas concentrações.

3. CRITÉRIOS: “MENOS AUXÍLIOS E MAIS ORIENTADOS”³

Os auxílios de Estado não podem ser vistos de forma maniqueísta – totalmente perversos ou totalmente vantajosos – razão pela qual “equilíbrio” é uma palavra de força nesta matéria.

A Comissão optou, no mencionado Plano de Acção, por menos auxílios (restringindo o número dos admissíveis) mas mais orientados (prevendo um aumento muito significativo e sem precedentes no montante / intensidade do auxílio directamente relacionado com a protecção do ambiente).

Encontramos, pelo menos, três motivos para esta curiosa *aposta* comunitária nos auxílios de Estado, *genericamente proibidos*, relembre-se, *no artigo 107.º, n.º 1 do TFUE*:

3 Expressão feliz usada pela Comissão no seu plano de acção em matéria de auxílios de Estado, in «Plano de Acção no domínio dos auxílios estatais – Menos auxílios estatais e mais orientados: um roteiro para a reforma dos auxílios estatais 2005-2009», 2005, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0107:FIN:pt:PDF> [consultado em 13.09.2010].

(i) *Alternativa ao Princípio do Poluidor Pagador*

Os auxílios de Estado podem substituir de forma positiva o paradigma do Princípio do Poluidor Pagador (PPP) – que, na vertente da promoção de Energias Renováveis, se pode mostrar limitado e insuficiente. Inovador no seu tempo, o PPP está hoje algo desfasado em relação aos novos objectivos comunitários, que vão além deste princípio. Ainda que se pague, a poluição existe, e é esta que se pretende reduzir... Pagar não pode continuar a ser a única forma de eximir a responsabilidade dos operadores energéticos – tem de haver uma mudança de paradigma e o PPP continua preso a uma concepção que se deseja ultrapassar.

(ii) *Alavanca económica para o sector das Energias Renováveis*

O auxílio de Estado deve ser um mecanismo de incentivo, oferecendo apoio e vantagens económicas aos empresários que estejam dispostos, apesar do custo acrescido na sua instalação e funcionamento, a aceitar esta nova energia.

(iii) *Criação de um novo mercado sustentável*

As Energias Renováveis são um “novo negócio”, a oportunidade de um novo mercado que pode gerar mais riqueza, maior crescimento económico, mais emprego. O “*green business*” atrai cada vez mais empresários e consumidores, que procuram estes produtos distintivos no mercado. Assim, ao incentivar este sector energético, os Estados estão também a impulsionar as economias nacionais.

Há, pois, razões para considerar estes auxílios como uma “*win-win opportunity*”, na citada expressão da anterior Comissão para a Concorrência, em que todos – Estados, empresários e consumidores – saem a ganhar. Mas como se constrói esta alternativa, garantindo a sã concorrência do mercado?

Analisaremos criticamente como o legislador comunitário concebeu o regime de auxílios para as Energias Renováveis – forma, tipo e intensidade do auxílio, critérios de proporcionalidade e necessidade da ajuda estatal – sem esquecer, no entanto e como acima se referiu, a maior de todas as novidades: aos olhos da Comissão e dos Estados, estes auxílios ambientais transformaram-se num instrumento de regulação económica.

4. ESPECIFICIDADES DOS AUXÍLIOS EM MATÉRIA DE ENERGIAS RENOVÁVEIS

A matéria dos auxílios de Estado é larga e complexa, com abundantes decisões e jurisprudência, para já não mencionar a vasta doutrina que sobre ela se tem debruçado. Sempre se dirá, no entanto, que, a nível nacional, os auxílios em geral foram tratados de forma parcimoniosa e dispersa, e que mesmo a nível internacional, os auxílios em matéria ambiental ainda têm espaço de crítica – não só por serem recentes, mas por estarem em contínua mutação.

Por estas razões, limitar-nos-emos às especificidades deste regime para as Energias Renováveis.

A matéria dos auxílios de Estado tem particularidades no sector do ambiente e daí que também as Energias Renováveis gozem e partilhem dessas especificidades, já que é na protecção do ambiente que estas energias têm o seu campo de acção⁴.

Destacamos e desenvolvemos abaixo alguns desses aspectos diferenciadores – os mais relevantes dos quais são, na nossa opinião:

- (i) a existência de um Regime Geral de Isenção por Categoria (RGIC);
- (ii) a existência de um benefício efectivo, novo e excepcional para o ambiente;
- (iii) a categórica necessidade do auxílio; e
- (iv) a intensidade do auxílio.

4.1. O Regime Geral de Isenção por Categoria – um passo desejado e inovador

O Regime Geral de Isenção por Categoria (RGIC)⁵ surgiu alguns meses depois da entrada em vigor das Orientações 2008, através do Regulamento (CE) n.º 800/2008 da Comissão, de 6 de Agosto de 2008⁶, declarando certas categorias de auxílios compatíveis com o mercado comum, em aplicação dos artigos 107.º e 108.º do TFUE.

4 Dispensamo-nos de abundar nesta matéria, que a Prof. Dra. Carla Amado Gomes desenvolve já, com a necessária amplitude, in Gomes, 2008.

5 Para um estudo mais aprofundado das “block exemptions”/ isenções por categoria, veja-se Rydelski, 2006: 671 ss.

6 Publicado no JO L 214 de 9.8.2008, pp. 3-47.

Consolida as várias isenções dispersas e inclui, pela primeira vez, cinco tipos de auxílios⁷ que até esse momento não beneficiavam da isenção de notificação – entre eles *os auxílios à protecção do ambiente*.

Era pela doutrina e por muitos sectores empresariais⁸ exigida a simplificação administrativa em matéria de promoção da melhoria ambiental através de um RGIC, o último passo que faltava à Comissão para mostrar o seu genuíno compromisso de apoio ao sector das Renováveis.

O RGIC introduziu, então, novas categorias de auxílios a favor do ambiente não sujeitas à obrigação de notificação⁹. Naturalmente e à semelhança do que acontece em todos os regimes de isenção, a dispensa de notificação depende do respeito pelas condições enunciadas no RGIC, sobretudo quanto às intensidades. Se estes apoios ultrapassarem os limiares para a notificação individual de 7,5 M€ por empresa e por projecto de investimento, devem ser notificados e apreciados nos termos das Orientações 2008.

4.2. A existência de um benefício efectivo, novo e excepcional para o ambiente

O objectivo do controlo dos auxílios estatais é sobejamente conhecido: garantir que o Estado, através da sua intervenção económica, não distorça a favor dos “jogadores nacionais” a livre concorrência no Espaço Europeu, i.e. a Comissão pretende que a intervenção estatal seja sempre evitada, mas principalmente quando implique distorções da concorrência.

No entanto, e caso admita uma ajuda de Estado, a Comissão assegurar-se-á de que, ao nível concorrencial, os efeitos positivos dos auxílios sejam superiores aos seus efeitos negativos. Já no domínio da protecção do ambiente

7 Os restantes quatro novos tipos isentos da obrigação de notificação são os auxílios à inovação, auxílios à investigação e ao desenvolvimento a favor das grandes empresas, auxílios sob forma de capital de risco e auxílios às pequenas empresas recentemente criadas por mulheres empresárias.

8 Era o caso da INFORSE (*The International Network for Sustainable Energy*), uma rede de organizações não-governamentais independentes cujo escopo consiste em encontrar soluções para energias sustentáveis – uma das muitas vozes que reclamava a existência de um regime de excepção, como no texto disponível em <http://www.inforse.org/europe/pdfs/INFORSE-on-state-aid.pdf>.

9 Estão isentos da obrigação de notificação, nos casos e termos admitidos pelo RGIC, *os auxílios ao investimento que permitem às empresas superar as normas comunitárias em matéria de protecção do ambiente ou, na sua ausência, aumentar o nível de protecção do ambiente; os auxílios à aquisição de novos veículos de transporte que superem as normas comunitárias ou, na sua ausência, que melhorem o nível de protecção do ambiente; os auxílios à adaptação antecipada a futuras normas comunitárias a favor das PME; os auxílios ao investimento a favor de medidas de poupança de energia; os auxílios ao investimento a favor da co-geração de elevada eficiência; os auxílios ao investimento a favor da promoção da energia produzida a partir de fontes renováveis; os auxílios a favor de estudos ambientais; e os auxílios sob a forma de reduções ou isenções de impostos ambientais.*

nasce uma preocupação adicional, uma vez que o controlo destas ajudas estatais consiste em assegurar que com os auxílios se obtém um *nível de protecção do ambiente superior ao que ocorreria sem os auxílios*.

Esta exigência de um benefício efectivo, novo e excepcional para o ambiente fica bem patente nas Orientações 2008, sobretudo no que se prende com a definição dos custos elegíveis para fins do benefício a receber.

Repare-se que são apenas custos elegíveis, em matéria de *auxílios a favor de fontes de Energias Renováveis*:

(i) Quanto aos *auxílios ao investimento*:

Os custos estritamente limitados aos custos de investimento *suplementares* suportados pelo beneficiário em relação a uma central eléctrica convencional ou a um sistema de aquecimento convencional com a mesma capacidade (investimento de referência). Os auxílios para biocombustíveis só são permitidos em relação a biocombustíveis *sustentáveis*.

Ou seja, não se trata, por exemplo, de abranger com o auxílio um projecto de construção de um parque eólico por inteiro. Deve encontrar-se um “investimento de referência”, neste caso, na produção de electricidade, com a mesma capacidade produtiva, e apresentar apenas como custos elegíveis o diferencial de custos em relação ao dito “investimento de referência”.

(ii) Quanto aos *auxílios ao funcionamento*:

Estes limitam-se a cobrir o diferencial entre o custo de produção da energia produzida a partir de fontes energéticas renováveis e o preço de mercado do tipo de energia em causa.

Aqui, o critério ganha algum interesse para o empresário das Energias Renováveis, já que no investimento à instalação o diferencial pode ser insignificante ou nulo (depende, claro, do “investimento de referência”), enquanto que o custo de produção da energia renovável é quase sempre superior ao da restante energia não sustentável, razão pela qual as candidaturas incluem sempre um pedido de auxílio ao funcionamento.

4.3. A categórica necessidade do auxílio

Contrariamente ao que acontece noutros tipos de auxílios – em que se pode admitir que o pedido da empresa ao Estado-membro anteceda o pedido de autorização deste à Comissão (veja-se o exemplo dos auxílios com finalidade

regional¹⁰) – aqui, em matéria ambiental, a decisão de investir e/ou produzir Energias Renováveis tem de estar totalmente dependente da concessão do auxílio. Em nosso entender e apesar de se tratar de um aspecto aparentemente menor, esta característica será marcante na forma como o auxílio às Energias Renováveis está estruturado.

Mas a necessidade do auxílio manifesta-se noutras exigências da Comissão, como seja a de que os projectos não sejam “*intrinsecamente atractivos*”.

Ou seja, no âmbito dos seus poderes de controlo, a Comissão verificará se o investimento não teria sido realizado na ausência de qualquer auxílio estatal.

Isto é, se o projecto apresenta inequívocas vantagens económicas para o beneficiário (por exemplo, aumenta as receitas e/ou diminui os custos ou o consumo de energia e de matérias – primas), de tal forma que o projecto seja “intrinsecamente atractivo” ao ponto de o beneficiário não precisar do apoio estatal para prosseguir-lo porque o projecto “vende-se” a si próprio, então, mesmo que o investimento melhore o nível de protecção do ambiente, seja pelo recurso a Energias Renováveis, seja pela melhoria da eficiência energética – o auxílio deve ser considerado incompatível com os propósitos do mercado comum.

A Comissão verificará se o investimento “não teria sido realizado na ausência de qualquer auxílio estatal” – e aqui, salvo melhor opinião, o critério terá ido longe demais, perdendo alguma coerência sistemática com o objectivo da protecção ambiental.

Vejamos,

Parte da justificação para a autorização aos auxílios de Estado reside no facto de o beneficiário não ter interesse em suportar individualmente custos por “externalidades”, nem ser movido, na sua actividade económica, por interesses ambientalistas. Logo, se acede em melhorar o nível de protecção do ambiente, para além do que lhe é legislativamente imposto, aceitará o auxílio no mínimo por não lhe trazer qualquer benefício (hipótese difícil, que admitimos como argumento), e no restante e esmagador número de casos, se lhe trouxer benefícios adicionais.

Mas a pergunta final da Comissão será esta: se o auxílio não existisse, a empresa tomaria necessariamente/economicamente a decisão de investir

10 Parágrafo 38 das Orientações Relativas aos Auxílios Estatais com Finalidade Regional para o Período 2007-2013 (2006/C 54/08), conhecidas como RAG (*Regional Aid Guidelines*), disponíveis em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:054:0013:0044:PT:PDF>.

naquele mesmo sentido (em abstracto, se a ajuda for negada, a empresa fará por si esse investimento)?

O Estado-membro deverá, neste caso, apresentar factos à Comissão, comparando, com dados e estimativas, os níveis de actividade com e sem auxílio. Ou seja, não se trata de avaliar o projecto antes e depois do auxílio, mas de aferir como estará a actividade findo o período de auxílio e como estaria, nessa mesma data, sem auxílio.

A Comissão avança dois exemplos de vantagens a ponderar em cada caso concreto – por exemplo, a possibilidade de reciclar resíduos, ou o aumento do preço ou das vendas por serem “eco-friendly”. Outro exemplo – uma actividade a jusante como a recolha de biomassa.

Em suma, quanto mais atraentes forem os motivos para a empresa, menos atraentes serão enquanto candidatos a um auxílio.

A solução parece-nos criticável, por demasiado intransigente. Cumprido o objectivo de interesse comum – a protecção ambiental – verificando-se que não há prejuízo para a concorrência e que a possibilidade do auxílio se abre a todos os operadores do mercado, não seriam de rejeitar *a priori* “projectos intrinsecamente atraentes”. Estes, além de todos os objectivos, são os que, em abstracto, podem criar riqueza e desenvolver de forma sustentável a economia.

Este aspecto traz à colação um outro, que se relaciona com alguma incongruência do sistema em matéria de auxílios de Estado: ao compartimentar auxílios por “grandes objectivos” perde a visão de complementaridade¹¹ entre objectivos. Em abstracto, um único projecto pode ser candidato a vários regimes de auxílios, *v.g.* Energias Renováveis, eficiência energética, com carácter de *eco-inovação*.

É, portanto, natural que estas ajudas possam, em abstracto, originar cumulativamente outros benefícios ambientais – que estão enumerados e desenvolvidos nas Orientações de 2008 e que se dividem em vários tipos de auxílios, nomeadamente, a favor da adopção precoce ou pioneira de normas, de estudos ambientais e de poupança de energia.

Para estes casos, a Comissão admite a acumulação, se esta não resultar numa intensidade de auxílio superior à prevista nas Orientações; e quando as despesas susceptíveis de beneficiar de auxílios a favor do ambiente forem elegíveis, no todo ou em parte, para efeitos de auxílios com outras finalidades, a

¹¹ A Prof. Carla Amado Gomes (Gomes, 2008) alerta, na análise ao Acórdão PreussenElektra, para esta tendência de não olhar para os objectivos finalísticos dos auxílios de Estado.

parte comum fica sujeita ao limite mais favorável ao abrigo das regras aplicáveis. Esta cumulação é, contudo, imperfeita porque permite acumular um objectivo “ambiental” com outros auxílios não-ambientais (desenvolvimento regional/tecnológico ou outros), mas não objectivos ambientais entre si. Crê-se que seria um aspecto a reformular.

Uma última nota, ainda quanto à necessidade do auxílio.

São naturalmente excluídos, e aqui com toda a propriedade, os auxílios que visem apoiar as empresas a cumprir com normas comunitárias obrigatórias pré-existentes (entendidas aqui como as já em vigor ou vigentes a curto/médio prazo, embora as Orientações 2008 as não definam) de protecção ambiental. Admite-se apenas, e de forma inovadora, o auxílio às empresas que desejem ir além do exigido pelas normas comunitárias ou às empresas que inovem e implementem medidas de protecção na ausência de normas comunitárias nessa matéria. Repare-se num outro detalhe de grande importância e originalidade: os auxílios serão compatíveis mesmo que visem atingir metas nacionais, desde que estas superem as comunitárias.

O nosso país é, neste particular, um bom exemplo porque, apesar do sonoro objectivo de 20% de Energias Renováveis até 2020, abraçou antes um horizonte de 31% de Energias Renováveis para esse mesmo ano, como resulta do Programa *Portugal Eficiência 2015* – desenvolvido pelo Ministério da Economia e da Inovação. Este objectivo é, portanto, abstractamente compatível com o Mercado Comum e candidato a um auxílio estatal.

Trata-se de um plano de acção para eficiência energética desenvolvido pelo Estado Português, com medidas que visam alcançar, além da meta de 31% de renováveis na energia final em 2020, a redução da factura energética em 1% ao ano, e em aumentar em 10% a eficiência energética até 2015.

4.4. A intensidade do auxílio

Na protecção ambiental, a percentagem de auxílio autorizável atinge níveis muito relevantes e excepcionais face a outros tipos previstos na legislação comunitária, podendo chegar a 100% dos custos elegíveis (ou mais).

É certo que a Comissão se preocupou em diminuir o número de auxílios “autorizáveis” fora do RGIC (“*menos auxílios*” é a palavra de ordem), mas o mesmo não aconteceu quanto ao grau de intensidade autorizada da ajuda. Aliás, nas actuais orientações há um aumento significativo da intensidade do auxílio, quer em relação às anteriores Orientações de 2001, quer em relação ao então projecto das Orientações hoje em vigor.

Não interessa sobremaneira nem se justifica descrever em pormenor as intensidades dos auxílios, mas é de sublinhar o facto de, contra os característicos 50% de auxílio sobre os custos elegíveis, no campo das Renováveis, se estabelecerem à partida 60%, com uma majoração adicional para as pequenas (20%) e médias (10%) empresas quando estas introduzam melhorias da protecção ambiental (na ausência de normas nacionais ou comunitárias que as imponham). Também se prevê a aplicação de uma majoração adicional cumulativa (mais 10%), caso o projecto preveja uma *eco*-inovação (isto é, um projecto inédito ou de melhoria substancial de risco comercial acrescido mas com um benefício significativo e extraordinário para o ambiente).

A intensidade máxima dos 100% está prevista para casos específicos. Destacam-se dois aspectos, que evidenciam as preocupações de transparência quando a intensidade do auxílio possa atingir aquela percentagem dos custos elegíveis:

- *Necessidade de um concurso público*. Não se define o que se entende por aberto a “um número suficiente de empresas”, mas consideramos que deva tratar-se de um concurso verdadeiramente competitivo, aberto a todos os operadores ou futuros operadores e não reduzido aos chamados “players” do mercado;
- *Orçamento fechado*, no sentido de estar pré-definido, ou seja, o auxílio não pode ficar aberto e dependente do número de candidaturas, devendo o valor do auxílio pedido corresponder à candidatura e não a negociações posteriores. Aqui, serão de excluir também “derrapagens orçamentais” ou outros custos imprevisíveis.

5. AS ORIENTAÇÕES 2008 – NOVAS E INOVADORAS?

Não podendo ter-se por inovadoras face ao anterior Enquadramento de 2001, a verdade é que as Orientações 2008 consagram soluções coerentes com o objectivo de menos auxílios mas mais orientados.

Destacam-se como as principais alterações das novas Orientações 2008:

- Introdução de novos tipos de auxílios (aos estudos no domínio do ambiente, ao aquecimento urbano, a favor da gestão de resíduos, entre outros) com regras próprias de avaliação, salientando-se os auxílios destinados à adaptação precoce às normas comunitárias em matéria ambiental.
- Aumento das intensidades de auxílio de forma muito significativa – em cerca de 20% para pequenas/médias e grandes empresas. Além disso, em

casos de investimento que se traduzam numa eco-inovação¹², pode ser concedida uma bonificação adicional de 10%.

- Possibilidade de um projecto receber um apoio de 100% sobre os custos elegíveis, a qual não estava prevista nem nas anteriores Orientações, nem tão pouco no projecto destas novas Orientações. Esta intensidade máxima depende da verificação de vários requisitos, entre os quais, que a escolha de candidaturas se faça por concurso público. A Comissão marca, assim, o seu propósito de viabilizar o apoio generoso a projectos dedicados a uma melhoria efectiva na protecção do ambiente.
- As orientações de 2008 surgem na esteira da simplificação administrativa dos processos de controlo dos auxílios de Estado – fortemente criticados, por vezes, pela sua complexidade e morosidade.

(i) Estabelece duas modalidades de análise:

- *análise*, digamos, *normal* ou simplificada (Capítulo 3) – em relação a auxílios que não atinjam um determinado patamar;
- *análise aprofundada*¹³ (Capítulo 5) – que consiste num exame mais minucioso dos casos que se apresentam como mais susceptíveis de distorcer a concorrência e as trocas comerciais, por exemplo, auxílios com o *plafond* excedido (7,5M€ em investimento ou 5M€ ao funcionamento) ou auxílios a instalações com capacidade de produção superior a 125MW (no caso de biocombustíveis, com produção superior a 150.000 t por ano, e nos de co-geração, superior a 200MW) ou, ainda, auxílios a novas instalações, se o respectivo montante se basear num cálculo dos custos externos evitados (i.e., se os custos elegíveis com a protecção ambiental não forem claramente diferenciáveis).

12 Definidas nas Orientações 2008, art.º 2.2., parágrafo 4, como: “*todos os tipos de actividades inovadoras que conduzam ou visem uma melhoria significativa a nível da protecção do ambiente. A eco-inovação inclui novos processos de produção, novos produtos ou serviços, bem como novos métodos de gestão e modelos empresariais, cuja utilização ou aplicação seja susceptível de suprir ou reduzir substancialmente os riscos para o ambiente, a poluição e outros efeitos negativos que advêm da utilização dos recursos, durante todo o ciclo de vida das actividades conexas*”.

13 Estes valores estão sucintamente explicados, por meio de uma tabela, para uma consulta rápida em “*Vademecum das Regras Comunitárias em matéria de Auxílios Estatais*”, Comissão Europeia, 2008, pág. 28, disponível em: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/vademecum_on_rules_09_2008_pt.pdf [consultado em 13.09.2010].

(ii) Antecipa o Regime Geral de Isenção por Categoria

Esta Isenção veio desobrigar os Estados-Membros de notificar certas medidas de auxílio à Comissão, reduzindo assim a carga administrativa.

6. RECURSO AOS TRIBUNAIS NACIONAIS – UMA NOVA “FRENTE”

Uma derradeira nota, ainda a respeito do controlo dos auxílios – que, até agora, se tem limitado ao controlo prévio e obrigatório por parte da Comissão Europeia.

Importa realçar que existe a possibilidade de recurso aos tribunais nacionais, perante um auxílio de Estado ilegal, em matéria de Energias Renováveis, como em todas as demais. O recurso é *a posteriori*, não podendo os tribunais nacionais ou qualquer outra entidade – nomeadamente a Autoridade da Concorrência – substituir-se à Comissão nesse papel.

Recentemente, esta possibilidade de recurso aos tribunais nacionais foi, aliás, sustentada e desenvolvida numa interessante “*Comunicação da Comissão relativa à aplicação da legislação em matéria de auxílios estatais pelos tribunais nacionais*” (2009/C85/01), de 21 de Fevereiro de 2009¹⁴, que também merece destaque porque faz parte do mencionado «*Plano de Acção no domínio dos auxílios estatais – Menos auxílios estatais e mais orientados: um roteiro para a reforma dos auxílios estatais 2005–2009*».

Por meio desta comunicação, a Comissão relembra que existem outras *frentes de combate* para além da denúncia à própria Comissão.

Os auxílios concedidos através de uma decisão administrativa ou de qualquer outro acto de entidades públicas, em violação do artigo 108.º n.º 3 do TFUE, estão sujeitos ao controlo judicial pelos tribunais nacionais. Têm legitimidade para contestar um auxílio alegadamente ilegal quaisquer concorrentes que tenham um interesse directo e individual na anulação de tal auxílio, não precisando, por isso, de demonstrar que a concessão do auxílio violou directamente os seus direitos ou interesses protegidos.

É de salientar, porém, sem desprimor para o Julgador, que os tribunais nacionais denotam alguma falta de sensibilidade e uma natural falta de experiência nesta matéria, há largos anos tratada no perímetro comunitário.

¹⁴ Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:085:0001:0022:PT:PDF> [consultado em 13.09.2010].

Até à data, não se conhece qualquer decisão de anulação de auxílios estatais ilegais por parte dos tribunais portugueses, sendo ainda poucos, de resto, os casos em que os auxílios estatais foram discutidos nos tribunais nacionais. Refiram-se, a título de exemplo, os acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 15 de Março de 2000 e de 13 de Novembro de 2002, bem como o parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 41/2002, de 28 de Setembro de 2002, em todos os três se tendo concluído pela inexistência de um auxílio estatal ilegal.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema é de grande importância para o desenvolvimento da energia sustentável e logo, não será demais dizer, relevante para o Planeta.

Os auxílios de Estado foram regulados no TFUE como excepcionais, limitados e degressivos mas, ao longo dos anos, têm assumido, de objectivo em objectivo, o papel de um instrumento económico válido e necessário, desde que bem orientado e controlado, para impulsionar o Mercado em diversas frentes.

As Energias Renováveis são uma dessas “novas frentes” e os auxílios, um meio para atingir um fim: a meta mínima e vinculativa de que 20% do consumo europeu terá origem em fontes de Energias Renováveis.

Como vimos acima, a Comissão assumiu publicamente a importância destes auxílios, mas não se eximiu de os controlar, em prol do seu objectivo principal (proteger o ambiente) quando: (i) estabeleceu um desejado Regime de Isenção por Categoria, (ii) aumentou os níveis de intensidade dos auxílios para valores excepcionais, (iii) apertou os critérios da necessidade e do incentivo ao auxílio que traga benefícios evidentes, excepcionais e duradouros para o ambiente que não existiriam sem esse auxílio, e (iv) reforçou o controlo nacional dos auxílios ilegais por parte dos tribunais nacionais.

Concluimos que há efectivamente uma *luz verde* para os Estados avançarem com auxílios internos à produção e distribuição das fontes de Energias Renováveis, mas com uma certeza, porém: a presença sempre próxima de um “*policia*” rigoroso e atento – a Comissão

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- BIONDI, Andrea, EECKOUT, Piet & FLYNN, James
 2004 *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford: Oxford University Press.
- GOMES, Carla Amado
 2008 “O Regime Jurídico da Produção de Electricidade a partir de Fontes de Energia Renováveis: Aspectos Gerais” in *Cadernos “O Direito”, Temas de Direito da Energia*, n.º 3, Coimbra: Almedina.
- HANCHER, Leigh, OTTERTVANGER, Tom & SLOT, Piet Jan
 1999 *E.C. State Aids*, London: Sweet & Maxwell.
- MARTIN, Manuel
 2002 *Auxílios de Estado no Direito Comunitário*, S. João do Estoril – Cascais: Principia.
- MEDERER, Wolfgang, PESARESI, Nicolai & HOOF, Marc Van
 2008 *EU Competition Law – Volume IV, State Aid*, Leuven: Claeys & Casteels.
- NEMITZ, Paul F.
 2007 *The effective Application of EU State Aid Procedures, The Role of National Law and Practice*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- QUIGLEY, CONOR
 2009 *European State Aid Law and Policy*, 2.^a Edição, Oxford – Portland Oregon: Hart Publishing.
- RYDELSKI, Michael Sánchez
 2006 *The EC State Aid Regime, Distortive Effects of State Aid on Competition and Trade*, London: Cameron May.
- SANTOS, António Carlos dos
 2003 *Auxílios de Estado e Fiscalidade*, Coimbra: Almedina.

C&R

LEGISLAÇÃO

Notícia de Legislação

Legislação Nacional

NOTÍCIA DE LEGISLAÇÃO NACIONAL

TRIBUNAIS ESPECIALIZADOS, CONCENTRAÇÃO DE COMPETÊNCIAS E O FUTURO TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO

*Helena Gaspar Martinho**

1. A PROPOSTA DE LEI QUE CRIA O TRIBUNAL DE COMPETÊNCIA ESPECIALIZADA PARA A CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO

O Governo tomou recentemente a iniciativa de apresentar à Assembleia da República uma Proposta de Lei¹ que cria o Tribunal de competência especializada para a Concorrência, Regulação e Supervisão (TCRS), bem como o Tribunal de competência especializada para a Propriedade Intelectual.

Na Exposição de Motivos desta Proposta de Lei são apresentados como fundamentos para a criação destes novos tribunais a complexidade e especificidade das matérias tratadas pelas entidades reguladoras independentes, que exigem dos magistrados que julgam os respectivos processos um elevado nível de especialização.

* Advogada no Departamento Jurídico e do Contencioso da Autoridade da Concorrência. As opiniões expressas no presente artigo são estritamente pessoais e não vinculam, de forma alguma, a Autoridade da Concorrência.

¹ Proposta de Lei n.º 32/XI (GOV).

Por outro lado, a criação destes tribunais especializados permitiria assegurar uma melhor redistribuição de processos e o descongestionamento e redução do número de processos pendentes nos tribunais de comércio, onde o número de casos que aguardam decisão é muito elevado.

Em suma, a criação destes novos tribunais com competência especializada permitiria uma decisão mais célere e mais adequada².

Assim, e de acordo com a referida Proposta de Lei, competirá ao TCRS julgar os recursos das decisões da Autoridade da Concorrência (AdC) – seja em processos administrativos ou contra-ordenacionais, de decisões finais ou interlocutórias que admitam recurso – bem como os recursos de decisões de entidades reguladoras e de supervisão, designadamente, o Banco de Portugal, o Instituto de Seguros de Portugal, a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, o ICP – Autoridade Nacional de Comunicações ou a Entidade Reguladora para a Comunicação Social³.

² Como consta da exposição de motivos:

“O incremento da função reguladora do Estado, através de entidades independentes reguladoras, com competência sancionatória em sectores de actividade muito específicos e complexos, exige do sistema de justiça, nomeadamente dos Magistrados que têm de julgar recursos das decisões das entidades reguladoras, nomeadamente em matéria contra-ordenacional, um elevado grau de especialização.

A criação do tribunal de propriedade intelectual e do tribunal da concorrência, regulação e supervisão permite assegurar uma melhor redistribuição de processos e o descongestionamento e redução do número de pendências nos Tribunais do Comércio, tribunais onde o número de pendências é muito elevado. Às vantagens inerentes à redução do número de processos que aí se encontram, juntam-se a especial complexidade destas matérias, o impacto supra nacional dos bens jurídicos em causa e motivos de celeridade no andamento das decisões, garantindo uma decisão mais célere e mais adequada para estas questões”.

³ “1 – Compete ao tribunal da concorrência, regulação e supervisão conhecer das questões relativas a:

- a) Recursos das decisões da Autoridade da Concorrência, em processo de contra-ordenação;
- b) Recursos das decisões da Autoridade da Concorrência proferidas em procedimentos administrativos a que se refere o regime jurídico da concorrência, bem como da decisão ministerial prevista no artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro;
- c) Recurso das demais decisões da Autoridade da Concorrência que admitam recurso, nos termos previstos no regime jurídico da concorrência;
- d) Recurso, revisão e execução das decisões do Banco de Portugal em processo de contra-ordenação ou de quaisquer outras medidas do mesmo Banco tomadas no âmbito do mesmo processo e legalmente susceptíveis de impugnação;
- e) Recurso das decisões, despachos e demais medidas que sejam legalmente susceptíveis de impugnação tomadas pelo Instituto de Seguros de Portugal em processo de contra-ordenação, bem como para proceder à execução das decisões definitivas;
- f) Recurso, revisão e execução das decisões da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) em processo de contra-ordenação, ou quaisquer outras medidas da CMVM tomadas no âmbito do mesmo processo que sejam legalmente susceptíveis de impugnação;
- g) Recursos das decisões do ICP – Autoridade Nacional de Comunicações (ICP ANACOM) no âmbito de processos de contra-ordenação;
- h) Recursos das decisões da Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC) em processo de contra-ordenação;

Das alterações previstas na Proposta de Lei em apreço resulta clara a adopção de um regime de centralização em termos de competência territorial dos recursos de decisões da AdC (seja em processo contra-ordenacional, ou em processo administrativo) no TCRS, com o reforço de segurança jurídica daí adveniente, quer para a AdC, quer para os arguidos, interessados e instâncias judiciais envolvidas.

Com efeito, a AdC tinha já manifestado as suas dúvidas e preocupações aquando da publicação da Lei n.º 52/2008, de 28 de Agosto, que aprovou a nova Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (LOFTJ), uma vez que a disseminação da competência territorial operada por este diploma, ainda que mantendo uma relativa especialização nos vários juízos de comércio, comportava uma perda de especialização, a nosso ver, pouco compatível com o elevado nível de complexidade e relevância económica e social das matérias jusconcorrenciais.

Em ruptura com o regime de centralização dos recursos das decisões da AdC no Tribunal de Comércio de Lisboa, até então consagrado, o referido diploma criava ainda múltiplos problemas de aplicação e interpretação – desde logo, porque as regras gerais para determinação territorial eram claramente desadequadas e de difícil aplicação nos processos da AdC – com a consequente incerteza e insegurança jurídicas criadas nos intérpretes, aplicadores e destinatários da lei.

A Proposta de Lei ora em análise, a ser aprovada, como tudo indica, permitirá, assim, ultrapassar vários dos problemas apontados pela AdC aquando da aprovação da referida Lei n.º 52/2008.

Constata-se, ademais, que tal centralização de competências e funções toma em consideração a especificidade e complexidade das infracções jusconcorrenciais, bem como dos processos administrativos em sede de concorrência, para os quais se julga essencial a especialização e constante necessidade de formação e actualização, mormente de acompanhamento das evoluções verificadas na doutrina e jurisprudência comunitárias.

A concentração de competências e especialização para a decisão de recursos no domínio do Direito da Concorrência é uma questão da maior importância

i) Recurso, revisão e execução das decisões proferidas em processo de contra-ordenação pelas demais entidades administrativas independentes com funções de regulação e supervisão.

2 – A competência a que se refere o número anterior abrange os respectivos incidentes e apensos”. Redacção constante da Proposta de Lei para os artigos 89.º-B da Lei n.º 3/99, de 13 de Janeiro e 122.º-A da Lei n.º 52/2008, de 28 de Agosto (nesta última referindo-se a *juízos* da concorrência, regulação e supervisão).

– e encontramos múltiplas provas disso mesmo quer noutros ordenamentos jurídicos nacionais, no que se refere à análise das decisões das Autoridades Nacionais da Concorrência (ANCs), quer no domínio da União Europeia (UE), no que concerne ao escrutínio das decisões da Comissão Europeia.

2. TRIBUNAIS NACIONAIS NA UE – CONCENTRAÇÃO DE COMPE-TÊNCIAS E ESPECIALIZAÇÃO

Também nos ordenamentos jurídicos nacionais da UE tende a haver uma aposta numa concentração de competências e em tribunais especializados para decidir os recursos de decisões das ANCs⁴.

Assim, e para referir apenas alguns exemplos, na Alemanha as decisões do *Bundeskartellamt* podem ser objecto de recurso para o tribunal regional (*Oberlandesgericht*) de Düsseldorf, que tem câmaras especializadas em Direito da Concorrência e cujos juízes têm uma elevada preparação nesta área específica do Direito⁵.

Na Holanda as decisões da ANC (*Nederlandse Mededingingsautoriteit – NMa*) podem, em primeira instância, ser objecto de recurso para um tribunal administrativo especializado (uma vez que as próprias decisões sancionatórias assumem a natureza de decisões administrativas): o tribunal de distrito de Roterdão⁶. Segundo declarações do presidente desta ANC, todos os recursos da ANC holandesa são decididos por um tribunal especializado e por juízes com experiência no Direito da Concorrência⁷.

No Reino Unido é o *Competition Appeal Tribunal*, tido como altamente especializado, o tribunal competente para julgar os recursos das decisões do *Office of Fair Trading*. As decisões são tomadas por um painel interdisciplinar de três peritos – geralmente, composto por juristas e economistas⁸.

Podemos ainda apontar outros exemplos:

Assim, em França as decisões da *Autorité de la Concurrence* são objecto de recurso para a *Cour d'Appel de Paris*; em Espanha as decisões da *Comisión Nacional de la Competencia* podem ser sindicadas junto da *Audiencia Nacio-*

4 Veja-se a este respeito: http://www.concurrences.com/rubrique.php3?id_rubrique=651&lang=en [consultado em 8.9.2010].

5 Burrichter & Logemann, 2010: 1-2.

6 Kalbfleisch, 2010: 1-2.

7 Gray, 2008: 11.

8 Bacon, 2010: 1.

nal; em Itália as decisões da *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* podem ser recorridas para o tribunal regional administrativo do Latium; e na Dinamarca estes recursos são decididos pelo tribunal da concorrência.

Do exposto resulta claramente que a regra, nos países da UE, é a concentração num único tribunal para decidir, em primeira instância, os recursos das decisões das ANCs, podendo variar o seu nível de especialização entre tribunais cuja única competência é decidir matérias de Direito da Concorrência e de regulação económica e tribunais com competências mais alargadas que, em alguns casos, têm câmaras especializadas para julgar estes processos.

3. O TRIBUNAL DE JUSTIÇA, O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA E O DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Em meados dos anos 80 fazia sentir-se o aumento do número de casos pendentes no Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (actualmente designado Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE). Vítima do seu próprio sucesso, o TJUE estava submerso em recursos e crescia o descontentamento com a demora na decisão dos processos. Por outro lado, havia críticas quanto à falta de rigor na análise dos factos, em particular, nos processos de Concorrência⁹.

Resultado da necessidade de desonerar o TJUE do excesso de processos, bem como de garantir decisões mais céleres e, simultaneamente, mais rigorosas no âmbito do Direito da Concorrência, em 1988¹⁰, foi criado o Tribunal de Primeira Instância – TPI (actualmente designado Tribunal Geral) – que teria jurisdição apenas para processos de Direito da Concorrência e Função Pública. Foi, portanto, ainda nos anos 80, criado um tribunal especializado – uma reforma institucional da maior importância para a própria defesa dos direitos das empresas investigadas pela Comissão Europeia por práticas restritivas da Concorrência (em violação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – TFUE) e envolvidas nas operações de concentração¹¹.

O papel dos tribunais no controlo das decisões adoptadas pela Comissão Europeia no domínio do Direito da Concorrência foi e continua a ser fundamental, seja em matérias de Direito, seja em matérias de facto.

⁹ Edward, 2007: 2; Bellamy, 2010: 34.

¹⁰ Através da reforma institucional levada a cabo pelo Acto Único Europeu de 1986.

¹¹ Edward, 2007: 2; Bellamy, 2010, 34; Due, 2004: 29; Kerse & Khan, 2005: 54.

No que se refere às matérias de Direito, em primeiro lugar, recorde-se que no domínio do anteriormente designado Direito Comunitário e, em particular, no que respeita ao Direito da Concorrência, a consagração da aplicação de direitos fundamentais nestes processos (bem como a delimitação da amplitude com que este seriam aplicáveis) teve origem pretoriana, retirando os tribunais comunitários a sua inspiração das tradições constitucionais dos Estados-membros e das linhas de orientação fornecidas por tratados internacionais de protecção aos direitos humanos, nomeadamente, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem – CEDH¹².

Como refere Bo Vesterdorf, antigo presidente do TPI, a retórica dos princípios e direitos fundamentais evoluiu significativamente nos últimos anos nos processos do Direito da Concorrência¹³. Mesmo na ausência de uma consagração legislativa expressa, os tribunais garantiram que os direitos fundamentais fossem devidamente defendidos e escrutinaram as acções da Comissão nesse sentido.

Assim, os tribunais assumiram um papel preponderante na garantia de que, ao longo de processo, os poderes de investigação da Comissão fossem equilibrados e compatibilizados com os direitos das empresas.

Por outro lado, no que se refere à interpretação e aplicação do próprio Direito da Concorrência, os Tribunais da UE têm lidado com uma “enorme variedade de matérias e estabeleceram os critérios legais aplicáveis a muitos aspectos de condutas económicas, incluindo práticas concertadas, comportamentos oligopolistas, restrições verticais e comportamentos abusivos sob a forma de comportamentos de exclusão tais como preços predatórios, recusas de fornecimento e alavancagem (*leveraging*)”¹⁴.

Por último, e no que respeita ao controlo da matéria de facto, foi, em parte, a necessidade de uma revisão intensiva e rigorosa em processos de elevada complexidade e que exigem profundos conhecimentos técnicos que, em

12 “Na ausência de um catálogo comunitário de direitos fundamentais, coube ao Juiz comunitário, caso a caso, dependendo das circunstâncias concretas do litígio, identificar os direitos a proteger e que, por essa via passam a fazer parte de uma espécie de carta comunitária de direitos de fonte pretoriana”. Duarte, 2006: 71.

13 *In this regard, it is difficult to escape the conclusion that the fundamental rights artillery has developed and evolved substantially over the years. The rhetoric of fundamental rights and principles in competition cases pervades a significant number of areas such as the rights of the defence, the prohibition of double jeopardy and the prohibition of double jeopardy and the prohibition of arbitrary and disproportionate investigations*”. Vesterdorf, 2005a: 701.

14 Vesterdorf, 2005b: 12.

grande medida, justificou a criação do TPI. Veja-se a este respeito as Conclusões do Advogado-Geral Cosmas no caso *Masterfoods*:

“Além disso, a decisão da Comissão que nos ocupa no presente processo apresenta outra particularidade. Diz respeito à aplicação, num caso determinado, das disposições dos artigos 85.º, n.º 1, e 86.º do Tratado [presentemente, artigos 101.º e 102.º do TFUE]. Por outras palavras, implica *apreciações técnicas e económicas complexas*, cuja exactidão requer um controlo exaustivo do mérito da causa por uma *autoridade judiciária especializada*. Foi, entre outras razões, para responder a esta necessidade que o legislador constituinte comunitário foi levado a criar o Tribunal de Primeira Instância. Deliberando de forma sistemática sobre recursos de anulação de decisões da Comissão, análogas à que está em causa no caso concreto, esta jurisdição conseguiu aprofundar e reforçar a fiscalização jurisdicional destas decisões, contribuindo assim para a melhoria do sistema comunitário de protecção jurisdicional”¹⁵.

E se o trabalho desenvolvido pelos tribunais teve, nas últimas décadas, uma importância fundamental na aplicação do Direito da Concorrência, a relevância de um controlo jurisdicional especializado não tende a diminuir – bem pelo contrário.

4. CRESCENTE IMPORTÂNCIA DA ANÁLISE ECONÓMICA NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

A análise económica sempre esteve intimamente relacionada com o Direito da Concorrência. Com efeito, o Direito da Concorrência tem, em si mesmo, um fim económico: concorrência no mercado¹⁶.

15 Conclusões do Advogado-Geral Cosmas apresentadas em 16 de Maio de 2000, *Masterfoods Ltd contra HB Ice Cream Ltd*, Processo C-344/98, § 54, destaque nosso. Como o Tribunal de Justiça salientou no acórdão de 17 de Dezembro de 1998, *Baustahlgewebe contra Comissão*, Processo C-185/95 P, “a instituição do Tribunal de Primeira Instância junto do Tribunal de Justiça, e a criação de um segundo nível de jurisdição, teve por objectivo, por um lado, melhorar a protecção judicial dos particulares, designadamente no que respeita aos recursos que requerem uma análise aprofundada de matéria de facto complexa, e, por outro, manter a qualidade e a eficácia do controlo judicial na ordem jurídica comunitária...”.

16 Conceitos económicos e legais entrelaçam-se nesta disciplina jurídica. Se o Direito faz referência a conceitos económicos, o recurso à análise económica justifica-se, desde logo, pela necessidade de interpretar correctamente a vontade do legislador e para descrever as razões particulares que levam os operadores económicos a comportar-se de certa forma no mercado. A análise económica tem, assim, uma função descritiva. Noutros casos, a análise económica pode ajudar a avaliar as consequências de uma norma jurídica, do ponto de vista da sua capacidade para satisfazer o bem-estar geral. Desempenha, neste caso, uma função de previsão. A análise económica pode ainda ajudar o jurista a formar uma opinião esclarecida

As autoridades administrativas e os tribunais que aplicavam o Direito da Concorrência desde cedo desenvolveram uma prática decisória de acordo com a qual se presume que certas práticas são anti-concorrenciais – práticas proibidas *per se*.

O Direito da Concorrência na UE tem evoluído, porém, em termos gerais, no sentido de valorizar uma análise dos efeitos das práticas em detrimento de uma análise formalista, com o conseqüente reconhecimento crescente da importância da análise económica, que tenderá a assumir um papel mais interventivo e de maior destaque.

Seria a equipa afectada à análise das operações de concentração aquela que mais cedo desenvolveria a utilização da análise económica como ferramenta essencial nos seus processos. A *task force* de concentrações, criada na DG-COMP aquando a aprovação do Regulamento n.º 4064/89¹⁷, “tornou-se rapidamente uma unidade de elite nos serviços da Comissão, destacando-se pelo predomínio da análise económica sobre o formalismo que ainda caracterizava as restantes direcções da DG IV”¹⁸, sendo que o seu “pendor mais aberto à análise económica viria a influenciar outras áreas da política comunitária de concorrência”¹⁹.

Esta nova abordagem, de pendor mais económico, viria a conduzir à aprovação de um novo Regulamento de isenções por categoria em restrições verticais, em 1999²⁰, e à revisão do Regulamento n.º 4064/89, introduzindo um novo critério substantivo de avaliação das operações de concentração²¹. As novas linhas de orientação sobre restrições verticais²², as orientações sobre

sobre o carácter desejável de uma proposta de alteração do Direito ou sobre a escolha entre duas opções opostas num caso concreto. Neste caso, a análise económica desempenha uma função normativa. Lianos, 2007: 2-3.

17 Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas (Jornal Oficial de 30.12.1989).

18 Moura e Silva, 2008: 845.

19 Moura e Silva, 2008: 40.

20 Regulamento (CE) n.º 2790/1999 da Comissão, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas (Jornal Oficial de 29.12.1999).

21 Seria, então aprovado o Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004, relativo ao controlo de operações de empresas (Jornal Oficial de 29.1.2004), presentemente em processo de revisão.

22 Vejam-se as recentes Orientações relativas às restrições verticais (2010/C 130/01), Jornal Oficial de 19.5.2010.

concentrações²³, bem como as orientações sobre as prioridades da Comissão quanto aos abusos de posição dominante²⁴ são, também, tributários de uma abordagem mais económica – que se estendeu, com maior ou menor intensidade, a praticamente todas as áreas do Direito da Concorrência.

Neste quadro, os juízes que decidem os recursos em processo de Direito da Concorrência serão, cada vez mais, confrontados com prova económica e pareceres de peritos da área da economia²⁵ – realidade que apela a uma especialização de tribunais e juizes.

5. DEVERÁ SER CRIADO UM TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA EUROPEU?

As sucessivas revisões do Tratado alargaram significativamente a jurisdição do Tribunal Geral – o que, associado ao aumento do número de países membros da UE veio aumentar, em grande medida, o número de processos pendentes neste Tribunal²⁶.

De tribunal especializado, o TPI transformar-se-ia em Tribunal Geral (realidade reflectida na nova designação que lhe foi atribuída pelo Tratado de Lisboa), cobrindo praticamente todas as matérias de Direito União Europeia. Por outro lado, algumas das alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa poderão trazer muitos novos recursos aos Tribunais do Luxemburgo²⁷.

23 Designadamente, as Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas (2004/C 31/03), Jornal Oficial de 5.2.2004.

24 Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante (2009/C 45/02), Jornal Oficial de 24.2.2009.

25 Chamando a atenção para a importância, cada vez maior, da análise económica no Direito da Concorrência e respectivas consequências na actividade desenvolvida pelos juízes aquando a análise dos recursos sobre estas matérias: Jenny, 2007. Segundo o Autor, a utilização da análise económica pelo Direito da Concorrência testa a capacidade dos juízes de mobilizar os conhecimentos necessários à integração de conceitos e esquemas de raciocínio diferentes daqueles a que estão habituados. Aponta a necessidade de apostar na formação económica dos juízes como forma de favorecer o necessário diálogo entre Direito e Economia.

26 Veja-se a este respeito: Cowen, 2008: 15 e 16; e Bellamy, 2010: 36-37. Em compensação, os processos relativos à função pública foram transferidos para o Tribunal da Função Pública, criado em 2004.

27 Designadamente, artigo 263.º do Tratado de Lisboa: Bellamy, 2010: 32. Apontando outros factores poderão fazer aumentar significativamente o número de recursos apresentados perante os Tribunais da UE, Cowen, 2008: 20-22: (i) A Carta dos direitos fundamentais da União Europeia, que poderá gerar maior litigância numa tentativa de testar os seus limites, interpretação e significado; (ii) O formato complexo do Tratado de Lisboa e as reformas levadas a cabo pelo mesmo, que podem, durante algum tempo, gerar alguma incerteza e aumentar o nível da litigância; (iii) A expansão, levada a cabo pelo Tratado de Lisboa, da jurisdição do TJUE para todas as actividades da UE, com excepção da política comum de segurança externa.

Como escreve Bellamy, se do ponto de vista dos cidadãos europeus tais reformas são bem-vindas, uma vez que é necessário um controlo jurisdicional efectivo sobre todo o espectro de matérias das actividades da UE, do ponto de vista mais restrito do Direito da Concorrência, porém, a evolução do TPI para um Tribunal Geral significa, inevitavelmente, que os juízes demorarão mais tempo a familiarizar-se e a ganhar experiência no campo do Direito da Concorrência²⁸.

Neste contexto, e um pouco à semelhança do que sucedeu nos anos 80, num processo que culminou com a criação do então TPI, discute-se, presentemente, a necessidade de implementação de novas reformas que permitam a decisão mais célere dos processos de Concorrência, sem, no entanto, perder a especialização alcançada.

A hipótese da criação de um tribunal especializado em Direito da Concorrência ganhou forma, não só no debate entre práticos e académicos, mas no próprio Tratado, que, com a revisão operada pelo Tratado de Nice, passou a prever a possibilidade de criação de tribunais especializados, adstritos ao, então, TPI²⁹.

Foi sobre este problema – embora concentrado, mais concretamente, na questão da demora na decisão dos casos relativos a operações de concentração – que se debruçou o *Sub-Committee E (Law and Institutions) of the House of*

28 Bellamy, 2010: 43.

29 Anterior artigo 225.º-A do TCE. Eis o que dispõe o actual artigo 257.º do TFUE:

“O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, podem criar tribunais especializados, adstritos ao Tribunal Geral, encarregados de conhecer em primeira instância de certas categorias de recursos em matérias específicas. O Parlamento Europeu e o Conselho adoptam regulamentos, quer sob proposta da Comissão e após consulta ao Tribunal de Justiça, quer a pedido do Tribunal de Justiça e após consulta à Comissão.

O regulamento que crie um tribunal especializado fixará as regras relativas à composição desse tribunal e especificará o âmbito das competências que lhe forem conferidas.

As decisões dos tribunais especializados podem ser objecto de recurso para o Tribunal Geral limitado às questões de direito ou, quando tal estiver previsto no regulamento que cria o tribunal especializado, que incida também sobre as questões de facto.

Os membros dos tribunais especializados serão escolhidos de entre pessoas que ofereçam todas as garantias de independência e possuam a capacidade requerida para o exercício de funções jurisdicionais. São nomeados pelo Conselho, deliberando por unanimidade.

Os tribunais especializados estabelecem o respectivo regulamento de processo, de comum acordo com o Tribunal de Justiça. Esse regulamento é submetido à aprovação do Conselho.

Salvo disposição em contrário do regulamento que cria o tribunal especializado, aplicam-se aos tribunais especializados as disposições dos Tratados relativas ao Tribunal de Justiça da União Europeia e as disposições do seu Estatuto. O Título I e o artigo 64.º do Estatuto aplicam-se, em todas as circunstâncias, aos tribunais especializados.”

the Lords Select Committee on the European Union (Comité), tendo publicado um relatório a este respeito a 23 de Abril de 2007³⁰.

O Comité chegou à conclusão de que a criação de um novo tribunal, especializado em Direito da Concorrência, não seria a melhor solução para o problema, designadamente, porque tal tribunal teria os mesmos poderes que o TPI e lidaria com casos igualmente complexos, sendo que não se previa que pudesse trabalhar num regime linguístico significativamente diferente daquele em que trabalhava o TPI³¹. Por outro lado, seria criada uma nova instância de recurso (para o próprio TPI) que poderia tornar o tempo total dispendido na decisão de um processo ainda maior. Não poderiam ainda ignorar-se os riscos de atribuir a competência para julgar os processos de uma matéria tão sensível como o Direito da Concorrência a um nível de jurisdição inferior.

Uma opção alternativa, apontada por vários Autores, seria a criação de câmaras especializadas dentro do TPI, ou uma repartição de processos, de acordo com as matérias, dentro das câmaras já existentes no tribunal – que permitiria que se alcançasse uma razoável especialização³².

O que é evidente é que existe unanimidade na Doutrina quanto à necessidade de garantir um certo nível de especialização na decisão dos processos de Concorrência – sobretudo quando, como referimos, estes processos tendem a tornar-se cada vez mais complexos e exigentes³³.

6. REGRESSANDO AO CASO PORTUGUÊS

Já a propósito da atribuição, pela Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (que aprovou o regime jurídico da concorrência ainda em vigor) de competência exclusiva ao Tribunal de Comércio de Lisboa para julgar, em primeira instância,

30 <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldselect/ldecom/75/7502.htm> [consultado em 7.9.2010].

31 O regime linguístico constitui um limite da maior importância na produtividade dos Tribunais do Luxemburgo – problema agudizado com o alargamento da UE. Em média, a tradução consome cerca de sete meses do tempo total dispendido num processo. A este respeito veja-se Cowen, 2008: 23-25.

32 Messina, 2007: 209-210; Lang, 2007: 360; Garcia-Valdecasas, 2008: 2.

33 Garcia-Valdecasas, 2008: 1-2; Bellamy, 2010: 51-52; Flynn, 2007: 376. Permitimo-nos citar o que escreve a este respeito o último Autor: “[*Competition*] is not a topic to float in and out, and generalist judges appointed to the CFI will find it increasingly difficult to adjust and make real contribution to the competition case load if they come across it relatively infrequently and even less frequently act as rapporteur in such cases. It may also be that increasingly there will be a need for more searching probing of economic evidence and more live presentation of economic expert opinion and questioning of experts, as the economic approach and effect-based analysis seeps ever more thoroughly into decision-making in Article 82 cases”.

os recursos das decisões da AdC, escreveu Miguel Mendes Pereira que tal representava “um louvável esforço do legislador no sentido de permitir uma determinada especialização no controlo judicial das decisões da AdC e na apreciação das matérias jus-concorrenciais”, apontando “a consabida complexidade destas matérias, a que não será alheia, por um lado, a sofisticada análise económica que frequentemente subjaz ao processo decisório e, por outro, os conhecimentos da prática decisória administrativa e jurisprudência comunitária que são exigíveis”³⁴.

Hoje, como então, é imprescindível garantir um nível mínimo de especialização na decisão dos processos de Direito da Concorrência que não é compatível com a dispersão de competências para julgar tais recursos por vários tribunais – sobretudo, num país com a dimensão do nosso.

Não podemos, assim, deixar de saudar esta iniciativa legislativa que, desde logo, permite obstar aos riscos inerentes à reforma operada pela Lei n.º 52/2008, no que aos processos de Direito da Concorrência diz respeito³⁵.

Mas, mais do isso, esta Proposta de Lei, ao criar um novo tribunal de competência especializada para a concorrência, regulação e supervisão, reflecte o reconhecimento da importância e complexidade destas matérias, bem como a preocupação de dotar os tribunais de melhores condições para decidir estes recursos (porque desonerados de outros processos e concentrados, apenas, matérias de concorrência, regulação e supervisão).

A anunciada reforma legislativa (e institucional) promete, assim, ser um marco incontornável na História do Direito da Concorrência português.

BIBLIOGRAFIA

BACON, Kevin

2010 “Standard of Proof, Standards of Review and Evaluation of Evidence in UK Antitrust and Merger Cases”, in Ehlermann, Claus-Dieter & Marquis, Mel (eds.), *European Competition Law Annual 2009: Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases*, forthcoming, Hart Publishing. Também disponível em: <http://www.eui.eu/DepartmentsAndCentres/RobertSchuman>

³⁴ Mendes Pereira, 2009: 439.

³⁵ Como se referiu, riscos não só relativos à perda de especialização, como também de dificuldades de interpretação e aplicação nos processos jusconcorrenciais dos critérios de atribuição de competências, o que acarretaria sérios problemas de segurança jurídica.

- Centre/Research/CompetitionPolicyMarketRegulation/CompetitionWorkshop/2009Session.aspx [consultado em 3.9.2010].
- BELLAMY, Christopher
2010 “An EU Competiton Court: The Continuing Debate”, in Lianos & Kokkoris (ed.), *The Reform of EC Competiton Law: New Chalanges*, AH Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, pp. 33-52.
- BURRICHTER, Jochen & LOGEMANN, Hans
2010 “Evaluation of Evidence in National Courts: Reflections from the German Perspective”, in Ehlermann, Claus-Dieter & Marquis, Mel (eds.), *European Competition Law Annual 2009: Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases*, forthcoming, Hart Publishing. Também disponível em: <http://www.eui.eu/DepartmentsAndCentres/RobertSchumanCentre/Research/CompetitionPolicyMarketRegulation/CompetitionWorkshop/2009Session.aspx> [consultado em 3.9.2010].
- COWEN, Tim
2008 “‘Justice Delayed is Justice Denied.’ The Rule of Law, Economic Development and the Future of the European Community Courts”, in *European Competition Journal*, pp. 1-57.
- DUE, Ole
2004 “Looking Backwards and Forwards”, in *La Cour de justice des Communautés européennes 1952-2002 : Bilan et perspectives*, Bruxelles: Bruylant, pp. 25-35.
- EDWARD, David
2007 “The Court of First Instance – The Beginnings”, in *Liber Amicorum en l’honneur de/in honour of Bo Vesterdorf*, Bruxelles: Bruylant, pp. 1-11.
- FLYNN, James
2007 “Has Europe got the Competition Court it needs? The CFI, the CBI, the House of Lords and Judicial Panels”, in *Liber Amicorum en l’honneur de/in honour of Bo Vesterdorf*, Bruxelles: Bruylant, pp. 363-376.
- GARCIA-VALDECASAS, Rafael
2008 “Le Tribunal de première instance des Communautés européennes à la croisée des chemins”, in *Concurrences*, n.º 1, pp. 1-2.
- GRAY, Meily
2008 “An Interview with Pieter Kalbfleisch”, in *Global Competition Review*, vol. 11, issue 3, pp. 9-11.
- HOUSE OF LORDS Select Committee on the European Union – Sub Committee E (Law and Institutions)

2007 *An EU Competition Court –Fifteenth Report, Session 2006-07, published on 23 April 2007*. Disponível em: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldselect/ldecom/75/7502.htm> [consultado em 7.9.2010].

JENNY, Frédéric

2007 “Le role de l’analyse économique dans le contrôle exercé para la Cour de Cassation en matière de droit de la concurrence”, in *Concurrences*, n.º 4, pp. 27-35.

KALBFLEISCH, Pieter

2010 “Standard of Proof, Burden of Proof and Evaluation of Evidence in Antitrust and Merger Cases: A Perspective of the Netherlands Competition Authority”, in Ehlermann, Claus-Dieter & Marquis, Mel (eds.), *European Competition Law Annual 2009: Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases*, forthcoming, Hart Publishing. Também disponível em: <http://www.eui.eu/DepartmentsAndCentres/RobertSchumanCentre/Research/CompetitionPolicyMarketRegulation/CompetitionWorkshop/2009Session.aspx> [consultado em 3.9.2010].

KERSE C. S. & KHAN, N.

2005 *EC Antitrust Procedure*, 5th Edition, London: Sweet & Maxwell.

LANG, John Temple

2007 “Do We Need a European Union Competition Court?”, in *Liber Amicorum en l’honneur de/in honour of Bo Vesterdorf*, Bruxelles: Bruylant, pp. 343-360.

LIANOS, Ioannis

2007 *La transformation du Droit de la Concurrence para le recours à l’analyse économique*, Bruxelles : Brylant.

MENDES PEREIRA, Miguel

2009 *Lei da Concorrência Anotada*, Coimbra: Coimbra Editora.

MESSINA, Michele

2007 “The Protection of the Right to Private Life, Home and Correspondence v the Efficient enforcement of Competition Law: Is a new Competition Court the Right Way Forward?”, in *European Competition Journal*, vol. 3, n.º 1, pp. 185-212.

MOURA E SILVA, Miguel

2008 *Direito da Concorrência – Uma Introdução Jurisprudencial*, Coimbra: Almedina.

VESTERDORF, Bo

2005a “Legal Professional Privilege and the Privilege Against Self-Incrimination in EC Law: Recent Developments and Current Issues” in Hawk, B. (ed.), *International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law 2004*, Huntington, NY: Juris Publishing, pp. 701-730.

- 2005b “Judicial Review in EC Competition Law: Reflections on the Role of the Community Courts in the EC System of Competition Law Enforcement”, in *Competition Policy International*, vol. 1, n.º 2, pp. 3-27.

LEGISLAÇÃO NACIONAL

Maio a Agosto de 2010

elaborado por Nazaré da Costa Cabral

REGULAÇÃO

BANCO DE PORTUGAL

Decreto-Lei n.º 45/2010, de 6 de Maio

Altera o Decreto-Lei n.º 103/2007, de 3 de Abril, que estabeleceu os requisitos de adequação de fundos próprios aplicáveis às empresas de investimento e às instituições de crédito, e o Decreto-Lei n.º 104/2007, de 3 de Abril, que procedeu à transposição da Directiva n.º 2006/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Junho, relativa ao acesso à actividade das instituições de crédito e ao seu exercício.

Decreto-Lei n.º 52/2010, de 26 de Maio

Aprova normas processuais e critérios para a avaliação prudencial dos projectos de aquisição e de aumento de participações qualificadas em entidades do sector financeiro, transpondo para o direito interno a Directiva n.º 2007/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Setembro. Altera, entre outros, o Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro, que aprovou o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras.

Portaria n.º 312/2010, de 6 de Maio

Altera, tendo em conta a revisão do Regime Jurídico do Crédito Agrícola Mútuo, através do Decreto-Lei n.º 142/2009, de 16 de Junho, o capital social das Caixas de Crédito Agrícola Mútuo, conforme façam ou não parte do Sistema Integrado do Crédito Agrícola Mútuo, nomeadamente a al. b) do n.º 1 da Portaria n.º 95/94, de 9 de Fevereiro.

Aviso n.º 2/2010, de 16 de Abril

Estabelece deveres mínimos de informação a observar pelas instituições de crédito na negociação, celebração e vigência de contratos de crédito à habita-

ção e de crédito conexo. Revoga a Instrução n.º 27/2003, publicada no BNPB n.º 11/2003, de 17 de Novembro.

Aviso n.º 3/2010, de 16 de Abril

Define o regime de contribuições para o Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo por parte da Caixa Central e das Caixas de Crédito Agrícola Mútuo e fixa em 0,10% a taxa contributiva de base para o ano de 2010. Revoga o Aviso n.º 14/2003, de 12 de Janeiro.

CMVM – COMISSÃO DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS

Decreto-Lei n.º 52/2010, de 26 de Março

Aprova as normas processuais e critérios para a avaliação prudencial dos projectos de aquisição e de aumento de participações qualificadas em entidades do sector financeiro, transpondo a *Directiva n.º 2007/44/CE*, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Setembro.

Decreto-Lei n.º 49/2010, de 19 de Maio

Transpõe para a ordem jurídica interna a *Directiva n.º 2007/36/CE*, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Julho, relativa ao exercício de certos direitos dos accionistas de sociedades cotadas, e consagra no ordenamento jurídico interno a admissibilidade de acções de sociedades anónimas sem valor nominal.

Decreto-Lei n.º 71/2010, de 18 de Junho

Institui as Sociedades de Investimento Mobiliário (SIM) e as Sociedades de Investimento Imobiliário (SIMO), alterando o Código de Valores Mobiliários, o Regime Geral das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras, o Regime Jurídico dos OIC e o Regime Jurídico dos FII e procedendo à republicação destes últimos.

Regulamento da CMVM n.º 4/2010, de 8 de Julho de 2010

Deveres de informação de interesses a descoberto relevantes sobre acções.

ANACOM – AUTORIDADE NACIONAL DE COMUNICAÇÕES

Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de Julho

Estabelece os princípios e as regras para simplificar o livre acesso e exercício das actividades de serviços realizadas em território nacional. Transpõe para a

ordem jurídica interna a Directiva n.º 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro, relativa aos serviços no mercado interno.

Portaria n.º 131/2010, de 2 de Março

Conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações. Prorrogação do período experimental.

Portaria n.º 694/2010, de 16 de Agosto

Estabelece os termos das condições técnicas e de segurança em que se processa a comunicação electrónica para efeitos da transmissão de dados de tráfego e de localização relativos a pessoas singulares e a pessoas colectivas, bem como dos dados conexos necessários para identificar o assinante ou o utilizador registado, nos termos previstos na Lei n.º 32/2008, de 17 de Julho. Alteração à Portaria n.º 469/2009, de 6 de Maio.

IMTT – INSTITUTO DA MOBILIDADE E DOS TRANSPORTES TERRESTRES

GERAL

Deliberação n.º 1036/2010, de 16 de Junho

Estabelece as condições de reconhecimento das entidades formadoras e de aprovação dos cursos de formação para conselheiros de segurança e condutores de veículos de mercadorias perigosas, bem como os demais requisitos a serem observados nessa mesma formação.

VEÍCULOS

Resolução da Assembleia da República n.º 83/2010, de 30 de Julho

Cessação de vigência do Decreto-Lei n.º 48/2010, de 11 de Maio (estabelece o regime jurídico de acesso e de exercício da actividade de inspecção técnica de veículos a motor e seus reboques e funcionamento dos centros de inspecção e revoga o Decreto-Lei n.º 550/99, de 15 de Dezembro).

Decreto-Lei n.º 39/2010, de 26 de Abril

Estabelece o regime jurídico da mobilidade eléctrica, aplicável à organização, acesso e exercício das actividades relativas à mobilidade eléctrica, bem como as regras destinadas à criação de uma rede piloto de mobilidade eléctrica.

Decreto n.º 48/2010, de 11 de Maio

Estabelece o regime jurídico de acesso e de exercício da actividade de inspecção técnica de veículos a motor e seus reboques e funcionamento dos centros de inspecção e revoga o Decreto-Lei n.º 550/99, de 15 de Dezembro.

Decreto-Lei n.º 86-A/2010, de 15 de Julho

Aprova o Regulamento Relativo a Determinados Elementos e Características dos Veículos a Motor de Duas e Três Rodas, transpõe a Directiva 2009/108/CE, da Comissão, de 17 de Agosto, e revoga o Decreto-Lei n.º 267-B/2000, de 20 de Outubro.

Portaria n.º 468/2010, de 7 de Julho

Estabelece os termos em que são concedidos os incentivos financeiros à aquisição de veículos novos exclusivamente eléctricos previstos no artigo 38.º do Decreto-Lei n.º 39/2010, de 26 de Abril.

TRANSPORTE RODOVIÁRIO

Decreto-Lei n.º 41-A/2010, de 29 de Abril

Regula o transporte terrestre, rodoviário e ferroviário de mercadorias perigosas, transpondo para a ordem jurídica interna a Directiva 2006/90/CE, da Comissão, de 3 de Novembro, e a Directiva 2008/68/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Setembro.

(Nota: o diploma foi objecto de rectificação através da Declaração de Rectificação n.º 18/2010, de 28 de Junho)

TRANSPORTE FERROVIÁRIO

Decreto-Lei n.º 33-A/2010, de 14 de Abril

Aprova as bases da concessão do projecto, construção, financiamento, manutenção e disponibilização, por todo o período da concessão, da concessão RAV Poceirão-Caia, da ligação ferroviária de alta velocidade entre Lisboa e Madrid.

Decreto-Lei n.º 62/2010, de 9 de Junho

Altera os indicadores comuns de segurança e os métodos comuns de cálculo dos custos dos acidentes ferroviários, procede à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 270/2003, de 28 de Outubro, e transpõe a Directiva 2009/149/CE, da Comissão, de 27 de Novembro.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 31/2010, de 15 de Abril

Prorroga por um ano o prazo de vigência das medidas preventivas estabelecidas pelo Decreto n.º 7/2008, de 27 de Março, tendentes à salvaguarda do projecto de ligação ferroviária em alta velocidade entre Lisboa e o Porto e altera pela segunda vez as áreas sujeitas a tais medidas relativas aos troços Lisboa-Vila Franca de Xira e Oliveira do Bairro-Porto.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 32/2010, de 27 de Abril

Altera as áreas sujeitas às medidas preventivas estabelecidas pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 12/2009, de 27 de Janeiro, necessárias à implementação do troço compreendido entre Vila Franca de Xira e Alenquer do projecto de ligação ferroviária em alta velocidade entre Lisboa e o Porto.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 33/2010, de 27 de Abril

Aprova a minuta do contrato de concessão do projecto, de construção, de financiamento, de manutenção e de disponibilização, por todo o período da concessão, da concessão RAV Poceirão-Caia, da ligação ferroviária de alta velocidade entre Lisboa e Madrid.

INAC – INSTITUTO NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL**Decreto-Lei n.º 93/2010, de 27 de Julho**

Estabelece o regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa das actividades da aviação, transpondo a Directiva n.º 2008/101/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Novembro, que altera a Directiva n.º 2003/87/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro.

ERSAR – ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS DE ÁGUAS E RESÍDUOS**Decreto-Lei n.º 41/2010, de 29 de Abril**

Cria o sistema multimunicipal de abastecimento de água e de saneamento do Noroeste. Constitui ainda a sociedade Águas do Noroeste, S. A., e atribui-lhe a concessão da exploração e gestão do sistema multimunicipal de abastecimento de água e de saneamento do Noroeste em regime de exclusividade.

Decreto Legislativo Regional n.º 18/2010/A, de 21 de Maio

Adapta à Região Autónoma dos Açores o regime a que fica sujeito o procedimento de delimitação do domínio público hídrico, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 353/2007, de 26 de Outubro.

Decreto-Lei n.º 68/2010, de 15 de Junho

Cria o sistema multimunicipal de triagem, recolha selectiva, valorização e tratamento de resíduos sólidos urbanos das regiões de Lisboa e do Oeste. Constitui ainda a sociedade VALORSUL – Valorização e Tratamento de Resíduos Sólidos das Regiões de Lisboa e do Oeste, S. A., e atribui-lhe a concessão da exploração e gestão do sistema referido no número anterior em regime de exclusividade.

Decreto-Lei n.º 82/2010, de 2 de Julho

Prorroga o prazo para a regularização dos títulos de utilização de recursos hídricos e dispensa os utilizadores desses recursos da prestação da caução para recuperação ambiental quando constituam garantia financeira, procedendo à quinta alteração ao Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio.

Portaria n.º 290/2010, de 27 de Maio

Aprova a delimitação do perímetro de protecção de cinco furos verticais (AC10, AC9, JK31, AC11 e LS1) que captam água do Sistema Aquífero Quaternário de Aveiro, situados a sul da Lagoa das Braças, no concelho de Figueira da Foz, correspondentes a cinco captações que, no seu conjunto, são designadas por captações das Braças.

Portaria n.º 485/2010, de 13 de Julho

Aprova o Regulamento de Gestão do Fundo de Intervenção Ambiental.

Portaria n.º 486/2010, de 13 de Julho

Aprova o Regulamento de Gestão do Fundo de Protecção dos Recursos Hídricos.

C&R

PRÁTICA DECISÓRIA

Comentário de Decisão da Comissão Europeia

COMENTÁRIO DE DECISÃO DA COMISSÃO EUROPEIA

DECISÃO DA COMISSÃO EUROPEIA RELATIVA À GARANTIA ESTATAL CONCEDIDA PELO ESTADO PORTUGUÊS AO BANCO PRIVADO PORTUGUÊS

Marco Capitão Ferreira

1. ENQUADRAMENTO

A crise financeira mundial teve o seu início em meados de 2007 com a chamada crise do “sub-prime”, inicialmente confinada ao sistema financeiro norte-americano no entender de muitos analistas.

Embora não exista um consenso alargado quanto ao momento exacto, é certo que as características próprias do sector financeiro, marcado pelo chamado risco sistémico, desde logo configuravam um risco para o sistema financeiro europeu, ainda que não imediato.

Do ponto de vista dos estados europeus a concessão de auxílios ao sistema financeiro passou por duas fases distintas:

- a) Uma primeira fase entre meados de 2007 e meados de 2008, em que estavam em causa essencialmente dificuldades de liquidez de curto prazo e que levaram a operações de injeção de liquidez¹;

¹ É o caso paradigmático da intervenção do Governo Inglês, através quer do Banco de Inglaterra quer do Tesouro Inglês, em apoio do Northern Rock, em Setembro de 2007.

O Banco confrontou-se com dificuldades na obtenção de meios líquidos e foi forçado a recorrer ao Banco de Inglaterra, do qual recebeu apoio de emergência em 14 de Setembro.

Pese embora esta acção relativamente rápida, o Banco sofreu, em consequência da sua notícia pública, ainda um “bank-run”, com clientes e parceiros a procurarem fechar as suas posições nos contratos que tinham com a instituição.

Esta situação forçou o Tesouro Inglês a conceder garantias para os depósitos existentes no Namco (o que veio a ser publicamente assumido no dia 20 de Setembro).

- b) Uma segunda fase, despoletada pelos acontecimentos em torno do Banco Bear Stearns (objecto de uma “aquisição de emergência” por parte do J.P. Morgan em meados de 2008) e, especialmente, da falência do Banco Lehman Brothers em Setembro de 2008.

Se numa primeira fase as autoridades nacionais e a Comissão enquadraram as operações de apoio público ao sistema financeiro numa base *ad hoc* e tendo como enquadramento as regras² já existentes sobre auxílios de Estado, o agravamento das condições³, especialmente ao nível do mercado interbancário e da inerente disponibilidade de liquidez, forçou à tomada de medidas específicas.

De facto, pelo menos a partir daquele momento, era já impossível não assumir todas as consequências de ser claro que se estava perante uma crise sistémica, que afectava todas as instituições bancárias, mesmo aquelas não directamente atingidas pelas dificuldades relativas ao segmento “sub-prime” e cujas contas eram fundamentalmente sãs.

Era também necessário compreender que o que era na primeira fase entendido como um problema transitório que os mercados seriam capazes de absorver, no médio-longo prazo se tinha transformado num desafio que significa a necessidade de assumir alterações profundas e um período de normalização do sistema financeiro muito mais longo, carecendo de uma vigilância das autoridades nacionais e comunitária muito mais estruturada e permanente.

Na primeira fase a Comissão adoptou uma postura de avaliação das acções dos estados caso a caso, tendo tomado um conjunto de decisões⁴ sobre vários tipos de auxílios (garantia de depósitos, apoios de liquidez, aquisição de activos deteriorados, entre outros, incluindo mesmo a venda de instituições financeiras⁵) prestados por vários estados europeus.

Traço comum às decisões tomadas nesta primeira fase é, para além da já mencionada utilização do quadro pré-existente, no essencial, as *R&R*

2 Regras estas constantes, no essencial, de instrumentos do tipo *Guidelines*. Sobre o enquadramento destes instrumentos, v. Rawlinson, 1993: em especial 56 e ss.

3 Especificamente, foram tidas em conta as regras constantes da Comunicação da Comissão contendo as “Orientações Comunitárias relativas aos Auxílios Estatais de Emergência e à Reestruturação a empresas em dificuldade”, normalmente designada como *R&R Guidelines* (JO C 244/02, de 1.10.2004), ao abrigo do artigo 107.º n.º 3, alínea c), do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

4 Entre outras, as relativas aos casos NN/25/2008, NN/70/2007, NN/25/2008, NN/41/2008, NN/70/2007, NN/36/2008, todas disponíveis a partir do site http://ec.europa.eu/competition/state_aid/register/.

5 V. C/9/2008, disponível a partir do site http://ec.europa.eu/competition/state_aid/register/.

Guidelines, uma sistemática recusa em aceitar que este tipo de auxílios se pudesse enquadrar no Artigo 107.º n.º 3, alínea *b*), parte final, do TFUE.

Estava especialmente em causa que se pudesse considerar este tipo de situações como configurando uma especial perturbação na economia de um Estado-membro⁶.

A partir de 07.10.008 e das Conclusões do Conselho ECOFIN do Luxemburgo⁷ é reconhecido que a situação não se coaduna com os instrumentos existentes e a Comissão é forçada a criar um quadro próprio para lidar com as sucessivas dificuldades do sistema financeiro mundial e europeu, sob pena de se ver ultrapassada pelas decisões de urgência que os estados pudessem vir a adoptar.

Entra-se assim na segunda fase, em que ainda nos encontramos.

De forma a garantir que se mantinha uma política de apoios compatível com os normativos europeus e enquadrada por regras comuns, a Comissão adoptou instrumentos específicos⁸ e aceitou finalmente a inevitabilidade de os mesmos se enquadrarem no Artigo 107.º n.º 3, alínea *b*), parte final, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)⁹.

Já não se tratava apenas de acudir a bancos em dificuldade mas sim de garantir apoio a todos os bancos, uma vez que, como referido, se está perante uma situação que afecta todas as instituições bancárias, mesmo aquelas não directamente atingidas pelas dificuldades relativas ao segmento “sub-prime” e cujas contas eram fundamentalmente sãs.

As orientações para aplicação das regras constantes do Artigo 107.º n.º 3 alínea *b*), parte final, do TFUE ao sector financeiro foram vertidas numa série de comunicações contendo orientações da Comissão¹⁰.

6 V., por todos, o caso *Crédit Lyonnais* (NN/25/2008).

7 As conclusões do Conselho estão disponíveis em http://www.eu2008.fr/www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ecofin/103203.pf.

8 Há uma longa tradição da definição de regimes especificamente destinados a determinados sectores. V., entre tantos, o regime dos auxílios de Estado a favor do ambiente (Soares, 2003) ou os auxílios ao desenvolvimento tecnológico (Mascate, 2004).

A inexistência de um regime específico para o sector financeiro era há muito reclamada (v., por exemplo, Santos, 2003: 245 e nota 292).

9 A reforma destes aspectos era já exigida mesmo antes da crise. V., entre outros, Prete, 2006.

10 Para um maior desenvolvimento sobre o conteúdo deste complexo de Comunicações v., entre outros, Hatton & Coumes, 2009 e Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP, 2008.

Este conjunto normativo pretendia dar aos Estados-membros instrumentos mais flexíveis e cuja aplicação se pudesse fazer em moldes e, especialmente, em tempos, compatíveis com a intervenção nos mercados financeiros e, ao mesmo tempo, garantir a existência de um quadro claro e preciso que permitisse segurança jurídica na concessão dos apoios em causa.

O principal objectivo das orientações consistia em assegurar que as medidas de emergência adoptadas para preservar a estabilidade financeira continuassem a garantir a igualdade das condições de concorrência entre as instituições financeiras que beneficiavam de apoio público e as demais, bem como entre as instituições estabelecidas em Estados-membros diferentes.

A Comunicação relativa aos bancos¹¹, de 13 de Outubro de 2008, foi a primeira resposta da Comissão ao agravamento da crise financeira.

Esta Comunicação fornece orientações sobre os critérios relevantes para a determinação da compatibilidade das medidas de auxílio estatal a favor do sector financeiro com o disposto no artigo 107.º, n.º 3, alínea *b*), do TFUE, tendo em conta as circunstâncias particulares da crise.

A Comunicação tenta, como se referiu, dar um quadro jurídico uno e coerente para a realização das operações de garantias, de recapitalização e de liquidação controlada das instituições financeiras, bem como a concessão de outras formas de apoio à liquidez.

Em matéria de garantias estatais que cobrem o passivo de bancos a Comunicação fornece orientações detalhadas, reconhecendo a importância na prática que estes apoios em especial foram ganhando, especialmente na fase em que foi preciso responder essencialmente a problemas de falta de liquidez no mercado interbancário.

Fruto da rapidez com que a crise se ia desenvolvendo e das diferentes necessidades sentidas pelos estados em matéria de tipo de apoios que era necessário conceder, a Comissão adoptou uma nova Comunicação, desta vez relativa à recapitalização de instituições financeiras¹², em 8 de Dezembro de 2008.

11 Aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas adoptadas em relação às instituições financeiras no contexto da actual crise financeira global, JO C 270 de 25.10.2008, pp. 8-14.

12 Comunicação da Comissão — A recapitalização das instituições financeiras na actual crise financeira: limitação do auxílio ao mínimo necessário e salvaguardas contra distorções indevidas da concorrência, JO C 10 de 15.1.2009, pp. 2-10.

De facto, para muitas instituições, o mero apoio das garantias estatais para o acesso ao financiamento de curto prazo já não era suficiente, sendo necessário reforçar os seus capitais próprios.

No mesmo contexto, e em resposta às sucessivas necessidades de apoios relativos a outras áreas do sistema financeiro, a Comissão veio ainda a emitir orientações sobre iniciativas relativas a activos depreciados¹³, em 25 de Fevereiro de 2009, bem como sobre as situações em que as instituições devem apresentar um plano de reestruturação¹⁴, em 22 de Julho de 2009.

Nestes últimos casos estão em causa orientações sobre a forma como os planos de reestruturação devem abordar as questões de viabilidade a longo prazo, de repartição dos encargos entre o banco, os seus accionistas e o Estado e de distorções da concorrência provocadas pelos auxílios.

Este conjunto de comunicações forneceram orientações fundamentais para a adopção de medidas eficazes no sentido de estabilizar os mercados financeiros e garantir a concessão sustentável de crédito à economia real sem a criação de distorções indevidas da concorrência¹⁵.

Em todas elas a Comissão expressou um entendimento constante de que a compatibilidade dos auxílios concedidos ao sistema financeiro com o mercado interno, ao abrigo da excepção prevista no Artigo 107.º n.º 3, alínea b), parte final, do TFUE, dependia da observação rigorosa das Orientações que foram sendo sucessivamente emitidas e, especialmente, da natureza excepcional e transitória destes apoios.

Coerentemente, e na sequência de iniciativas da Comissão, o Conselho Ecofin¹⁶, em 2 de Dezembro de 2009, reconheceu a necessidade de delinear uma estratégia para eliminar progressivamente os diferentes regimes de apoio.

Em 18 de Maio de 2010, o Conselho Ecofin veio a aceitar propostas no sentido de iniciar um processo de retirada progressiva dos apoios, que se traduz, neste momento, em duas linhas de acção principais:

13 Comunicação da Comissão relativa ao tratamento dos activos depreciados no sector bancário da Comunidade, JO C 72 de 26.3.2009, pp. 1-22.

14 Comunicação da Comissão sobre o regresso à viabilidade e avaliação, em conformidade com as regras em matéria de auxílios estatais, das medidas de reestruturação tomadas no sector financeiro no contexto da actual crise, JO C 195 de 19.8.2009, pp. 9-20.

15 V., com uma avaliação não inteiramente coincidente, Weenink & Steinen, 2008.

16 Ver 2981.ª reunião do Conselho «Assuntos Económicos e Financeiros», Bruxelas, 2 de Dezembro de 2009, 16838/09(Presse352): http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/en/ecofin/111706.pdf.

- i) por um lado, a fixação de requisitos mais apertados para a prorrogação de garantias dadas pelos estados ao sistema financeiro após 30 de Junho de 2010;
- ii) por outro, um progressivo aumento da remuneração das garantias tendo em conta a actual capacidade dos bancos de suportarem esse custo, com o objectivo de fazer convergir os custos destas garantias com os que suportariam nas condições de mercado, sendo que para os bancos que não possam suportar custos mais próximos dos de mercado é preconizada uma análise da viabilidade dos mesmos¹⁷.

Em traços necessariamente abreviados fica assim caracterizado o processo que, desde 2007, tem enquadrado a política de auxílios de Estado ao sector financeiro.

Foram medidas de excepção, objecto de uma utilização intensiva por parte dos Estados-membros¹⁸ e que, no entender de muitos analistas, permitiram evitar uma derrocada do sistema financeiro europeu.

17 Ver 3015.^a reunião do Conselho «Assuntos Económicos e Financeiros», Bruxelas, 18 de Maio de 2010, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ecofin/114495.pdf, Documento de trabalho da DG Concorrência – Aplicação das regras em matéria de auxílios estatais aos regimes de garantia estatal sobre a dívida dos bancos a conceder após 30 de Junho de 2010, 30 de Abril de 2010 http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/phase_out_bank_guarantees.pdf.

18 “No período compreendido entre Outubro de 2008 e 31 de Março de 2010, a Comissão aprovou 161 decisões a favor do sector financeiro, com base no artigo 107, n.º 3, alínea b), do TFUE. Destas decisões, 78 incidiram sobre cerca de 40 instituições financeiras e 83 sobre perto de 40 regimes de auxílio. O volume máximo das medidas aprovadas pela Comissão, incluindo os regimes de auxílio e as intervenções *ad hoc* dos Estados-Membros em resposta à crise financeira, ascendeu a 4 131,1 mil milhões de EUR. A repartição dos regimes de auxílio e das medidas *ad hoc* encontra-se sintetizada no quadro infra.”

	Montante	% do PIB da UE-27
Regimes autorizados pela Comissão	3 181 mil milhões de EUR	25 %
dos quais, regimes de garantia	2 747 mil milhões de EUR	22 %
dos quais, medidas de recapitalização	338,2 mil milhões de EUR	2,7 %
dos quais, medidas de apoio aos activos	54 mil milhões de EUR	0,4 %
dos quais, intervenções em matéria de liquidez, excluindo regimes de garantia	41,9 mil milhões de EUR	0,3 %
Intervenções <i>ad hoc</i> a favor de instituições financeiras individuais	950,1 mil milhões de EUR	7,6 %

In COM(2010)255 (final), “Painel de Avaliação dos Auxílios Estatais – Relatório sobre os recentes desenvolvimentos na concessão de auxílios ao sector financeiro no contexto da crise – Actualização da Primavera de 2010”, de 27.05.2010.

Importa, agora, que nos debrucemos sobre o caso concreto da Decisão da Comissão Europeia relativa à garantia estatal concedida pelo Estado Português ao Banco Privado Português.

2. A OPERAÇÃO DE GARANTIA ESTATAL CONCEDIDA PELO ESTADO PORTUGUÊS AO BANCO PRIVADO PORTUGUÊS

Muito sucintamente, pode dizer-se que a operação em causa apresenta os seguintes traços essenciais:

- i) O Banco Privado Português¹⁹ (doravante BPP) prestava serviços de *private banking, corporate advice e private equity*²⁰. O banco começou a confrontar-se com grandes dificuldades financeiras após o colapso do Lehman Brothers e a grave crise dos mercados financeiros que se seguiu.
- ii) Em 24 de Novembro de 2008, o BPP informou o Banco de Portugal de que corria o risco de não estar em condições de satisfazer as suas obrigações em matéria de pagamentos.
- iii) Em 5 de Dezembro de 2008, o BPP concluiu com seis importantes bancos portugueses (Banco Comercial Português, S.A., Caixa Geral de Depósitos, S.A., Banco Espírito Santo, S.A., Banco BPI, S.A., Banco Santander Totta, S.A., Caixa Central – Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo CRL²¹) um contrato de empréstimo, acompa-

19 O BPP é detido a 100% pelo grupo Privado Holding SGPS (sociedade gestora de participações sociais) S.A. Em 30 de Junho de 2008, a maioria das acções desta sociedade gestora de participações sociais (51,5%) era detida por 12 accionistas. As acções do BPP não estão cotadas na bolsa de valores e, por conseguinte, não é possível seguir o seu valor de mercado. Em 30 de Junho de 2008, o total dos activos do BPP elevavam-se a 2,9 mil milhões de EUR, o que representava menos de 1% do total dos activos do sector bancário português.

20 O BPP era uma instituição financeira com sede em Portugal, que prestava serviços de *private banking, corporate advisor e private equity*. A clientela do BPP era constituída por depositantes particulares e institucionais, incluindo cinco caixas de crédito agrícola mútuo, uma caixa económica, vários fundos de pensões e companhias de seguros. O BPP desenvolvia actividades em Portugal, Espanha e, em menor grau, no Brasil e na África do Sul.

21 Segundo informação pública, a operação de apoio financeiro estava assim repartida: o Banco Comercial Português, S.A., e a Caixa Geral de Depósitos, S.A., com €120 milhões cada um, o Banco Espírito Santo, S.A., com 80 milhões de euros, o Banco Santander Totta, S.A. com €60 milhões, o Banco BPI, S.A. com € 50 milhões e Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo CRL com €20 milhões.

- nhado de uma garantia do Estado²², num montante de 450 milhões de EUR²³.
- iv) O empréstimo foi concedido por um período de seis meses, renovável até dois anos, com uma taxa de juro equivalente à taxa EURIBOR + 100 pontos de base. A remuneração do empréstimo foi calculada com base no custo do financiamento para os bancos credores, à data da operação.
 - v) A garantia do Estado tinha um custo fixado de 20 pontos de base e tinha associado um conjunto de contra garantias²⁴.
 - vi) Em 15.04.2010 o Banco de Portugal revogou a licença bancária do BPP, que entrou em processo de liquidação.
 - vii) Consequentemente, os seis bancos portugueses exigiram o accionamento da garantia estatal e o empréstimo foi-lhes reembolsado pelo Governo português em 7 de Maio do presente ano.

Esta operação foi, evidentemente, enquadrada no contexto dos apoios públicos ao sistema financeiro, tendo sido objecto de tramitação junto da Comissão Europeia.

22 Segundo as Autoridades portuguesas, sem uma garantia estatal nenhum mutuante estaria disposto a financiar o BPP a uma taxa razoável, dada a sua grave situação financeira. A garantia do Estado que acompanha o empréstimo foi concedida em conformidade com a Lei n.º 112/97, ou seja, fora do âmbito do regime português de garantias (Lei 60-A/2008), aprovado pela Comissão em 29 de Outubro de 2008. Em especial, as Autoridades portuguesas afirmaram que o regime geral de garantias, reservado aos bancos solventes, não constituiria um quadro adequado para a intervenção estatal a favor do BPP, devido à crescente deterioração financeira do banco e aos riscos específicos relacionados com esta operação.

23 O empréstimo e a garantia cobrem apenas as responsabilidades do passivo do BPP registadas no balanço à data de 24 de Novembro de 2008 e o empréstimo só será utilizado para reembolsar depositantes e outros credores e não poderá cobrir as responsabilidades de outras entidades do grupo. Desde 5 de Dezembro de 2008, o BPP deixou de prestar serviços bancários e foi autorizado a suspender todos os seus pagamentos com efeitos a partir de 1 de Dezembro de 2008.

24 A remuneração da garantia do Estado foi estabelecida em 20 pontos de base, tendo em conta as contra garantias apresentadas pelo BPP. As contra garantias são as seguintes:

- (i) Direito de garantia prioritária relativamente a diversos activos, especificados num contrato celebrado entre Portugal, o BPP e o Banco de Portugal;
- (ii) Primeira hipoteca relativamente a activos imobiliários propriedade do BPP. Estas contra garantias têm um valor estimado de cerca de 672 milhões de EUR.

A prestação de contra garantias é regida por um «acordo» celebrado entre a Direcção-Geral do Tesouro, o BPP e o Banco de Portugal, no qual este último foi nomeado entidade de custódia e gestão das contra garantias, em nome da Direcção-Geral do Tesouro. Durante o período de vigência do empréstimo coberto pela garantia do Estado, o BPP compromete-se a não vender ou dar em garantia os seus activos actuais ou futuros ou ainda a deles dispor de outra forma.

3. A APRECIÇÃO PELA COMISSÃO (REMISSÃO)

A operação em causa foi enquadrada pelos serviços da Comissão²⁵ como sendo uma operação cuja compatibilidade com o Direito Comunitário, enquanto medida de auxílio estatal a favor do sector financeiro, seria aferida face ao disposto no artigo 107.º, n.º 3, alínea *b*), do TFUE, tendo em conta especialmente as Orientações constantes da Comunicação relativa aos bancos²⁶, de 13 de Outubro de 2008.

Numa primeira fase, em 13 de Março de 2009, a Comissão aprovou a garantia estatal relativa ao empréstimo de 450 milhões de Euros concedido em 5 de Dezembro de 2008 ao BPP por seis bancos portugueses²⁷.

A medida foi autorizada por um período de seis meses com base no artigo 83.º, n.º 3, alínea *b*), do Tratado CE, sob reserva, nomeadamente, da apresentação de um plano de reestruturação.

Em 23 de Junho de 2009, Portugal informou a Comissão de que a garantia estatal havia sido prorrogada por um período adicional de seis meses²⁸.

Em 15 de Julho de 2009, a Comissão convidou as Autoridades portuguesas a apresentarem, de imediato, o plano de reestruturação do BPP.

25 As decisões em causa apreciam auxílios de Estado com base no artigo 107.º n.º 3, alínea *c*), do TFUE. Nos termos desta disposição, a Comissão pode declarar compatíveis com o mercado comum os auxílios destinados a «sanar uma perturbação grave da economia de um Estado-Membro». A Comissão subscreve sistematicamente o entendimento do Tribunal de Primeira Instância que sustenta que o artigo 107.º n.º 3, alínea *c*), do TFUE deve ser aplicado restritivamente e que a perturbação em questão deve afectar o conjunto da economia do Estado-Membro.

Ver, quanto à posição do Tribunal, os processos apensos T-132/96 e T-143/96, Freistaat Sachsen e VolkswagenAG/Comissão, n.º 167, Colectânea 1999, p. II-3663.

A Comissão veio a adoptar este mesmo entendimento nas decisões já referidas, nos processos C-47/1996, Crédit Lyonnais, JO L 221 de 1998, p. 28, ponto 10.1, C-28/2002, Bankgesellschaft Berlin, JO L 116 de 2005, p. 1, pontos 153 e segs. e C-50/2006, BAWAG, ainda não publicada, ponto 166.

Ver, ainda, as decisões da Comissão de 5 de Dezembro de 2007 no processo NN 70/2007, Northern Rock, JO C 43 de 16.2.2008, p. 1, de 30 de Abril de 2008, no processo NN 25/2008, Auxílio de emergência ao WestLB, JO C 189 de 26.7.2008, p. 3 e de 4 de Junho de 2008, no processo C-9/2008 SachsenLB, ainda não publicada. Os documentos de base relativos às decisões da Comissão nesta matéria podem ser consultados em http://ec.europa.eu/competition/state_aid/register/ sob as referências mencionadas (V. ainda, para o caso em análise, as referências NN 60/2008, NN 71/2008 e C33/2009).

26 Aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas adoptadas em relação às instituições financeiras no contexto da actual crise financeira global, JO C 270 de 25.10.2008, pp. 8-14.

27 A Comissão entendeu, em suma, que o BPP não suportava a totalidade do custo da garantia, o que qualifica a mesma como auxílio de Estado. V., neste sentido, Martins, 2002: 62.

28 Por mensagem de correio electrónico de 23 de Junho de 2009, Portugal informou a Comissão de que tinha tomado a decisão de prorrogar a garantia do Estado por um período adicional de seis meses (Despacho n.º 13364-A/2009 do Ministério das Finanças, de 5 de Junho de 2009). Contudo, Portugal não notificou a prorrogação nem solicitou a aprovação da Comissão.

Uma vez que o plano solicitado não fora apresentado, em 6 de Outubro de 2009 a Comissão enviou uma carta de insistência oficial, em conformidade com o artigo 5.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho.

Não tendo recebido o plano, apesar de diversas cartas de insistência, a Comissão deu início a um processo formal de investigação em Novembro de 2009.

Subsequentemente, a decisão da Comissão conclui que o auxílio é ilegal (uma vez que os compromissos em que se baseava a aprovação temporária inicial não foram cumpridos e pelo facto de a medida ter sido prorrogada sem a aprovação prévia da Comissão) e incompatível.

4. A DECISÃO DE AUXÍLIO ILEGAL DE 20.07.2010

i. Conteúdo da decisão

Em 20 de Julho de 2010, a Comissão ordenou ao Estado Português²⁹ a recuperação do auxílio estatal ilegal³⁰ concedido ao Banco Privado Português (v. IP/10/972³¹).

O texto final da decisão não estava, à data de conclusão do presente texto, ainda disponível³² mas são conhecidos os seus traços essenciais, pelo que cumpre desde já proceder à análise dos mesmos³³.

Em suma, a Comissão concluiu, em 20 de Julho de 2010, que a garantia concedida pelo Estado português a seis bancos em Portugal para que estes emprestassem 450 milhões de EUR ao BPP numa altura de crise financeira, em Dezembro de 2008, constituía um auxílio estatal ilegal e incompatível

29 Como ensina Santos (2003: 134) “A Comunidade não tem poderes de execução. Esta decisão (...) vincula o Estado a quem se dirige, tendo este (...) a obrigação de assegurar a sua efectividade”.

30 Para um enquadramento geral dos mecanismos de recuperação, v., por todos, Righini, 2008: 265 e ss., Fromont, 1993: 96 e ss. e, por fim, Porto & Almeida, 2009: 698 e ss.

31 Disponível em: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/972&format=HTML&aged=0&language=PT&guiLanguage=pt>.

32 O texto será disponibilizado, segundo a Comissão, assim que estiverem resolvidas as questões de confidencialidade que suscita, com a referência C 33/2009 (A decisão estará disponível no endereço http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_C33_2009). Podem ainda ser consultadas as referências anteriores à C 33/2009 (NN 57/2009 e CP 191/2009), bem como as NN 60/2008 e NN 71/2008.

33 O que se fará recorrendo, entre outros elementos, à Notificação para comentários que antecedeu a decisão, publicada no JOCE C 56/10 de 06.03.2010, onde constam, salvo referência em contrário, as posições que se imputem à Comissão no presente ponto 4.

relativamente ao período de 05.12.2008 a 15.04.2010, em virtude do incumprimento da sua obrigação de apresentar um plano de reestruturação e da reduzida taxa de remuneração da garantia paga pelo banco.

O período considerado termina em 15.04.2010 porque nessa mesma data o Banco de Portugal revogou a licença bancária do BPP, que entrou em processo de liquidação.

Consequentemente, os seis bancos portugueses exigiram o accionamento da garantia estatal e o empréstimo foi-lhes reembolsado pelo Governo português em 7 de Maio do presente ano.

Portugal, que teve de pagar o empréstimo, tomou as medidas necessárias para fazer valer os seus direitos privilegiados e prioritários sobre a contra garantia que tem sobre o BPP, a fim de recuperar a referida quantia.

Por outro lado, dispõe de quatro meses para informar a Comissão sobre as diligências que realizou para tentar recuperar igualmente a diferença entre a remuneração da garantia paga pelo BPP e a que deveria ter sido paga.

ii. Fundamentação Jurídica: enunciação e análise crítica

A Comissão fundamenta a sua decisão de 20 de Julho de 2010 em torno de dois factos essenciais: a não apresentação do plano de reestruturação no prazo previsto³⁴ e o valor anormalmente baixo da remuneração da garantia estatal.

Que, combinados³⁵, legitimam, no entender da Comissão, a declaração de ilegalidade do auxílio.

34 O plano de reestruturação deveria ser elaborado em conformidade com a Comunicação da Comissão sobre o regresso à viabilidade e avaliação, em conformidade com as regras em matéria de auxílios estatais, das medidas de reestruturação tomadas no sector financeiro no contexto da actual crise, JO C 195 de 19.8.2009, pp. 9-20, devendo nomeadamente abordar as seguintes questões:

- Apresentação e análise da estratégia e modelo de negócios do banco, a fim de considerar a sua viabilidade a longo prazo num futuro razoável para que possa continuar a satisfazer as necessidades em matéria de crédito da economia, sustentando desta forma a recuperação económica;
- Minimização dos auxílios estatais, incluindo a necessidade de garantir a contribuição do banco para eventuais custos de reestruturação;
- Minimização das distorções da concorrência resultantes do investimento do Estado;
- Alterações a nível da gestão;
- Restrições a nível do comportamento comercial, nomeadamente no que se refere aos seguintes aspectos: (i) redução do balanço do banco e (ii) restrições relativamente a novas actividades de concessão de empréstimos na pendência da reestruturação do banco;
- Compromisso no sentido de o banco se abster de actividades publicitárias ou promocionais que façam referência à medida de recapitalização enquanto vantagem em termos concorrenciais.

35 Na sua decisão de Março de 2009, em que aprovava a medida enquanto auxílio de emergência, a Comissão considerou que “a apresentação do plano de reestruturação constituía um requisito incontornável, dado o nível de remuneração excepcionalmente baixo”.

Convém porventura recordar que, nos termos dos Tratados, são incompatíveis com o mercado comum, na medida em que afectem as trocas comerciais entre os Estados-membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções.

Desde o início do processo em causa que era claro que no entender da Comissão a garantia do Estado constituía um auxílio estatal. A Comissão considerou, coerentemente, que a prorrogação da garantia constituía igualmente um auxílio estatal.

De seguida a Comissão retira daqui que:

“O acordo de garantia permite que o BPP obtenha financiamento numa situação em que não lhe era possível encontrar um financiamento adequado no mercado. Esta medida proporciona uma vantagem económica ao BPP e reforça potencialmente a sua posição em relação aos seus concorrentes em Portugal e noutros Estados-Membros, que não beneficiam de apoio público. Por conseguinte, deve continuar a considerar-se que a medida é susceptível de distorcer a concorrência e de afectar o comércio entre Estados-Membros. A vantagem é concedida através de recursos estatais e é selectiva, uma vez que apenas beneficia um banco. A Comissão salienta que uma vez que o BPP desenvolveu actividades transfronteiras e internacionais, uma eventual vantagem proveniente de recursos estatais afectaria a concorrência no sector bancário e o comércio intracomunitário.”

E neste passo torna-se intrincado poder subscrever o entendimento da Comissão sem mais.

De facto, como já referido, o empréstimo e a garantia cobriam apenas as responsabilidades do passivo do BPP registadas no balanço à data de 24 de Novembro de 2008 e o empréstimo só seria utilizado para reembolsar depositantes e outros credores e não poderia cobrir as responsabilidades de outras entidades do grupo.

Acresce que, desde 5 de Dezembro de 2008, isto é, desde a data em que foi concedido o empréstimo e prestada a garantia pelo Estado, o BPP deixou de prestar serviços bancários e foi autorizado a suspender todos os seus pagamentos com efeitos a partir de 1 de Dezembro de 2008³⁶.

³⁶ Foi decidido pelo Banco de Portugal em 1 de Dezembro de 2008, o seguinte: “Nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 145.º do RGICSF, dispensar o Banco Privado Português, durante um período de três meses, do cumprimento pontual de obrigações anteriormente contraídas, prioritariamente no âmbito da actividade

Esta situação ter-se-á mantido até à data (15.04.2010) em que o Banco de Portugal revogou a licença bancária do BPP, que entrou em processo de liquidação.

Com os dados publicamente disponíveis é, portanto, lícito concluir que o BPP, enquanto entidade financeira, não beneficiou concreta e efectivamente de nenhum benefício que tivesse o potencial³⁷ de distorcer a concorrência no mercado comum³⁸.

Basta atentar nas limitações, por um lado, à utilização das verbas constantes do empréstimo garantido e, por outro, ao exercício da sua normal actividade, para se poder defender que é altamente improvável que se possa apontar uma situação factual em que o Banco tenha concorrido com outras instituições bancárias.

Não se vislumbra, face aos dados disponíveis, em que momento, na pendência do auxílio de Estado, o BPP possa ter ingressado em “*actividades transfronteiras e internacionais*”, do que resulta que muito menos teria nessa sede beneficiado de “*uma eventual vantagem proveniente de recursos estatais*”³⁹.

Assim, e face aos Tratados, é difícil ver em que medida é que o apoio em causa possa ter afectado as trocas comerciais entre os Estados-membros ou mesmo que possa ter falseado ou ameaçado falsear a concorrência⁴⁰.

Questão diversa, mas que a Comissão não invoca, é saber se os Bancos que concederam o empréstimo ao BPP foram directamente beneficiados pela utilização que este deu ao montante mutuado, v.g., porque eram credores deste noutros contratos de financiamento ou depósito, caso em que a garantia estatal, que foi efectivamente accionada, poderá ter beneficiado estas instituições financeiras em detrimento de outras o que, dependendo das características

de gestão de patrimónios, na medida em que tal se mostre necessário à reestruturação e saneamento da instituição.” (disponível em http://www.bportugal.pt/pt-PT/Supervisao/Decisoes/Paginas/Dezembro2008_1.aspx).

37 Ainda que se adopte a noção lata adoptada pela Comissão e subscrita, por exemplo, por Kepenne, 1999: 120 e ss.

38 Para uma visão geral dos fundamentos e objectivos do controlo dos auxílios de Estado, v., por todos, Morais, 1993 e Sinnaeve, 2000: em especial 13 a 16.

39 V., sobre este aspecto, Faria, 2009: em especial 49 e ss. e 66 e ss.

40 Para uma abreviada descrição da avaliação do efeito anticoncorrencial, v., entre outros, Martins, 2002: 82 e ss.

das operações, poderá ter constituído um favorecimento com eventuais consequências sobre as condições de concorrência⁴¹.

No demais, e de forma sucinta, a Comissão invoca dois incumprimentos formais: a não apresentação do plano de reestruturação e a prorrogação da garantia sem notificação para o efeito.

Quanto ao primeiro aspecto, pode apenas dizer-se que desde a apreciação inicial que a Comissão deixou claro perante o Estado Português que condicionava a aprovação do apoio à apresentação desse plano.

Ou seja, a medida inicial, aprovada pela Comissão em 13 de Março de 2009, foi considerada compatível, sob reserva da apresentação de um plano de reestruturação. Uma vez que tal plano não foi apresentado, a medida de auxílio tornou-se ilegal.

A Comissão não valorizou, na sua apreciação, o facto de o referido plano de reestruturação não ter sido apresentado, numa primeira fase, em tempo, e posteriormente, de todo, não por omissão das entidades nacionais mas porque no âmbito da elaboração desse plano não foi possível chegar a uma solução que viabilizasse a instituição⁴².

E menos ainda valorizou o facto de que a recusa do Estado Português em aprovar aquele plano era precisamente o facto de o mesmo prever uma recapitalização com recursos públicos no valor de 200 milhões de Euros, que o Estado Português entendeu ser incompatível precisamente com as regras relativas a auxílios de Estado⁴³.

41 Não existe sobre o Banco Privado Português no *site* do Banco de Portugal informação mais recente que o Relatório e Contas de 2007. É possível confirmar este facto em <http://www.bportugal.pt/pt-PT/Supervisoao/Paginas/Contasdasinstituicoes.aspx#anchor>.

A excepção consiste em vários BTI's (Balanço trimestral em base individual) referentes ao ano de 2008, que apenas dão conta de um Balanço muito simplificado, sem informação qualitativa, e que não são acompanhados de outros elementos, como, por exemplo, Demonstrações de Resultados.

42 Segundo os dados apurados pela Comissão: *“Em 24 de Abril de 2009, os administradores do BPP apresentaram um plano de reestruturação ao Banco de Portugal. Por carta de 5 de Junho de 2009, as Autoridades portuguesas explicaram à Comissão que o atraso na apresentação do plano de reestruturação do BPP se devia ao facto de o Plano de Recuperação e Saneamento proposto pelo BPP não ter sido aceite pelo Banco de Portugal.*

Em 9 de Junho de 2009, o Ministério das Finanças e da Administração Pública publicou um documento onde se afirmava que o Plano de Recuperação e Saneamento apresentado em 24 de Abril de 2009 pelo BPP ao Banco de Portugal propunha, nomeadamente, uma operação de capitalização com uma contribuição do Estado de 200 milhões de EUR sob a forma de acções ordinárias, acções preferenciais e prestações suplementares sem qualquer remuneração.”

43 Face, nomeadamente, às orientações resultantes da Comunicação da Comissão — A recapitalização das instituições financeiras na actual crise financeira: limitação do auxílio ao mínimo necessário e salvaguardas contra distorções indevidas da concorrência, JO C 10 de 15.1.2009, pp. 2-10.

Especulativamente, uma vez que não existem informações públicas sobre essa matéria, a avaliação do Estado português poderá ter assentado no facto de que se a viabilização da instituição só seria possível com uma injeção directa e duradoura de fundos pelo Estado, estava desde logo em causa que a medida em causa pudesse ser avaliada positivamente face aos requisitos aplicados pela Comissão em casos semelhantes⁴⁴.

Por outro lado, e no entender da Comissão, a renovação da garantia sem a aprovação da Comissão constitui claramente uma medida ilegal.

No que se refere à limitação temporal, a Comissão considerou originalmente como positivo o facto de a medida de auxílio se limitar a seis meses, tendo afirmado inequivocamente que uma eventual prorrogação da garantia para além do período inicial de seis meses teria de ser notificada à Comissão para aprovação.

Este passo não terá sido formalmente dado pelo Estado Português no entender da Comissão⁴⁵.

Noutra perspectiva, a Comissão relaciona negativamente a baixa remuneração da garantia em causa face o que entende agravado pela duração da mesma após a prorrogação, como acima se referiu.

Entende a Comissão que, no que se refere à remuneração da garantia, o prémio originalmente fixado de 20 pontos de base é inferior ao nível resultante da aplicação da recomendação do Banco Central Europeu de 20 de Outubro de 2008. O que tornou a sua aceitação apenas possível face à muito limitada vigência do apoio (6 meses).

De facto, na sua decisão de 13 de Março de 2009, de aprovação da medida de emergência inicial, a Comissão afirmou claramente que a aceitação deste

44 A Comissão apenas refere, quanto a este aspecto, o seguinte: “O Governo considerou a solução inviável. O documento acima referido referia igualmente que «O Banco Privado Português, pela sua dimensão, pela sua quota de mercado, bem como pelo modelo de negócios que tem desenvolvido – essencialmente assente na gestão de patrimónios – não apresenta, atentas também as actuais condições de funcionamento do sistema financeiro nacional e internacional, um risco sistémico relevante que fundamente a existência de um interesse público que justifique o envolvimento de dinheiros públicos tal como pretendido no referido plano. Acresce que o Plano de Recuperação e Saneamento proposto pelo BPP não se enquadra nas regras do regime de recapitalização, constantes da Lei 63-A/2008, nem nas orientações sobre a matéria definidas a nível da União Europeia, tendo em vista assegurar o respeito pelas regras comunitárias da concorrência, dado que estamos perante um cenário de ajudas de Estado»”.

45 Dizemos formalmente porquanto é a própria Comissão que revela que: “Por mensagem de correio electrónico de 23 de Junho de 2009, Portugal informou a Comissão de que tinha tomado a decisão de prorrogar a garantia do Estado por um período adicional de seis meses (Despacho n.º 13364-A/2009 do Ministério das Finanças, de 5 de Junho de 2009). Contudo, Portugal não notificou a prorrogação nem solicitou a aprovação da Comissão.”

nível de remuneração ficava condicionada à apresentação do plano de reestruturação e que os custos da intervenção pública a favor do BPP deviam, a longo prazo, reflectir-se no plano de reestruturação e ser ressarcidos.

Tendo em conta o facto de a remuneração da garantia ser inferior ao nível normalmente exigido em conformidade com a Comunicação relativa ao sector bancário e considerando que a Comissão apenas autorizou este nível na condição de Portugal apresentar um plano de reestruturação que, a mais longo prazo, abordaria de forma adequada esta vantagem.

Tal veio pôr em crise, no entender da Comissão, que as garantias dadas pelo Estado Português fossem compatíveis com o mercado comum no que se refere tanto à duração como à remuneração da medida.

Por fim, e pese embora não seja dado muito ênfase pela Comissão a este aspecto, parece-nos decisiva na avaliação negativa da legalidade do auxílio o facto de não ter sido, pelo menos em matéria de elementos públicos, suficientemente explicada a alteração de enquadramento da operação de apoio ao Banco.

De facto, se num momento originário, que dá origem à decisão de aceitação por parte da Comissão, o Estado Português, com base no parecer do Banco de Portugal, sustentou a existência de um risco sistémico⁴⁶ que urgiria eliminar, vem depois afirmar, a propósito da recusa do Plano de Reestruturação acima assinalado, que *“a situação do BPP não apresentava um risco sistémico relevante que fundamentasse a existência de um interesse público que justificasse o envolvimento de dinheiros públicos”*.

É nestes aspectos que a Comissão sustenta, portanto, a sua decisão de declarar o auxílio ilegal e determinar ao Estado Português que recupere o mesmo.

46 Nas palavras da Comissão Portugal terá invocado que *“num país como Portugal, o incumprimento mesmo de um banco de dimensão média como o BPP poderia ter um efeito de dominó em diversas instituições financeiras, de que resultariam graves perturbações para a economia do país.”*

5. CONCLUSÃO

A decisão da Comissão parece-nos fragilizada do ponto de vista da não demonstração substantiva de que tenha existido, ao menos indiciariamente, qualquer dano, ainda que potencial⁴⁷, à concorrência⁴⁸.

Do exposto resulta que a Comissão sustenta a sua decisão, no essencial, em aspectos procedimentais (ou de cumprimento de formalidades).

Portugal não apresentou o Plano de Reestruturação do BPP a que se tinha obrigado, prorrogou a garantia sem notificar a Comissão formalmente, bem sabendo que o seu baixo nível de remuneração e outros aspectos do processo tornariam essa decisão muito dificilmente favorável.

Por outro lado, Portugal não justifica, ou não justifica suficientemente, porque é que, se num momento originário, que dá origem à decisão de aceitação por parte da Comissão o Estado Português, com base no parecer do Banco de Portugal, sustentou a existência de um risco sistémico⁴⁹ que urgiria eliminar, vem depois afirmar precisamente o contrário.

No fim, contudo, pode considerar-se que a decisão é altamente favorável ao Estado Português. Coloca-o numa posição privilegiada, não só para recuperar o montante do empréstimo que liquidou depois de accionada a garantia, como pode ainda exercer as suas prerrogativas para reclamar junto da massa falida uma remuneração adicional pela garantia prestada que faça o seu valor equivaler ao de mercado.

47 No sentido de que o dano a que se referem os Tratados não tem de se verificar, bastando que seja meramente potencial, se pronunciou já a Jurisprudência Comunitária. V., por todos, o Acórdão Altmark.

48 É a própria Comissão que diz reconhecer, em Nota de Imprensa (IP/10/972), que “a liquidação do banco resolv[e] o problema da distorção de concorrência decorrente do auxílio”.

O documento original pode ser consultado em <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/972&format=HTML&aged=0&language=PT&guiLanguage=en>

49 Nas palavras da Comissão, Portugal terá invocado que “num país como Portugal, o incumprimento mesmo de um banco de dimensão média como o BPP poderia ter um efeito de dominó em diversas instituições financeiras, de que resultariam graves perturbações para a economia do país”.

BIBLIOGRAFIA

CLEARY GOTTlieb STEEN & HAMILTON LLP

2008 *The New Commission Guidance on State Aid and the Financial Crisis*, Brussels.

FARIA, Tânia Luísa Farinha

2009 *O regime Comunitário dos Auxílios de Estado – Implicações da nova abordagem económica aprofundada*, policopiado, Lisboa: BFDUL.

FROMONT, Michel,

1993 “La recuperation dès aides versées en violation du droit communautaire, in *State Aid: Community Law and Policy*, Colónia: Bundesanzeiger.

HATTON, C. & COUMES, J.M.

2009 “Commission Adopts Guidance on State Aids to the Financial Sector”, in *European Competition Law Review*, 2009, 30(2), pp. 51-52.

KEPENNE, Jena Paul,

1999 *Guide des Aides d’Etat en Droit Communautaire*, Bruxelles: Bruylant, 1999.

MARTINS, Manuel

2001 *Auxílios de Estado no Direito Comunitário*, Cascais: Principia.

MASCATE, Ana Luísa Gaspar

2004 *Auxílios de Estado e Desenvolvimento Tecnológico*, policopiado, Lisboa: BFDUL.

MORAIS, Luis

1993 *O Mercado Comum e os Auxílios Públicos*, Almedina: Coimbra.

PRETE, L.

2006 “State Aid Reform: Some Reflections on the Need to Revise the Notice on Guarantees”, in *World Competition* 29(3), pp. 421-439.

PORTO, Manuel Carlos Lopes & ALMEIDA, João José Nogueira de

2009 “State Aid – a focus on member states experience in revocering illegally granted state aid”, in *Estudos de Direito Europeu*, Congressos da FIDE, Cascais, Principia.

RAWLINSON, Frank

1993 “The role of Policy Frameworks, Codes and Guidelines in the Control of State Aid”, in *State Aid: Community Law and Policy*, Colónia: Bundesanzeiger.

RIGHINI, Elisabeth

2008 “Godot is here: Recovery as an effective state aid remedy” in *EC State Aid Law – Le droit dès aides d’Etat dans la CE*, International Competition Law Series, Volume 36.

SANTOS, António Carlos dos

2003 *Auxílios de Estado e Fiscalidade*, Coimbra: Almedina.

SINNAEVE, Adinda

2000 “State Aid Control: Objectives and Procedures”, in Bilal, Sanoussi et al. (ed.) *Understanding State Aid Policy in the European Community – Perspectives on Rules and Practice*, Netherlands: Kluwer Law International.

SOARES, Cláudia Dias

2003 *O Direito Fiscal do Ambiente – o Enquadramento Comunitário dos auxílios de Estado a favor do ambiente*, Coimbra: Almedina, CEDOUA.

WEENINK, H. & STEINEN, P.S.

2008 “State Aid in the Financial Services Sector”, in *Journal of International Banking and Regulation*, 23(10).

C&R

JURISPRUDÊNCIA

Comentário de Jurisprudência da União Europeia

Jurisprudência Geral

COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA

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?)

*Nuno Cunha Rodrigues**

1. INTRODUÇÃO

O acórdão em análise foi proferido no dia 8 de Julho de 2010, provocando um esperado impacto na opinião pública. Seguiu-se à invocação, pelo Estado Português, na Assembleia Geral da Portugal Telecom (PT) realizada no dia 1 de Julho, do direito de veto à operação de alienação à Telefónica da participação social detida pela PT na empresa vulgarmente designada por Vivo.

Na análise do arresto, há que distinguir duas realidades:

- i) A substância do acórdão que não se relaciona directamente com o negócio de transmissão da participação social detida pela Portugal Telecom na Vivo;
- ii) As implicações da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça (TJ), nomeadamente no que respeita ao negócio descrito;

Começemos pela primeira.

* Mestre em Direito. Assistente da Faculdade de Direito de Lisboa.

2. ENQUADRAMENTO GERAL

A emergência de figuras equiparáveis às da *golden-share* ocorreu, um pouco por toda a Europa, durante os anos 90, sobretudo em empresas consideradas estratégicas.¹

Como foi ventilado no relatório Cecchini, que forneceu a justificação para a realização do mercado interno, a reorganização de certos grupos de indústria estratégica, na Europa, através de *joint-ventures* ou fusões e aquisições, poderia dar lugar a empresas globais capazes de beneficiar desse mesmo mercado.

Porém, tem sido dito que a manutenção de direitos especiais dos Estados-membros em empresas pode implicar um falhanço na transferência do controlo e incentivos, com impacto na avaliação da empresa no mercado, e prejudicará inevitavelmente a construção do mercado interno bem como a afirmação de “empresas globais”.

A este respeito, o relatório sobre direitos especiais emitido pela Comissão Europeia pondera que empresas em que se optou por manter direitos especiais “não constituem oportunidades de investimento atractivas”² uma vez que representam uma restrição à liberdade de circulação de capitais.

Analisemos esta figura *sui generis*.

Pode equacionar-se várias categorias de *golden-shares*.

Em termos amplos, temos em vista as *golden-shares* que estão ao dispor de qualquer ente – público ou privado –, e que lhe permite interferir, de forma atípica, na vida da sociedade, em moldes superiores ao da participação social detida (v.g. através de acordos parassociais ou do voto plúrimo).³

1 As *golden-shares* surgiram, nos Estados-membros, baseadas em diferentes justificações, entre as quais destacaremos:

- a) Condicionar a alienação da empresa a determinados accionistas;
- b) Assegurar que a empresa mantém o respectivo objecto social e o local de registo e/ou sede;
- c) Prevenir a alienação da empresa e/ ou dos seus bens considerados estratégicos;
- d) Assegurar que os novos proprietários da empresa respeitam regras previamente acordadas;
- e) Garantir o fornecimento de serviços de interesse económico geral;
- f) Salvaguardar a segurança pública, a saúde pública e a defesa nacional.

2 Cfr. p. 10 do relatório da Comissão Europeia sobre direitos especiais de 2005.

3 Referindo-se às “*golden-shares*” de forma abrangente, v. Verhoeven, 1996: 880: “‘*Golden-share*’ or similar restrictions designed to protect the national interests of member states may take the form of specific legislation, and also of statutory provisions or of contractual arrangements (such as shareholders agreements) or of any combination thereof.”

Podemos igualmente distinguir *golden-shares* com prazo definido de *golden-shares* sem prazo definido.⁴

Em termos estritos, visamos as participações sociais detidas por entes públicos que, em resultado de uma intervenção legislativa derogatória do regime geral das sociedades comerciais, conferem poderes especiais intra-societários que não estão ao alcance de um ente privado.

Dentro destas últimas poderíamos ainda distinguir, no direito português e, especificamente, no quadro da Lei-Quadro das Privatizações (LQP), dois conceitos de *golden-shares*:⁵

- a) Um, abrangente, em que a nomeação de administradores por parte do Estado é acompanhada pela detenção de acções privilegiadas (*golden-shares*);
- b) Outro, circunscrito ao conceito de acção privilegiada (*golden-share stricto sensu*).

É necessário dizer que a Comissão Europeia tem equiparado as situações de detenção de direitos especiais, em empresas, por parte de um Estado membro – tal como sucede na PT – à noção de *golden-share*.

4 Neste caso encontramos os exemplos, no passado, em Espanha na Repsol (até 6 de Fevereiro de 2006); Telefónica (até 18 de Fevereiro de 2007); Endesa (até 8 de Junho de 2007); Indra sistemas (até 23 de Março de 2004); Iberia (até 3 de Abril de 2006); na República Checa onde o Estado detém direitos especiais num “cluster” de 20 empresas regionais de água, que desaparecerão gradualmente até 2010 e na Polónia em que o Estado mantém direitos especiais em três companhias do sector eléctrico (*Elektrownia Rybnik, S.A., Stoen, S.A. e Towarowa Gielda Energii, S.A.*) e na *PKN Orlen*, que actua na área do petróleo.

No segundo grupo – *golden-shares* sem prazo definido – incluem-se os exemplos da Hungria, onde o Estado possui direitos especiais num “cluster” de 21 empresas que actuam no sector da energia (petróleo, gás e electricidade) e na *Magyar Telecom*; na Finlândia, no caso da companhia de gás *Gasum Oy*; na Itália, relativamente à ENI (petróleo); ENEL (energia) e Telecom Italia (telecomunicações); na Letónia, no caso da *SAI Lattelekom* (telecomunicações) e *Latvijas Gaze* (gás); na Lituânia, na *Vakaru Skirstomieji Tinklau* (energia); na Holanda, nos casos da TNT (serviço postal) e KPN (telecomunicações) e, por último, no Reino Unido relativamente à *British Energy*.

5 Excluimos do conceito de *golden-share* as intervenções legislativas que conferem poderes de intervenção intra-societária a entes públicos sem a detenção concomitante de capital social.

Nestes casos, estaremos perante uma verdadeira forma de intervenção de natureza administrativa, ao contrário do que sucede com as *golden-shares* em sentido restrito. Neste último caso a intervenção – inquestionavelmente de natureza administrativa – é “encapotada” com a detenção de uma percentagem mínima de capital social que faz, do Estado, accionista.

Constitui exemplo de intervenção sem a detenção de capital social o estabelecimento, através de lei, de limites à detenção de capital social por entes nacionais ou estrangeiros. Trata-se de uma situação equivalente à que conduziu à condenação de Portugal, em 2002, pelo Tribunal de Justiça, num caso – acórdão de 4/6/2002, proc. n.º C-367/98, in *Colectânea*, p. I-4731 – que, paradoxalmente, ficou associado às *golden-shares* quando, em rigor, não se tratava desta figura. Estavam em causa o artigo 13.º, n.º 3 da LQP e os Decretos-Leis n.ºs 65/94, de 28 de Fevereiro e 380/93, de 15 de Novembro, entretanto revogados pela Lei n.º 102/2003, de 15 de Novembro e pelo Decreto-Lei n.º 49/2004, de 10 de Março.

A Comissão Europeia, face à complexidade da noção jurídica de *golden-share* provocada pela existência de diferentes modelos de direitos especiais, potenciada pela adesão de novos Estados-membros e não definitivamente esclarecida pela jurisprudência do TJ, decidiu proceder a um levantamento das empresas onde ainda existiam direitos especiais, tradicionalmente associados à detenção de *golden-share*.⁶

Este procedimento iniciou-se em Abril de 2004 e foi acompanhado por um outro estudo, relativo ao impacto micro-económico dos direitos especiais nas empresas.

Este último estudo foi estimulado pelo facto de se saber que, frequentemente, os direitos especiais não fornecem critérios *ex-ante* que permitam perceber quando é que os poderes discricionários ao dispor do Estado serão utilizados, conduzindo, por isso, a decisões de gestão condicionadas e *subóptimas*.

De facto, a mera existência de uma *golden-share* traduz-se na limitação ou no condicionamento da actividade empresarial, face à possibilidade de eventual accionamento dos poderes associados a esse instrumento jurídico.⁷

O levantamento efectuado em 2004 levou a Comissão a identificar 141 empresas onde subsistem figuras jurídicas equiparáveis às da *golden-share*.

Em Portugal, persistem regimes equiparáveis à detenção de *golden-shares* na Portugal Telecom – que estavam em causa no acórdão que comentamos

6 Cfr. Relatório da Comissão Europeia sobre direitos especiais de 22.7.2005, disponível em www.europa.eu.int/comm/internal_market/capital/docs/privcompanies_en.pdf.

7 Basta ver o exemplo de França que, nos anos 90, ameaçou utilizar a *golden-share* detida na Elf Aquitaine, prevenindo, assim, um *take-over* por parte da Totalfina (ainda que, posteriormente, esta operação viesse a ser aprovada). O mesmo governo ameaçou, em 1993, criar uma *golden-share* na Renault, para evitar a fusão com a Volvo, o que levou esta última empresa a desistir da pretensão. Da mesma forma, o governo espanhol ameaçou utilizar a *golden-share* detida na Telefónica para impedir uma fusão entre esta empresa e a KPN.

–, na EDP – Energias de Portugal, S.A.⁸ e na GALP – Petróleos de Portugal, S.A.⁹

8 A EDP – Energias de Portugal, S.A., foi transformada em sociedade anónima pelo Decreto-Lei n.º 6/91, de 8 de Janeiro, que, em anexo, publicou o respectivo pacto social.

Foi apenas em 2000 que, nos termos do artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 141/2000, de 15 de Julho, foram atribuídas ao Estado acções privilegiadas (*golden-shares*).

O referido artigo dispõe da seguinte forma:

“Artigo 13.º

Direitos especiais do Estado

1 – Enquanto o Estado for accionista da sociedade, independentemente do número de acções de que for titular e quer o seja directamente ou indirectamente, por meio de entes públicos (...) as deliberações da assembleia geral a seguir referidas só se considerarão aprovadas se merecerem o voto favorável do Estado:

a) Deliberações de alteração do contrato de sociedade, incluindo de aumento de capital, de fusão, cisão e de dissolução;

b) Deliberação sobre celebração de contratos de grupo paritário e de subordinação;

c) Deliberações de supressão ou limitação do direito de preferência dos accionistas em aumentos de capital.

2 – Enquanto for accionista da sociedade, nos termos do número anterior, o Estado, se votar contra a proposta que fizer vencimento na eleição dos administradores, gozará ainda do direito de designar um administrador, o qual substituirá automaticamente a pessoa menos votada da lista vencedora ou, em caso de igualdade de votos, aquela que figurar em último lugar na mesma lista.

3 – O direito conferido ao Estado no número anterior prevalece sobre os direitos similares conferidos aos accionistas minoritários pelo artigo 392.º do CSC.”

O TJ condenou a Espanha pela detenção de direitos especiais na *Endesa* (cfr. ac. de 13 de Maio de 2003, no processo n.º C-463/00), mas este Estado-membro não eliminou tais direitos, tendo optado por reformular, também aqui de forma ambígua, a lei em causa.

O Estado Italiano procedeu da mesma maneira, não obstante condenado pela detenção de *golden-shares* na Enel tendo introduzido restrições aos direitos de voto nas empresas públicas de gás e electricidade.

9 O sector petrolífero é, até ao momento, o único caso em que o TJUE considerou conforme ao TFUE a detenção, por um Estado-membro, de uma *golden-share* numa empresa.

No acórdão COMISSÃO/BÉLGICA, o TJ considerou que o objectivo de garantir a segurança dos aprovisionamentos em energia (gás e energia eléctrica), em caso de crise, constitui um motivo de segurança pública que se enquadra no artigo 58.º, n.º1, alínea *b*), podendo, neste contexto, os Estados-membros restringir a liberdade de circulação de capitais mediante a criação de acções privilegiadas (*golden-shares*). Durante a primeira fase de privatização da PETROGAL, S.A. previa-se, no artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 353/91, de 20 de Setembro, a criação de acções privilegiadas (*golden-shares*).

Posteriormente, em 1999, o diploma que regulou a primeira fase de privatização da GALP – Petróleos e Gás de Portugal, SGPS, S.A. – que agrupou a PETROGAL, a Gás de Portugal e a TRANGÁS – criou, no artigo 4.º, acções privilegiadas (*golden-shares*).

O referido artigo 4.º dispõe da seguinte forma:

“Artigo 4.º – Criação de acções de categoria especial

1 – Antes de ser deliberado o aumento do capital através do qual se concretizará a 1.ª fase de privatização da GALP poderão ser criadas, por conversão de acções ordinárias, acções privilegiadas.

2 – As acções privilegiadas referidas no número anterior não poderão exceder 10% do actual capital social da GALP (...).

3 – As aludidas acções poderão conferir, designadamente, os seguintes direitos especiais:

a) O direito de, de acordo com o n.º 2 do artigo 391.º do CSC, aprovar a eleição de um número de administradores não superior a um terço do total;

b) O direito de aprovar quaisquer deliberações de alteração do contrato de sociedade, quaisquer deliberações que visem autorizar a celebração de contratos de grupo paritário ou de subordinação e, ainda, quaisquer deliberações que, de algum modo, possam pôr em causa o abastecimento do País de petróleo, gás ou produtos derivados dos mesmos.”

3. A JURISPRUDÊNCIA DO TJ RELATIVA À DETENÇÃO DE DIREITOS ESPECIAIS (*GOLDEN-SHARES*) PELOS ESTADOS-MEMBROS

Apesar do esforço da União Europeia no sentido de liberalizar e regular o mercado das telecomunicações, a maior parte dos Estados-membros considera estratégicas estas empresas, optando por introduzir, num número significativo de casos, mecanismos idênticos aos das *golden-shares*.

Trata-se, na sua maioria, de operadores incumbentes, podendo afirmar-se que, neste domínio, a regulação assimétrica marca, de forma acentuada, a regulação do mercado das telecomunicações, tendo em vista a obtenção de uma maior homogeneização dos preços e a melhoria da qualidade dos serviços.

No entanto, a experiência internacional tem mostrado que estes objectivos só são exequíveis violentando, de alguma forma, as práticas do operador histórico, dito operador incumbente¹⁰, sendo possível dissociar o desiderato da referida regulação assimétrica da detenção de direitos especiais (*golden-shares*) por parte dos Estados-membros.

A sentença proferida pelo TJ em 8 de Julho de 2010 não surpreendeu aqueles que têm acompanhado a jurisprudência daquele Tribunal relativamente às vulgarmente designadas *golden-shares*.

Na verdade, em oito acórdãos proferidos até à presente data, relativos à detenção de direitos especiais (*golden-shares*) em empresas, o Tribunal declarou, em sete, a incompatibilidade com o Tratado: referimo-nos aos casos COMISSÃO/ITÁLIA¹¹, COMISSÃO/FRANÇA¹², COMISSÃO/PORTUGAL¹³, COMISSÃO/ESPANHA¹⁴, COMISSÃO/REINO UNIDO¹⁵, COMISSÃO/ALEMANHA¹⁶ e COMISSÃO/PAÍSES BAIXOS¹⁷.

10 Cfr. Nazaré, 2000: 44.

11 Ac. de 2/6/2005, proc. C-174/04, in *Colectânea*, 2005, p. I – 04933.

12 Ac. de 4/6/2002, proc. C-483/99, in *Colectânea*, p. I-4781.

13 Ac. de 4/6/2002, proc. C-367/98, in *Colectânea*, p. I-4731.

14 Ac. de 13/5/2003, proc. C-463/00, in *Colectânea*, p. I-4581.

15 Ac. de 13/5/2003, proc. C-98/01, in *Colectânea*, p. I-4641.

16 Ac. de 23/10/2007, proc. C-112/05, in *Colectânea*, 2007, p. I – 08995.

17 Ac. de 28/09/2006, procs. apensos C-282/04 e C-283/04, in *Colectânea*, 2006, p. I – 09141.

Apenas num caso – COMISSÃO/BÉLGICA¹⁸ – o Tribunal concluiu pela conformidade dos direitos especiais detidos por um Estado-membro.¹⁹

Naqueles acórdãos, o TJ, aplicando normas de direito comunitário derivado (nomeadamente o anexo I da directiva 88/361/CEE do Conselho, de 24 de Junho de 1988²⁰) especificou, fundando-se nas notas explicativas constantes do final do citado anexo, que existe uma participação com carácter de investimento directo em sociedades por acções quando o lote de acções que se encontra na posse de uma pessoa singular, de uma outra empresa ou de qualquer outro detentor dá a esses accionistas, quer por força do disposto na legislação nacional sobre as sociedades por acções, quer por qualquer outro modo, a possibilidade de participarem efectivamente na gestão dessa sociedade ou no seu controlo.

Segundo o TJ, a noção de movimentos de capitais, para efeitos do disposto no artigo 63.º, n.º 1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) (ex-artigo 56.º, n.º 1 do TCE), compreende a detenção de participações sociais, devendo, a esta luz, os Estados-membros abster-se de tomar medidas que condicionem ou impeçam a plenitude dos direitos inerentes a essa detenção.

Os poderes inerentes à detenção de acções privilegiadas (*golden-shares*) permitem às autoridades públicas que as detêm condicionar a participação dos accionistas na gestão da sociedade ou no seu controlo.

É uma forma de condicionar o investimento directo que a participação accionista traduz, o que, à luz da directiva 88/361/CEE, de 24 de Junho de

18 Ac. de 4/6/2002, proc. C-503/99, in *Colectânea*, p. I-4809.

19 Os direitos especiais analisados nos diferentes acórdãos do TFUE eram diversos e podem ser sumariados e classificados da seguinte forma:

- a) Limitação da participação de capital social estrangeiro em empresas privatizadas (Portugal);
- b) Autorização prévia para o investimento em certo capital ou para direitos de voto (França, Portugal, Espanha, Itália e Reino Unido);
- c) Poder de veto relativo à venda ou aquisição de bens (Espanha, Itália, Reino Unido e Holanda);
- d) Direito de veto de decisões estratégicas (França, Espanha, Reino Unido e Holanda);
- e) Poder de veto de certas decisões relacionadas com a transferência de instalações técnicas para produtos de energia e certas decisões da administração relacionadas com os objectivos do Governo quanto ao fornecimento de energia (Bélgica);
- f) Poder de nomear administradores (Bélgica, França, Itália);
- g) Poder de veto quando esteja em causa a alteração dos direitos especiais (Itália, Reino Unido);
- h) Suspensão dos direitos de voto quando a aquisição tenha sido feita através de OPA's (Itália).

20 Esta directiva considera que o conceito de movimentos de capitais previsto no artigo 63.º, n.º 1 do TFUE (ex-artigo 56.º, n.º 1 do TCE) abrange os investimentos directos, entendidos como a “participação em empresas novas ou existentes com vista a criar ou manter laços económicos duradouros”.

1988, constitui uma limitação à liberdade de circulação de capitais prevista no artigo 63.º, n.º 1 do TFUE (ex-artigo 56.º, n.º 1 do TCE).

As acções privilegiadas (*golden-shares*) são, em regra, incompatíveis com a liberdade de estabelecimento e a liberdade de circulação de capitais, enquanto princípios fundamentais previstos no TFUE. Esta conclusão é alcançada, de forma idêntica à de decisões anteriores, no acórdão que vimos comentando.²¹

Há, no entanto, que referir que esta jurisprudência não significa que a liberdade de estabelecimento e a liberdade de circulação de capitais (artigos 49.º e 63.º do TFUE) constituam realidades absolutas.

Podem ser, excepcionalmente, restringidas. Assim, o direito da União Europeia derivado oferece-nos exemplos de situações que excepcionam a liberdade de circulação de capitais.²²

De resto, o artigo 65.º, n.º 1, alínea *b*) do TFUE (ex-artigo 56.º, n.º 1 do TCE) permite aos Estados-membros a adopção de medidas que restrinjam a liberdade de circulação de capitais, quando essas medidas possam ser justificadas “por razões de ordem pública ou de segurança pública”. Os conceitos de ordem pública e de segurança pública, encontram-se igualmente referidos no artigo 52.º do TFUE para justificar a não aplicação do disposto nos artigos 49.º e seguintes no tocante à liberdade de estabelecimento.

Ora as conclusões que se possam extrair sobre a justificação das acções privilegiadas (*golden-shares*) segundo os conceitos de ordem pública e de segurança pública serão idênticas.²³

É a esta luz que cumpre analisar se a detenção de acções privilegiadas (*golden-shares*) pode ser justificada por razões de ordem pública ou de segurança pública, sabendo-se que a justificação pode ainda basear-se em razões imperiosas de interesse geral (conceito desenvolvido pela jurisprudência do TJ).

O TJ tem procurado definir os limites das noções de “ordem pública” ou de “segurança pública” apesar de estas poderem ser utilizadas arbitrariamente pelos Estados-membros.

21 Cfr. parágrafos 48 a 52.

22 V., a título de exemplo, o sector bancário e segurador onde, de harmonia com o artigo 11.º da Directiva n.º 89/646, de 15 de Dezembro de 1989, qualquer aquisição ou reforço de participação social, por parte de pessoa singular ou colectiva, numa instituição de crédito, desde que, no final, represente um valor superior a 10% do capital social dessa instituição de crédito deve ser obrigatoriamente notificada às autoridades competentes dos Estados-membros, que se poderão opor a essa aquisição, caso não se verifique a idoneidade do adquirente.

23 Sobre a equivalência do artigo 46.º, n.º 1 e do artigo 58.º, n.º 1, alínea *b*) do TCE, v. Légér, 2000: 514-516 e ponto 26.º do ac. COMISSÃO/BÉLGICA, de 4 de Junho de 2002.

Desde logo, o conceito de “ordem pública” não poderá ser invocado quando estiverem em causa razões de natureza económica.

Com isto, estará aparentemente prejudicada a possibilidade de os Estados-Membros invocarem a legitimidade da detenção de acções privilegiadas (*golden-shares*) na medida em que a *ratio* destas assenta normalmente em motivos de natureza estritamente económica, entendimento que foi acolhido pelo TJ.²⁴

A invocação do conceito de “ordem pública” deve, por outro lado, respeitar o princípio da proporcionalidade.

O conceito de “segurança pública” – que abrange tanto a segurança interna como a segurança externa dos Estados-membros – de acordo com o TJ, não poderá ser determinado unilateralmente pelos Estados-membros, sem controlo das instituições da União.

O TJ tem entendido que a segurança pública apenas pode ser invocada em caso de ameaça real e suficientemente grave que afecte um interesse fundamental da sociedade.

Há, então, que determinar se a detenção de acções privilegiadas (*golden-shares*) visa assegurar um interesse fundamental da sociedade em caso de ameaça real e grave e se esse regime é o mais apropriado, o que encerra uma forte componente casuística.

O TJ já reconheceu que a segurança no aprovisionamento mínimo, em produtos petrolíferos, é uma razão de segurança pública que justifica um entrave à livre circulação de mercadorias, considerando, no acórdão COMISSÃO/BÉLGICA, de 4 de Junho de 2002, que igual entendimento vale para os entraves à livre circulação de capitais, na medida em que a segurança pública consta também entre as razões justificativas enunciadas no artigo 65.º, n.º 1, alínea b), do TFUE.

Nesse acórdão, o TJ considerou que o objectivo de garantir a segurança dos aprovisionamentos em energia (gás e energia eléctrica), em caso de crise, constitui um motivo de segurança pública que se enquadra no artigo 65.º, n.º 1, alínea b), podendo, neste contexto, os Estados-membros restringir a liberdade de circulação de capitais mediante a criação de acções privilegiadas (*golden-shares*).

24 Não é, contudo, de excluir que a detenção de acções privilegiadas (*golden-shares*) esteja associada a motivos que, de forma *híbrida*, cumulem razões de natureza administrativa e económica (v.g. por estarem em causa serviços de interesse económico geral ou a soberania do Estado, como no caso da manutenção de uma reserva mínima de petróleo num Estado-Membro), podendo então falar-se em motivos de “ordem pública”.

Teríamos, assim, compatibilizada a existência de acções privilegiadas (*golden-shares*) com o direito da União Europeia. Elas seriam admitidas quando, na sua génese, estivessem razões de segurança pública.

É – note-se – um motivo de natureza administrativa – v.g. a manutenção de um determinado grau de controlo sobre infra-estruturas essenciais – e não um motivo de natureza económica que legitimará a detenção de acções privilegiadas (*golden-shares*).

Em tese geral, a justificação de um entrave obrigará a verificar se as acções privilegiadas (*golden-shares*) são conformes com o direito da União Europeia, nomeadamente à luz do princípio da proporcionalidade.

Segundo a jurisprudência do TJ, a regulamentação nacional que resulte do disposto no artigo 65.º, n.º 1, alínea *b*), deve ser apta a garantir a realização do objectivo que prossegue e não ultrapassar o necessário para o atingir.

Assim, para o TJ, as medidas nacionais susceptíveis de afectar ou de tornar menos atraente o exercício das liberdades fundamentais garantidas pelo TFUE deverão preencher quatro condições:

- a) Aplicarem-se de modo não discriminatório;
- b) Justificarem-se por razões expressamente previstas no Tratado ou por exigências imperativas de interesse geral;
- c) Serem aptas a garantir a realização do objectivo que prosseguem;
- d) Não ultrapassarem o que é necessário para atingir esse objectivo.

Extrai-se do acórdão COMISSÃO/BÉLGICA²⁵ que a detenção de acções privilegiadas (*golden-shares*) não é incompatível com o TFUE quando:

25 A Comissão tinha alegado, no citado processo COMISSÃO/BÉLGICA (ponto 24), que uma medida de carácter negativo, como o direito de oposição (veto), inerente à detenção de acções privilegiadas (*golden-shares*), poderia não assegurar um aprovisionamento de energia suficiente, em caso de crise. Este aprovisionamento apenas poderia ser garantido por medidas positivas, tais como uma planificação destinada a encorajar as empresas de gás natural a celebrar contratos de aprovisionamento a longo prazo e a diversificar as suas fontes de aprovisionamento ou um sistema de licenças. A Comissão acrescentou que a existência de infra-estruturas de transporte poderia ser assegurada não por um direito geral de oposição mas por uma regulamentação que definisse com precisão o comportamento das empresas, concluindo que os meios de impugnação das medidas adoptadas no âmbito da detenção daquele direito de oposição (veto) eram inadequados devido à duração do processo e aos custos a ele ligados.

As acções privilegiadas (*golden-shares*) não seriam, neste entendimento, instrumentos adequados aos fins pretendidos, à luz do direito comunitário.

O TJ rebateu os argumentos da Comissão.

Argumentando que a legislação nacional que derogue a liberdade de circulação de capitais, nos termos do artigo 65.º, n.º 1, alínea *b*) do TFUE, deve ser apta a garantir a realização do objectivo que prossegue e não ultrapassar o necessário para o atingir, o TJ concluiu que o regime em apreço partia do princípio do

- a) Não for discriminatória, o que significa, quando afecte indistintamente interesses nacionais e estrangeiros;
- b) Seja fundada em razões de ordem pública ou de segurança pública ou em razões imperiosas de interesse geral, susceptíveis de exceptonar as liberdades de circulação de capitais e de estabelecimento, nomeadamente no âmbito do aprovisionamento de energia ou de produtos petrolíferos;
- c) For apta a garantir os objectivos que prossegue e não ultrapassar a medida necessária para os atingir;
- d) Assentar em instrumentos objectivamente motivados e, por isso, susceptíveis de um controlo jurisdicional eficaz.

Resulta assim da jurisprudência do TJ que o conceito de “interesse geral” se encontra comprimido quando se fundar na política económica.

Quando à detenção de acções privilegiadas (*golden-shares*) subjaz o escopo de “garantir, em nome da defesa do interesse geral, que os objectivos de política económica prosseguidos pela reprivatização não sejam postos em causa no decurso da operação”, objectivos que podem ser “a escolha de um parceiro estratégico, atenta a internacionalização da empresa, o reforço da estrutura concorrencial do mercado em causa (ou a) modernização e o reforço da eficácia dos meios de produção”, não parece existir um justificativo para, de acordo com a jurisprudência do TJ, se restringir qualquer das liberdades consagradas – em especial, a de circulação de capitais.²⁶

respeito da autonomia de decisão da empresa e impunha às autoridades públicas prazos estritos para o exercício do direito de oposição. Revelava-se, assim, *adequado* aos fins visados.

Ao arrepio do que sustentara a Comissão, para o TJ, uma regulamentação que definisse estritamente o comportamento das empresas do sector, seria mais restritiva do que um direito de oposição limitado a situações particulares.

Disse ainda o Tribunal que a exigência de a decisão do governo belga, em matéria de acções privilegiadas (*golden-shares*), ter de ser fundamentada e susceptível de controlo jurisdicional permitia ao Estado-membro assegurar, numa dada situação, o respeito pelas obrigações de serviço público que incumbem às empresas, com observância das exigências de segurança jurídica.

26 Assim reconheceu o TJ no ponto 52 do ac. COMISSÃO/PORTUGAL, de 4 de Junho de 2002. Apesar de, neste acórdão, estar em causa o estabelecimento, pelo Estado Português, de limites à detenção de participações sociais, a jurisprudência traduzida pelo acórdão adequa-se às acções privilegiadas (*golden-shares*). É que ambos os mecanismos – estabelecimento de limites à detenção de capital social e acções privilegiadas (*golden-shares*) – violam princípios fundamentais de direito comunitário – *maxime* a liberdade de circulação de capitais e o direito de estabelecimento.

É, aliás, o próprio TJ que reconhece este paralelismo nos ac. COMISSÃO/FRANÇA, de 4 de Junho de 2002 (ponto 43.º) e COMISSÃO/BÉLGICA, de 4 de Junho de 2002 (ponto 43.º).

É de observar que a Comissão Europeia tem entendido que, após ter ocorrido a alienação da empresa, os Estados-membros devem desistir de nela intervir, opinião que, de alguma forma, equivale à que se pode extrair da Constituição Portuguesa (cfr. artigo 86.º, n.º 2 da CRP).²⁷

A jurisprudência do TJ relativamente a acções privilegiadas (*golden-shares*) permite concluir o seguinte:

- a) O TJ admite, em algumas circunstâncias, a existência de determinados modelos de acções privilegiadas (*golden-shares*) ou direitos especiais do Estado, independentemente de as empresas em causa prosseguirem ou não actividades de natureza administrativa, maxime como forma de satisfazer exigências de segurança pública;
- b) Os motivos de ordem económica invocados pelos Estados-membros para a criação de acções privilegiadas (*golden-shares*) – planeamento económico a médio e longo prazo da empresa e da sua estrutura accionista, internacionalização da empresa e reforço da eficácia dos meios de produção ou da estrutura concorrencial do mercado – não constituem fundamento, à luz do direito da União Europeia, para a detenção de acções privilegiadas (*golden-shares*);
- c) Não é suficiente que os Estados-membros invoquem as excepções previstas no TFUE para legitimar a detenção de acções privilegiadas (*golden-shares*); é necessário que o regime em causa seja passível de ser fiscalizado pelos órgãos jurisdicionais, devendo, para o efeito, sustentar-se em critérios objectivos²⁸;
- d) A compatibilidade do regime jurídico que decorre da detenção de acções privilegiadas (*golden-shares*) será mais sustentável quando forem invocados motivos de natureza administrativa (v.g. um determinado serviço público, conceito amplo em que abrangemos os serviços de interesse geral, de interesse económico geral e os serviços universais).

27 Pode ainda questionar-se a possibilidade de o regime das acções privilegiadas (*golden-shares*) derrogar alguns dos princípios fundamentais do TFUE, à luz do artigo 106.º, n.º 2 do TFUE (ex-artigo 86.º, n.º 2 do TCE).

Registe-se que a Comissão Europeia admite a manutenção de direitos especiais em empresas como a *Portugal Telecom*, considerando a existência de contratos de concessão de serviços públicos.

28 Trata-se de uma aproximação dos actos praticados ao abrigo da acção privilegiada (*golden-share*) ao direito administrativo de cada Estado-membro para efeitos de impugnação contenciosa.

Inversamente, a margem de sucesso decrescerá quando puder ser assacada natureza económica às razões invocadas.

Destas considerações, pode extrair-se um conjunto de sugestões que poderiam modelar a criação de um regime equiparável ao de uma *golden-share*, tornando-a conforme ao direito da União Europeia.²⁹

4. O ACÓRDÃO DE 8 DE JULHO DE 2010

Já antes do acórdão que vimos comentando, o TJ tinha proferido uma decisão relativa à *golden-share* detida por um Estado-membro em empresas de telecomunicações – a Holanda nas empresas KPN e TNT –, na sequência de queixa apresentada pela Comissão Europeia.

A *golden-share* detida pelo Estado Holandês na KPN era muito semelhante à do Estado português na Portugal Telecom (no caso holandês, os direitos especiais garantiam ao Estado o poder de nomear 3 dos 7 a 9 membros do Conselho de Supervisão e vetar as grandes decisões estratégicas). Era assim possível antecipar que o Tribunal iria decidir de forma idêntica no caso português, a partir das conclusões da decisão emitida pelo TJ relativamente à Holanda.

No acórdão então proferido – em 28 de Setembro de 2006³⁰ – o TJ condenou o Estado Holandês por não cumprir as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 63.º, n.º 1 do TFUE (ex-artigo 56.º, n.º 1 do TCE), ao manter nos estatutos da KPN determinadas disposições que prevêm que o capital destas sociedades incluía uma acção privilegiada do Estado Holandês que lhe confere direitos especiais de aprovação de determinadas decisões de gestão dos órgãos das referidas sociedades, que não estão limitados aos casos em que a intervenção deste Estado é necessária por razões imperiosas de interesse geral reconhecidas pelo TJ e, designadamente, para assegurar a manutenção do serviço postal universal.

29 De forma idêntica, o relatório da Comissão Europeia sobre direitos especiais conclui, de forma clara e inequívoca, que “a privatização de uma empresa pública pode ser sujeita a certas condições, de acordo com o entendimento da Comissão Europeia, desde que:

- a) Sejam baseadas em políticas económicas específicas definidas claramente, de forma prévia e baseadas em motivos de interesse geral;
- b) Sejam aplicadas sem discriminação (princípio da não-discriminação);
- c) Sejam limitadas ao tempo necessário para alcançar objectivos específicos (princípio da proporcionalidade);
- d) Não deixem margem de discricionariedade na interpretação, por parte das autoridades”.

30 Procs. apensos C-282/04 e C-283/04, disponível em www.curia.europa.eu.

Não causaram, por isso, surpresa as conclusões apresentadas pelo advogado-geral PAOLO MENGOZZI, em 2 de Dezembro de 2009, relativas ao caso COMISSÃO/PORTUGAL referente à *golden-share* detida na Portugal Telecom.³¹

Nas conclusões, o advogado-geral propôs que o TJ declarasse que, “ao manter na Portugal Telecom SGPS SA direitos especiais do Estado e de outros entes públicos, atribuídos em conexão com acções privilegiadas do Estado na Portugal Telecom SGPS SA, a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 56.º CE”.

Nessas conclusões, a decisão do TJ proferida no acórdão COMISSÃO/HOLANDA foi substancialmente acolhida.

A similitude foi reconhecida pelo próprio advogado-geral quando afirma, a propósito da influência exercida pela República Portuguesa, graças às acções privilegiadas, nas decisões de gestão da Portugal Telecom, ter sido “esta, aliás, a abordagem adoptada pelo TJ para rejeitar o argumento do Reino dos Países Baixos no processo que deu lugar ao acórdão Comissão/Países Baixos, argumento segundo o qual nenhuma restrição à livre circulação de capitais podia existir devido ao facto de as acções específicas detidas pelo Estado neerlandês influenciarem unicamente as decisões de gestão das empresas dos correios e telecomunicações que estavam em causa no referido processo.”

Foi nesta linha que surgiu o acórdão de 8 de Julho de 2010.³²

No caso português, a *golden-share* foi criada no quadro do processo de privatização da PT cuja primeira fase decorreu ao abrigo do disposto no Decreto-Lei n.º 44/95, de 22 de Fevereiro.

Estabelecia-se, no artigo 20.º, n.º 1 daquele diploma, que, no caso de o contrato de sociedade prever a existência de direitos especiais, estes deveriam ser detidos, em maioria, pelo Estado ou outros entes públicos.

31 Cfr. proc. C-171/08, disponível em www.curia.europa.eu.

32 O que não exclui a existência, noutros Estados-membros, de instrumentos jurídicos equiparáveis em empresas de telecomunicações, configurando, em alguns casos, verdadeiras *golden-shares*, na medida em que a sua criação decorreu de instrumentos de direito público – ao contrário dos direitos especiais detidos pelo Estado Português na PT.

Assim, cfr. os seguintes exemplos:

HOLANDA – KPN (telecomunicações) e TNT (serviços postais);

HUNGRIA – Magyar Telecom;

ITÁLIA – Telecom Itália;

LETÓNIA – Lattelekom.

Apesar da insuficiente técnica legislativa utilizada – na medida em que *golden-shares* só podem ser detidas por entes públicos, atenta a finalidade prevista no artigo 15.º, n.º 3 da Lei-Quadro das Privatizações – veio a ser previsto, nos estatutos da Portugal Telecom, um conjunto de direitos especiais a favor do Estado.

O pacto social da Portugal Telecom, disponível in *www.telecom.pt*, prevê, num conjunto de artigos, os direitos especiais a favor do Estado, enquanto único detentor de acções da categoria A.³³

33 “Artigo 5.º

Categoria de Acções

1. A Sociedade tem, além das acções ordinárias, acções da categoria A, que serão detidas maioritariamente pelo Estado ou por entidades que pertençam ao sector público, e gozam dos privilégios resultantes das regras estabelecidas nos artigos décimo quarto número dois e décimo nono, número dois dos presentes estatutos.
2. Os privilégios referidos no número anterior constituem, para todos os efeitos, designadamente os do artigo vigésimo quarto do Código das Sociedades Comerciais, direitos especiais atribuídos à respectiva categoria de acções.”

“Artigo 14.º

Maioria Deliberativa

1. A Assembleia Geral delibera, em primeira convocação ou em convocação subsequente, pela maioria dos votos emitidos, sem prejuízo da exigência de maioria qualificada nos casos previstos na lei.
2. Porém, as deliberações sobre a eleição da mesa da Assembleia Geral e dos membros do Conselho Fiscal, bem como sobre as matérias referidas nas alíneas c) a f), e i) a j) do artigo seguinte não serão aprovadas, em primeira convocação ou em convocações subsequentes, contra maioria dos votos correspondentes às acções da categoria A.”

“Artigo 15.º

Competência da Assembleia Geral

1. Compete designadamente à Assembleia Geral:

(...)

- c) Deliberar sobre a aplicação dos resultados do exercício;
 - d) Deliberar sobre quaisquer alterações dos estatutos e aumentos de capital bem como sobre a limitação ou supressão de direito de preferência e a fixação, nos termos do artigo 4.º n.ºs 3 e 4, de parâmetros para aumentos de capital a deliberar pelo Conselho de Administração;
 - e) Deliberar sobre a emissão de obrigações ou outros valores mobiliários e fixar o valor daquelas que o Conselho de Administração pode autorizar, nos termos do artigo oitavo número três, bem como sobre a limitação ou supressão de direito de preferência na emissão de obrigações convertíveis em acções e a fixação, nos termos do artigo 8.º, n.ºs 3 e 4, de parâmetros para emissões pelo Conselho de Administração de obrigações dessa natureza;
 - f) Deliberar sobre as autorizações a que se referem os artigos segundo, número dois, e nono, número um;
 - i) Aprovar os objectivos gerais e os princípios fundamentais das políticas da Sociedade;
 - j) Definir os princípios gerais de política de participações em sociedades, nos termos do artigo terceiro, número dois, e deliberar sobre as respectivas aquisições e alienações, nos casos em que aqueles princípios as condicionem à prévia autorização da Assembleia Geral;
- (...).”

“Artigo 19.º

Eleição dos Administradores

1. Os Administradores são eleitos por maioria dos votos emitidos.

Como resulta do disposto no artigo 5.º, n.º 2, o pacto social da PT equipara os direitos especiais detidos pelo Estado nesta empresa ao regime privado previsto no Código das Sociedades Comerciais (CSC).

Com esta equiparação, procura evitar-se a eventual discussão em torno da conformidade daqueles direitos especiais face à admissibilidade deste regime à luz quer do direito nacional, quer do direito da União Europeia.

É que, nos termos do artigo 24.º, n.º 4 do CSC, os direitos especiais nas sociedades anónimas só podem ser atribuídos a categorias de acções e transmitem-se com estas.

Ora, à luz do artigo 24.º, n.º 4 do CSC, o pacto social não poderá prever, de forma expressa, a detenção *intuitu personae* de acções, nomeadamente quando, no caso da PT, se dispõe, no artigo 5.º, n.º 1 do pacto social, que estas serão detidas maioritariamente pelo Estado o que permite concluir que estamos face a verdadeiras *golden-shares*.³⁴

O advogado-geral PAOLO MENGOZZI afirma este mesmo entendimento nas conclusões apresentadas em 2 de Dezembro de 2009 a propósito da *golden-share* detida pelo Estado Português na PT³⁵, o que é justamente confirmado no acórdão de 8 de Julho de 2010.³⁶

2. Para a eleição de um terço do número total de Administradores, que compreenderá o Presidente do Conselho de Administração, a maioria referida no número anterior deve incluir a maioria dos votos conferidos às acções pertencentes à categoria A.

3. Um dos Administradores pode ser isoladamente eleito pela Assembleia Geral, nos termos dos números seis e sete do artigo trezentos e noventa e dois do Código das Sociedades Comerciais."

34 Neste sentido, v. Rodrigues, 2004: 359-365.

35 Cfr. parágrafos 59.º a 60.º:

"59. Assim, se foi o Estado, na sua veste de legislador, que autorizou a criação das acções privilegiadas na Portugal Telecom, foi o Estado, na sua qualidade de accionista maioritário da sociedade, que efectivamente as instituiu ao alterar os estatutos da Portugal Telecom, em conformidade com a possibilidade que lhe era oferecida pela Lei Quadro das Privatizações e pelo Decreto-Lei n. 44/95.

60. Nestas condições, parece-nos impossível sustentar que a criação das acções privilegiadas possa ser unicamente imputada à vontade da Portugal Telecom.

61. Admitir uma argumentação contrária levaria a permitir aos Estados-Membros escapar à aplicação das disposições do artigo 56º CE, com a única justificação de que não foi o «Estado legislador», mas o «Estado accionista», que criou as acções privilegiadas na sequência da autorização concedida pelo Estado legislador! É claro que avaliar tal interpretação comprometeria seriamente o efeito útil da proibição prevista no artigo 56.º, n.º 1, CE."

36 Cfr. parágrafos 54 e 55: "Nestas condições, há que considerar que foi a própria República Portuguesa que, por um lado, na sua qualidade de legislador, autorizou a criação de acções privilegiadas na PT e que, por outro, na sua qualidade de autoridade pública, decidiu, nos termos do artigo 15.º, n.º 3, da LQP e do artigo 20.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 44/95, criar acções privilegiadas na PT, atribuí-las ao Estado e definir os direitos especiais que conferem. Além disso, importa igualmente declarar que, como salientou o advogado-geral no n.º 62 das suas conclusões, a criação das referidas acções privilegiadas não decorre de uma aplicação normal do direito das sociedades, na medida em que as acções privilegiadas previstas na PT, em derrogação

No acórdão, aduz-se que a República Portuguesa se limitou a invocar o argumento da “segurança pública”, sem precisar as razões pelas quais considera que a detenção pelo Estado de acções privilegiadas (*golden-shares*) permitiria evitar a afectação de um interesse fundamental da sociedade.³⁷

O que significa, por outras palavras, que o acórdão de 8 de Julho de 2010 não inviabiliza definitivamente a existência de direitos especiais (*golden-shares*). Relega-a para casos absolutamente excepcionais enquadrados implicitamente à luz dos pressupostos acima enumerados – resultantes do acórdão COMISSÃO/BÉLGICA.

Cumpre-nos ainda salientar uma derradeira nota.

De harmonia com o parágrafo 38 do acórdão, a Comissão teria contestado a argumentação da República Portuguesa segundo a qual, tendo a PT conservado a gestão das redes de cabo e das redes de cobre, bem como todas as actividades grossistas e retalhistas, a detenção de direitos especiais do Estado na PT era necessária para assegurar um determinado grau de concorrência nos mercados das telecomunicações.

Segundo a Comissão, tal argumentação “conduziria à situação paradoxal de dever justificar uma violação do direito comunitário da concorrência com outra violação deste mesmo direito, isto é, a que consiste, no caso em apreço, em invocar as restrições contestadas às liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado”.

Ora, o que estava aparentemente em causa na defesa do Estado Português dizia respeito à possibilidade de se considerar a necessidade da defesa da concorrência no mercado das telecomunicações – através do efeito limitador ou condicionador da *golden-share* – enquanto razão imperiosa de interesse geral apta a permitir restringir as liberdades de circulação permitindo assim a detenção de direitos especiais (*golden-shares*) na PT.

O Tribunal não chegou a analisar este argumento. Fica assim por saber se pode vir a ser utilizado no futuro.

É que, sem prejuízo de o argumento do Estado Português dificilmente proceder *in casu* face ao princípio da proporcionalidade, não é de excluir que a defesa da concorrência possa, em determinadas circunstâncias, ser apta a

do Código das Sociedades Comerciais português, se destinam a permanecer na propriedade do Estado e não são, por conseguinte, transmissíveis.”

37 Cfr. parágrafo 74.

permitir restringir liberdades de circulação enquanto razão imperiosa de interesse geral.

5. IMPLICAÇÕES DO ACÓRDÃO

Colocam-se dúvidas relativamente ao impacto do acórdão nomeadamente no tocante às acções privilegiadas (*golden-shares*) detidas na Portugal Telecom (PT).

Não existindo um precedente no caso português, podemos-nos socorrer de exemplos estrangeiros em que se verificava a desadequação dos direitos especiais detidos com o direito da União Europeia.

Em alguns casos, ocorreu, a final, a alteração dos direitos especiais na sequência de procedimento acordado com a Comissão Europeia ou, pura e simplesmente, a sua supressão.

Assim, o governo irlandês aboliu, de forma voluntária, a *golden-share* detida na *Telecom Eireann*.

De forma semelhante, o Reino Unido suprimiu voluntariamente a *golden-share* detida na *British Telecom* e a Dinamarca e a Áustria procederam de forma idêntica na *Teledanmark* e na *Celsius*, respectivamente.

Porém, noutras situações, apesar de o TJ ter condenado a detenção de *golden-shares* por Estados-membros estes não suprimiram os instrumentos jurídicos – v.g. Espanha³⁸ e Itália³⁹ –, tendo optado por os reformular de forma, no mínimo, ambígua.

O Estado português pode, por isso, optar por eliminar os direitos especiais detidos; tentar reconduzi-los ao figurino da jurisprudência Comissão / Bél-

38 Em Espanha, a Ley 5/1995, de 23 de Março – que criou o regime jurídico de alienação de participações públicas em determinadas empresas – foi modificada pela Ley 62/2003, de 30 de Dezembro (Lei do Orçamento do Estado para 2004).

Também neste caso se procurou aproximar o exercício de direitos especiais do Estado em determinadas empresas a um procedimento de natureza administrativa (cfr. artigos 4.º a 6.º).

39 Na Itália, foram adoptadas duas alterações legislativas.

A primeira foi aprovada pelo Decreto-Legislativo (*Decreto-legge*) de 14 de Maio de 2005, n.º 81) e respeita às “*disposições urgentes em matéria de participações em sociedades que operem no mercado da energia eléctrica e do gás*”. Altera o Decreto-lei de 25 de Maio de 2001, n.º 192, convertido na Lei de 20 de Julho de 2001, n.º 301.

A legislação italiana, por intermédio deste decreto-legislativo, refugia-se na ambiguidade das palavras e numa necessária “*reciprocidade*” (prevista no n.º 3 – bis) para condicionar o controlo de empresas que, naquele país, operem no sector da energia e do gás natural.

Visa-se, aparentemente, contornar a decisão desfavorável ao Estado Italiano proferido pelo TJ.

De qualquer modo, o que pode dizer-se é que o *decreto-legge* n.º 81, de 14/5/2005, vem reforçar a incerteza e ambiguidade que rodeia os processos de liberalização em curso nos diferentes Estados-membros e, em particular, a figura das *golden-shares*.

gica – esforço que, no caso da PT, dificilmente poderia vingar – ou incumprir a decisão, sujeitando-se à possibilidade de a Comissão propor nova acção por incumprimento contra o Estado Português, à luz do disposto no artigo 260.º, n.º 2 do TFUE, o que pode determinar o pagamento de uma quantia fixa ou de uma sanção pecuniária compulsória, a aplicar pelo TJ.

Em qualquer cenário, o Estado Português não teria de agir de imediato, o que, no contexto do negócio de aquisição, pela Telefónica, da participação social detida pela PT na Vivo, permitiria ao Estado Português obter algum tempo para, através do efeito limitador ou condicionador das acções privilegiadas (*golden-shares*), salvaguardar determinados efeitos pretendidos pelo Estado Português.⁴⁰

Em síntese, pode concluir-se que o acórdão do TJ não surpreendeu quem costuma seguir a jurisprudência do TJ sobre esta matéria.

Esta jurisprudência afigura-se, assim, como uma espécie de crónica da morte anunciada de direitos especiais semelhantes aos detidos pelo Estado Português na PT.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LÉGÉR, Phillipe (org.)

2000 *Commentaire article par article des traités EU et CE*, Paris: Dalloz.

NAZARÉ, Luís

2000 *Regulação do mercado de telecomunicações*, Lisboa: ERSE.

RODRIGUES, Nuno Cunha

2004 *Golden-shares – As empresas participadas e os privilégios do Estado enquanto accionista minoritário*, Coimbra: Coimbra Editora.

VERHOEVEN, Amaryllis

1996 “Privatisation and the EC law: is the European Commission “neutral” with respect to the public versus private ownership of companies?”, in *International and Comparative Law Quarterly*, volume 45, 1996, pp. 861-887.

40 Questão diversa que não será aqui tratada diz respeito a saber se o exercício do poder de veto à luz de direitos especiais que *vieram* a ser posteriormente considerados desconformes com o direito da União Europeia pode (ou não) implicar a responsabilidade do Estado por violação de direito comunitário.

JURISPRUDÊNCIA GERAL

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL DE CONCORRÊNCIA – MAIO A AGOSTO DE 2010

elaborado por André Forte

Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa (4.º Juízo) de 25.06.2010, proferida no âmbito do Processo n.º 178/09.8TYLSB (recurso de decisão da Autoridade da Concorrência – contra-ordenação).

Recorrente: *A.I.P.L. – Associação dos Industriais de Panificação de Lisboa.*

Sumário: julga totalmente improcedente o recurso apresentado, decidindo manter a decisão da Autoridade da Concorrência, de 12.12.2008, que condenou a arguida (recorrente) pela violação da proibição contida no n.º 1 do art. 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

Normas relevantes: arts. 2.º, 4.º, n.º 1, 23.º, 25.º, n.º 1, al. *b*), 26.º, n.º 1, 43.º, 44.º, 45.º, n.º 1, al. *a*), 47.º, n.ºs 1 e 2, e 59.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho; art. 81.º do TCE (actual art. 101.º do TFUE); art. 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro; arts. 3, n.ºs 1 e 2, 7.º, 17.º, 46.º, n.º 2, 50.º e 58.º, n.º 1, do RGIMOS; art. 119.º, n.º 1, al. *c*), do CPP; art. 2.º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 74/98, de 11 de Novembro; arts. 80.º, al. *a*), e 81.º, al. *e*), da CRP.

Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa (3.º Juízo) de 23.06.2010, proferida no âmbito do Processo n.º 412/09.4TYLSB (recurso de decisão da Autoridade da Concorrência – contra-ordenação).

Recorrente: **ANTRAM – Associação Nacional de Transportadores Públicos Rodoviários de Mercadorias.**

Sumário: concede integral provimento ao recurso interposto, decidindo absolver a arguida (recorrente) da prática da contra-ordenação prevista no art. 4.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

Normas relevantes: arts. 4.º e 43.º, n.º 1, al. *a*), da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho; art. 81.º do TCE (actual art. 101.º do TFUE); art. 32.º do RGIMOS.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (5.^a Secção) de 01.06.2010, proferido no âmbito do Processo n.º 7391/08-5 (recurso de Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, Processo n.º 662/07.8TYLSB).

Recorrentes: *Lutamar – Prestação de Serviços à Navegação, Lda.*; *Rebonave – Reboques e Assistência Naval, S.A.*; *Rebosado – Reboques do Sado, Lda.*

Sumário: julga totalmente improcedentes os recursos interpostos pelas recorrentes.

Normas relevantes: arts. 4.º, 5.º, 22.º, n.º 1, 26.º, n.ºs 1 e 4.º, 43.º, n.º 1, e 44.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho; arts. 18.º, 50.º e 73.º do RGIMOS; arts. 120.º, n.º 2, al. *d*), 311.º, n.º 1, 368.º, n.º 1, e 410.º, n.º 2, al. *b*), do CPP; art. 32.º, n.º 10, da CRP.

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL DE REGULAÇÃO – ABRIL A AGOSTO DE 2010

elaborado por José Renato Gonçalves

CMVM

Sentença do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa (1.º Juízo, 2.ª Secção) de 21.06.2010, proferida no âmbito do Processo n.º 5799/07.0 TFLSB, de impugnação da decisão da CMVM de aplicação de uma coima por violação do dever de qualidade de informação.

Recorrente: *Banco Espírito Santo de Investimento, S. A.*

Tipo de ilícito: violação do dever de qualidade e completude de informação.

Sumário: recurso parcialmente procedente: revogação parcial da decisão da CMVM, condenação da recorrente ao pagamento de uma coima pela prática de contra-ordenação grave na forma negligente (bem como das custas).

Normas relevantes: arts. 162.º, n.º 2, al. b), 388.º, n.º 1, al. a), e 389.º, n.º 1, do CVM.

Sentença do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa (1.º Juízo, 3.ª Secção) de 09.06.2010, proferida no âmbito do Processo n.º 2155/09.0 TFLSB, de impugnação da decisão da CMVM de aplicação de uma coima única resultante do cúmulo jurídico de coimas parcelares por violação do dever de qualidade de informação.

Recorrente: *Portugal Telecom, S. G. P. S., S. A.*

Tipo de ilícito: violação do dever de qualidade de informação.

Sumário: recurso julgado procedente: a decisão da CMVM foi revogada e a arguida absolvida da prática das contra-ordenações pelas quais havia sido condenada. A CMVM interpôs recurso da sentença.

Normas relevantes: arts. 7.º, n.º 1 (na sua redacção anterior), 248.º, 388.º, n.º 1, al. a), e 389.º, n.º 1, do CVM.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (5.^a Secção) de 08.06.2010, proferido no âmbito do Processo n.º 7799/06.9 TFLSB.L1 (recurso da sentença do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa, 1.º Juízo, 1.^a Secção, de 25.01.2010, que julgara parcialmente procedente a impugnação da decisão da CMVM de 12.10.2006 condenando a arguida pela prática de duas contra-ordenações).

Recorrentes: *Conserve Italia – Consorzio fra Cooperative Agricole – Società cooperativa agricola*

(denominação actual da sociedade *Cirio de Rica, S.p.A.*).

Tipo de ilícito: violação dos deveres de comunicação de participação qualificada e de publicação do anúncio preliminar de lançamento de oferta pública de aquisição.

Sumário: concedido provimento parcial ao recurso, com suspensão da execução de metade da coima única aplicada à arguida pelo período de três anos, mantendo-se quanto ao mais a sentença recorrida.

Normas relevantes: arts. 16.º, n.º 1, al. *a*), 20.º, n.º 1, al. *e*), 191.º, n.º 1, 388.º, n.º 1, al. *a*), 390.º, n.º 1, 393.º, n.º 2. al. *f*) e 415.º do CVM, e art. 9.º do RGIMOS.

Sentença do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa (1.º Juízo, 2.^a Secção) de 22.04.2010, proferida no âmbito do Processo n.º 3501/06.3 TFLSB, de impugnação da decisão da CMVM de condenação numa coima única, resultante do cúmulo jurídico de coimas parcelares por violação dos deveres de divulgação imediata de facto relevante, de segredo sobre facto relevante antes da sua divulgação no sistema de difusão de informação da CMVM e de veracidade da informação divulgada ao público.

Recorrente: *EDP — Energias de Portugal, S. A.*

Tipo de ilícito: violação dos deveres de divulgação imediata de facto relevante, de segredo sobre facto relevante antes da sua divulgação no sistema de difusão da CMVM e de veracidade da informação divulgada ao público.

Sumário: recurso julgado procedente: a decisão da CMVM foi revogada, sendo a arguida absolvida da prática das contra-ordenações pelas quais havia sido condenada. A CMVM e o Ministério Público interpuseram recurso da sentença.

Normas relevantes: arts. 7.º, n.º 1, 248.º, n.º 1, 338.º, n.º 1, al. *u*), 388.º, n.ºs 1, als. *a*) e *c*) e 2, al. *a*), 389.º, n.º 1, 394.º, n.º 1, al. *h*), 400.º, n.º 1, al. *a*), e 402.º, n.º 1 do CVM; art. 17.º, n.º 4, do RGIMOS e art. 6.º, n.º 2 do Regulamento da CMVM n.º 4/2004.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 9.^a Secção, de 18.04.2010, proferido no âmbito do Processo n.º 500/08.4 TFLSB.L1 (recurso da sentença do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa, 1.º Juízo, 3.^a Secção, de 22.04.2009, que confirmara parcialmente a decisão da CMVM de condenação do arguido *António José da Silva Veiga* por prática dolosa de diversas contra-ordenações previstas no CVM), que julga parcialmente procedente o recurso.

Recorrente: *António José da Silva Veiga*.

Tipo de ilícito: participações qualificadas, violação dos deveres de comunicação.

Sumário: julga parcialmente procedente o recurso, absolvendo o recorrente das contra-ordenações relativas a uma transacção de 21.09.2004, confirmando quatro contra-ordenações relativas a transacções de 03.04.2003 e de 5.08.2003, fazendo o cúmulo jurídico das penas parcelares confirmadas, suspendendo por cinco anos a execução da coima única resultante do referido cúmulo jurídico e condenando o recorrente nas custas.

Normas relevantes: arts. 16.º, n.ºs 1 e 3, al. *a*), 388.º, n.º 1, al. *c*), 390.º, 400.º, al. *a*), 407.º, 415.º, n.º 1, 416.º, n.º 8, do CVM e arts. 120.º, n.º 2, al. *d*), 379.º, n.ºs 1 e 2 e 410.º, n.º 3 do CPP.

JURISPRUDÊNCIA DE CONCORRÊNCIA
DA UNIÃO EUROPEIA – MAIO A AGOSTO DE 2010

elaborado por Fernando Pereira Ricardo

Acordos, decisões e práticas concertadas

Acórdão do Tribunal Geral de 06.07.2010, proferido no âmbito do Processo T-411/07.

Partes: *Aer Lingus Group plc* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 06.07.2010, proferido no âmbito do Processo T-342/07.

Partes: *Ryanair Holdings plc* / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 01.07.2010, proferido no âmbito do Processo C-407/08 P.

Partes: *Knauf Gips KG* / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 01.07.2010, proferido no âmbito do Processo C-393/08.

Partes: *Emanuela Sbarigia / Azienda USL RM/A, Comune di Roma, Assiprofar – Associazione Sindacale Proprietari Farmacia, Ordine dei Farmacisti della Provincia di Roma.*

Acórdão do Tribunal Geral de 25.06.2010, proferido no âmbito do Processo T-66/01.

Partes: *Imperial Chemical Industries Ltd* / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 17.06.2010, proferido no âmbito do Processo C-413/08 P.

Partes: *Lafarge SA* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 19.05.2010, proferido no âmbito do Processo T-25/05.

Partes: *KME Germany AG, KME France SAS, KME Italy SpA* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 19.05.2010, proferido no âmbito do Processo T-21/05.

Partes: *Chalkor AE Epexergias Meallon* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 19.05.2010, proferido no âmbito do Processo T-20/05.

Partes: *Outokumpu Oyj, Luvata Oy* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 19.05.2010, proferido no âmbito do Processo T-19/05.

Partes: *Boliden AB, Outokumpu Copper Fabrication AB, Outokumpu Copper BCZ SA* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 19.05.2010, proferido no âmbito do Processo T-11/05.

Partes: *Wieland-Werke AG, Buntmetall Amstetten GmbH, Austria Buntmetall AG* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12.05.2010, proferido no âmbito do Processo T-432/05.

Partes: *EMC Development AB* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 09.05.2010, proferido no âmbito do Processo T-18/05.

Partes: *IMI plc, IMI Kynoch Ltd, Yorkshire Copper Tube* / Comissão.

Abuso de posição dominante

Acórdão do Tribunal Geral de 01.07.2010, proferido no âmbito do Processo T-321/05.

Partes: *AstraZeneca AB* / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 29.06.2010, proferido no âmbito do Processo C-441/07 P.

Partes: Comissão / *Alrosa Company Ltd.*

Auxílios de Estado

Acórdão do Tribunal Geral de 08.07.2010, proferido no âmbito do Processo T-396/08.

Partes: *Freistaat Sachsen, Land Sachsen-Anhalt* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 01.07.2010, proferido no âmbito dos Processos T-568/08 e T-573/08.

Partes: *Métropole Télévision (M6), Télévision française 1 SA (TF1)* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 01.07.2010, proferido no âmbito do Processo T-335/08.

Partes: *BNP Paribas, Banca Nazionale del Lavoro (BNL)* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 01.07.2010, proferido no âmbito do Processo T-64/08.

Partes: *Nuova Terni Industrie Chimiche* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 01.07.2010, proferido no âmbito do Processo T-63/08.

Partes: *Cementir Italia Srl* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 01.07.2010, proferido no âmbito do Processo T-62/08.

Partes: *ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 01.07.2010, proferido no âmbito do Processo T-53/08.

Partes: República Italiana / Comissão

Acórdão do Tribunal Geral de 15.06.2010, proferido no âmbito do Processo T-177/07.

Partes: *Mediaset SpA* / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 10.06.2010, proferido no âmbito do Processo C-140/09.

Partes: *Fallimento Traghetti del Mediterraneo SpA / Presidenza del Consiglio dei Ministri*.

Acórdão do Tribunal Geral de 21.05.2010, proferido no âmbito dos Processos T-425/04, T-444/04, T-450/04 e T-456/04.

Partes: República Francesa, *France Télécom SA, Bouygues SA, Bouygues Télécom SA, Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications* / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 20.05.2010, proferido no âmbito do Processo C-210/09.

Partes: *Scott SA, Kimberly Clark SNC / Ville d'Orléans*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 20.05.2010, proferido no âmbito do Processo C-138/09.

Partes: *Todaro Nunziatina & C. SNC / Assessorato del Lavoro e della Previdenza Sociale, della Formazione Professionale e dell'Emigrazione della regione Sicilia*.

C&R

BIBLIOGRAFIA

Recensão

Novidades Bibliográficas

RECENSÃO

Michael J. Sandel, *Justice: What's the Right Thing to Do?*, Nova Iorque: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

elaborado por Miguel Nogueira de Brito

O AUTOR

Michael Sandel é professor na Universidade de Harvard, desde 1980, onde ensina filosofia política, e autor dos seguintes livros: *Liberalism and the Limits of Justice* (1982), *Democracy's Discontent: America in Search of a Public Philosophy* (1996), *Public Philosophy: Essays on Morality and Politics* (2005) e *The Case against Perfection: Ethics in the Age of Genetic Engineering* (2007). O pensamento do autor filia-se naquela que se pode designar genericamente como a crítica comunitarista das concepções liberais da justiça de autores como John Rawls e Ronald Dworkin e visa salientar quer a pobreza com que o liberalismo encara a pessoa humana, quer a insuficiência da linguagem dos direitos e do pensamento utilitarista para pensar adequadamente a justiça nas sociedades actuais.

SINOPSE DA OBRA E COMENTÁRIO

Justice: What's the Right Thing to Do? é o mais recente livro de Michael Sandel. É também, sem sombra de dúvida, o seu livro mais próximo do grande público. Demonstra-o a origem do livro em aulas proferidas na Universidade de Harvard e, sobretudo, a circunstância de o mesmo ter servido de base a uma série televisiva. O sucesso do livro reside no modo como ilustra as gran-

des questões da filosofia política com exemplos muitas vezes actuais e sempre dramáticos, conferindo assim um *pathos* especial ao tema de que se ocupa.

O que acaba de ser dito pode ser demonstrado através do primeiro capítulo do livro, sob o título «fazendo o que está certo». Neste capítulo, que ao mesmo tempo introduz o tema e desvela o sentido da abordagem proposta, Sandel recorre a nada menos que cinco exemplos, todos eles apontado a existência de verdadeiros dilemas morais na decisão de questões de justiça. Assim, Sandel refere sucessivamente o aumento extraordinário dos preços na sequência do furacão Charley; a questão de saber se o padecimento de lesões psicológicas por militares em teatro de guerra poderá constituir motivo para excluir a atribuição de condecorações a esses mesmos militares; a questão do pagamento dos prémios aos gestores das instituições de crédito com o dinheiro dos contribuintes, recorrendo à ajuda, decidida pelo Congresso americano, ao sistema bancário na sequência da crise do sistema financeiro de Setembro de 2008; os chamados «trolley cases» (isto é, os casos académicos em que uma pessoa é chamada a decidir se deve deixar um eléctrico, cujos travões se avariaram, seguir o seu curso, sendo certo que daí resultará a morte de cinco pessoas que se encontram na linha, ou deve, pelo contrário, encaminhar o eléctrico para uma linha paralela, do que resultará a morte certa de uma pessoa); o problema de saber se é legítimo a um militar matar civis inocentes como forma de evitar um maior número de mortes de camaradas seus.

Na impossibilidade de abordar todos estes casos, salientemos o primeiro. Sandel começa o seu livro invocando o exemplo do furacão Charley que no Verão de 2004 assolou o Golfo do México e atravessou a Florida em direcção ao Atlântico. Na sua esteira, além da destruição, ficaram também um aumento inusitado dos preços e um debate sobre o modo de lidar com ele. Um empreiteiro ofereceu os seus préstimos para retirar duas árvores de um telhado – pelo preço de \$23.000. Por geradores domésticos normalmente vendidos a \$250, passou a pedir-se \$2.000. Por um quarto de hotel normalmente pago a \$40 por noite, cobrou-se \$160. Segundo Sandel são aqui suscitadas difíceis questões sobre o direito e a moral. É legítimo aos fornecedores de bens e aos prestadores de serviços tirar partido de um desastre natural, cobrando tudo aquilo que o mercado, em tais circunstâncias, suportar? Deve o Estado intervir proibindo o aumento anormal dos preços, mesmo se assim interferir com a liberdade dos vendedores e dos consumidores? (p. 5). Estas são questões sobre a justiça e a resposta às mesmas gira em torno de três ideias: a maximização do bem-estar, o respeito da liberdade e a promoção da

virtude. Cada uma destas ideias aponta para um modo diferente de pensar sobre a justiça (p. 6).

A defesa da ideia de justiça enquanto maximização do bem-estar apoia-se no funcionamento do mercado como instrumento que promove o bem-estar, atribuindo incentivos àqueles que trabalham para fornecer os bens que os outros querem, e respeita a liberdade individual, deixando as pessoas escolher, por si próprias, o valor que pretendem atribuir aos bens que trocam. A esta defesa pode opor-se que a promoção do bem-estar não pode deixar de ser afectada pelo sofrimento de todos aqueles que não conseguem pagar o preço dos bens mais básicos em caso de necessidade extrema e, além disso, pode ainda sustentar-se que, sob certas condições extremas, o mercado livre não é assim tão livre.

São estas condições extremas que levam muitos a defender que o Estado deve introduzir leis combatendo a ganância e a avareza e promovendo a virtude. Simplesmente, o que é a virtude e o que é o vício? Não são estas questões sobre as quais discordam os cidadãos das modernas sociedades pluralistas? Não é perigoso querer definir a virtude através da lei?

Passamos assim para a terceira ideia sobre a justiça, de acordo com a qual os princípios que a definem não devem assentar sobre uma concepção determinada de virtude ou relativa à melhor forma de viver, mas sobre a liberdade de cada pessoa para escolher a sua concepção sobre o que é uma vida boa.

Todavia, muitas vezes aquilo que à primeira vista parece um argumento sobre a promoção da prosperidade ou o respeito das liberdades individuais, tem na realidade subjacente um outro conjunto de convicções – sobre as virtudes merecedoras de honra e recompensa e sobre a vida que uma boa sociedade deve promover (p. 9).

O tema de Sandel é, pois, a exploração das *«forças e das fraquezas destes três modos de pensar sobre a justiça»*: bem-estar, liberdade e virtude (p. 19). Segundo o autor, a filosofia política não pode resolver de uma vez por todas os conflitos entre estas ideias, mas apenas trazer clareza moral às alternativas com que se confrontam os cidadãos de uma democracia. A pergunta que imediatamente se coloca é a de saber como se articulam estas ideias sobre a justiça no discurso de Sandel.

Não está em causa, antes de mais, uma mera reflexão histórica sobre estes modos de pensar sobre a justiça: como o autor afirma, o livro *«não é uma história das ideias, mas uma viagem na reflexão política e moral»* (p. 30). Parece igualmente não estar em causa a ideia, desenvolvida por Isaiah Berlin, segundo a

qual existem conflitos irreduzíveis entre certos valores morais, conflitos que nos levam a ter de sacrificar, em determinadas situações, alguns desses valores em detrimento de outros. Sandel parece não estar preocupado em discutir o problema de saber se podemos integrar num sistema único as várias ideias sobre a justiça ou se, pelo contrário, temos de aceitar como um facto o seu pluralismo irreduzível.

Em vez disso, sem deixar de salientar o carácter agonístico da vida pública, o autor parece encarar os três modos de pensar sobre a justiça como balizas da discussão pública sobre as questões morais difíceis («*hard moral questions*», p. 28). Seja como for, é precisamente a circunstância de não chegar a decidir qual o estatuto da coexistência das três ideias sobre a justiça que me parece constituir a principal fraqueza do livro. É isto porque, como vamos ver, se Sandel chega por vezes a resolver o conflito entre bem-estar e liberdade, parecendo defender esta em detrimento daquele e tomando posição clara sobre as concepções filosóficas que procuram advogar o predomínio de cada uma daquelas ideias, isto é, o utilitarismo, o libertarismo e o liberalismo igualitário, é muito menos convincente, e até confusa, a posição que adopta quanto à ideia de virtude e o seu lugar nos debates públicos.

Depois do capítulo introdutório, o livro trata do utilitarismo, enquanto filosofia centrada na ideia de bem-estar (cap. 2). Quanto a este aspecto, a análise do autor não se afasta muito da objecção que mais comumente se vê levantada a tal corrente de pensamento, na versão desenvolvida por John Stuart Mill. Ao procurar definir os prazeres que sustentam a promoção da felicidade, Mill não deixa de apelar a padrões objectivos que são independentes dos nossos prazeres e desejos. Bentham havia afirmado que «*sendo igual a quantidade de prazer, o jogo da bisca é tão bom como a poesia*» (p. 52; no original lê-se «*push-pin is as good as poetry*», sendo «*push-pin*» um jogo de crianças). Mill procura distanciar-se desta tentativa de dissociar o prazer de qualquer valor objectivo; simplesmente, ao fazê-lo «*salva o utilitarismo da acusação segundo a qual reduz tudo a um cálculo grosseiro do prazer e da dor, mas apenas através da invocação de um ideal moral de dignidade humana e personalidade independente da própria utilidade*» (p. 56).

Seguidamente, Sandel aborda o libertarismo (cap. 3), isto é, a defesa do livre funcionamento dos mercados, sem qualquer intervenção dos poderes públicos, não em nome da eficiência, mas em nome da liberdade. Sandel testa esta filosofia política à luz do desafio que é colocado pelo canibalismo entre adultos, que consentem livremente nessa prática, ao princípio libertário da

propriedade de si mesmo e da ideia de justiça daí decorrente. Seria igualmente injusto, de acordo com o princípio libertário, sujeitar os ricos a impostos para ajudar os pobres, ou punir o canibalismo consentido, que assim surge como uma «*forma extrema de suicídio assistido*». Se nos parece inaceitável tributar Bill Gates para ajudar os pobres em nome do princípio libertário, deveremos também estar preparados para recusar punir o «canibal de Rotenburg» que em 2001 cozinhou e se alimentou de uma vítima que consentiu livremente no banquete de si própria (p. 74).

Uma vez rejeitado o radicalismo da filosofia utilitária e do pensamento libertário, Sandel ocupa-se da relação entre moral e mercado (cap. 4). Fá-lo com base em dois exemplos concretos: a gravidez de aluguer e o serviço militar. São sobejamente conhecidos os problemas suscitados pela primeira questão. Sandel aborda a segunda com base no exemplo do sistema de recrutamento militar vigente na América, ao tempo da Guerra Civil, em que se permitia evitar o recrutamento contratando um substituto ou pagando uma soma para o efeito. O que haveria de comum a ambos os exemplos seria a circunstância de nos colocarem perante duas das questões que separam concepções divergentes da justiça. Em primeiro lugar, em que medida são livres a escolha da mãe de aluguer e daquele que aceita prestar serviço militar em lugar de um outro? Por outras palavras, em que medida são livres as escolhas que fazemos num mercado «livre»? Em segundo lugar, não deverão a maternidade e a obrigação cívica de defender a pátria estar fora do mercado? Nem o utilitarismo, nem o libertarismo permitem, segundo Sandel, perceber a especificidade destas questões.

Como alternativa ao pensamento utilitário e às concepções libertárias, Sandel apresenta-nos o pensamento de Kant (cap. 5), cuja abordagem dos direitos e dos deveres constitui «*uma das mais poderosas e influentes justificações dos direitos e dos deveres alguma vez produzidas por um filósofo*» (p. 104). A sua teoria acarreta também importantes implicações para a justiça, na medida em que rejeita o utilitarismo – uma vez que basear as decisões políticas numa qualquer concepção de felicidade, mesmo a do maior número, significa violar o direito de cada pessoa perseguir os seus próprios fins – e se baseia no contrato social. Não se trata, todavia, dum contrato social efectivo, mas imaginário. Isso acontece, aliás, não apenas por razões práticas, mas sobretudo filosóficas: o simples facto de um grupo consentir numa determinada constituição não é suficiente para a fazer justa. O contrato é, pois, uma ideia da razão, a que corresponde, todavia, uma inequívoca realidade prática: a de obrigar o

legislador a actuar como se as suas leis fossem o produto da vontade unida de toda a nação e a de obrigar cada cidadão como se tivesse consentido em tais leis (p. 139).

Se para Kant o contrato social imaginário constitui o «*teste de legitimidade de todo o direito público*» (como Kant afirma no seu escrito «Sobre a Expressão Corrente: Isto Pode Ser Correcto na Teoria, mas Nada Vale na Prática», de 1793), nunca chegou a dizer quais os princípios de justiça que seriam produzidos por tal contrato. Como afirma Sandel, «*Quase dois séculos mais tarde, um filósofo político Americano, John Rawls, tentaria responder a tais questões*» (p. 139). O pensamento de Rawls (cap. 6), constitui, segundo o autor, a defesa mais convincente de uma sociedade igualitária que a filosofia política Americana alguma vez concebeu (p. 166).

O capítulo subsequente constitui, numa certa perspectiva, o mais importante da obra ou representa, pelo menos, o ponto de transição entre a discussão da justiça centrada na eficiência e nos direitos para uma discussão aberta ao problema das virtudes. A propósito da «*affirmative action*» (cap. 7), Sandel procura sustentar como é difícil e, em última análise indesejável, «*separar questões de justiça e direitos de questões de honra e virtude*» (p. 183). Mas como relacionar essas questões? Segundo que critérios ou princípios devemos fazê-lo? A análise de Sandel gira em torno da questão das quotas na admissão ao ensino universitário e parte do exemplo de uma estudante, Cheryl Hopwood, que, muito embora tenha obtido elevadas classificações nos exames de admissão a uma universidade americana, não foi admitida. Isso aconteceu porque a universidade em questão tinha uma política de «*affirmative action*», nos termos da qual era dada preferência aos candidatos provenientes de minorias. Assim, todos os candidatos provenientes de minorias com classificações comparáveis às de Cheryl Hopwood foram admitidos (cfr. a decisão judicial de 1996 no caso *Cheryl J. Hopwood v. State of Texas*, United States Court of Appeals for the Fifth Circuit). Um modo de justificar este procedimento consiste em sustentar que a justiça nas admissões à universidade não é uma questão de compensar o mérito ou a virtude; podemos apenas decidir da justiça de um critério de distribuição das vagas de acesso ao ensino superior quando soubermos o modo como a universidade define a sua missão e nesta definição podem estar incluídas a promoção da diversidade étnica e a compensação por um passado racista [p. 174; Sandel tem aqui sobretudo em vista a posição de Ronald Dworkin, «*um filósofo do direito centrado nos direitos*» (p. 173); para uma exposição detalhada das ideias de Dworkin sobre a «*affir-*

mative action» nos casos de admissão ao ensino superior através do sistema de quotas para minorias, cfr. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, 2000, pp. 386 e ss.]. De acordo com este modo de ver, a justiça no acesso às universidades não é uma questão de merecimento moral («*moral desert*»). Sandel sustenta, todavia, que pode não ser possível separar os argumentos sobre justiça dos argumentos sobre o merecimento. Em primeiro lugar, a justiça tem um aspecto honorífico. Os debates sobre a justiça distributiva não são apenas debates sobre quem alcança o quê, mas também sobre as qualidades merecedoras de honra e recompensa. Em segundo lugar, a ideia de que as questões de mérito apenas surgem uma vez que as instituições definam a sua missão padece de uma dificuldade evidente: as instituições sociais como as universidades não são livres de definir a sua missão, mas são, pelo menos em parte, definidas pelos bens específicos que promovem. No caso das universidades, trata-se de servir o bem comum através do ensino e da investigação (p. 183).

As dificuldades de Sandel tornam-se aqui aparentes, no sentido em que o seu argumento apenas seria válido se demonstrasse, o que está longe de ser o caso, que os estudantes de minorias admitidos não têm qualificações para a educação que irão receber, em detrimento de outros estudantes excluídos.

Sandel procura apoio no pensamento de Aristóteles (cap. 8) para sustentar que os debates sobre a justiça e os direitos são também muitas vezes debates sobre o propósito das instituições sociais, como as universidades, os bens que as mesmas perseguem e as virtudes que honram e recompensam. Uma vez mais, não encontramos pontos de apoio firmes para sustentar tal argumentação, nem tão pouco encontramos uma posição estruturada sobre as consequências que Sandel estará disposto a extrair desta inclusão das virtudes na teoria da justiça. Ao mesmo tempo, a análise de Sandel deixa de lado a discussão aristotélica sobre as formas da justiça, isto é, a justiça correctiva e a justiça distributiva. Importaria abordar em que termos é a justiça para Aristóteles uma virtude e como se relaciona com as demais virtudes.

Sandel explora depois um conjunto de exemplos tendo em vista desafiar a ideia contratualista de que somos os únicos autores das obrigações morais que nos vinculam (cap. 9): os pedidos públicos de desculpa, como sucedeu com diversos líderes políticos alemães em relação aos crimes nazis contra os judeus; o reconhecimento da responsabilidade colectiva por injustiças históricas; a responsabilidade dos membros de uma família uns pelos outros; o patriotismo, etc. Todos estes exemplos demonstrariam, segundo Sandel, que

não é possível definir os nossos direitos e deveres à luz de princípios de justiça neutros e sem tomar posição sobre questões morais substanciais. Para Kant e para Rawls os direitos são prévios às concepções do bem. Os princípios da justiça que definem os nossos direitos e deveres devem ser neutros em relação a concepções concorrentes da vida boa. Pelo contrário, para Aristóteles um dos propósitos de uma constituição justa consiste em formar bons cidadãos e cultivar um bom carácter. Mas, uma vez mais, persiste a questão: o que são exactamente «bons cidadãos» e um «bom carácter»? Podemos impor a todos essas qualidades? E como? Sandel não fornece respostas a estas questões.

No último capítulo da obra de Sandel, o décimo, sob o título «*Justiça e bem comum*», o autor expõe, uma vez mais, as fraquezas, segundo o seu juízo, da aspiração à neutralidade. Os exemplos que fornece ilustram, todavia, uma vez mais, não tanto essas fraquezas quanto o fracasso da sua própria visão sobre o contributo das virtudes para uma teoria da justiça. O caso do casamento entre pessoas do mesmo sexo ilustra bem o que acaba de ser dito. Segundo Sandel, quando olhamos de perto a questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo, percebemos que a admissão do mesmo «*não pode fundar-se em ideias de não discriminação e liberdade de escolha. Tendo em vista decidir quem reúne as condições para casar, temos de pensar no propósito do casamento e nas virtudes que honra. É isto leva-nos a um terreno moral controverso, em que não podemos permanecer neutrais em relação a concepções concorrentes da vida boa*» (p. 260). Estas afirmações de Sandel surgem como a conclusão de uma discussão do assunto largamente centrada na opinião de Margaret Marshall, *Chief Justice* do Supremo Tribunal de Massachusetts, no caso *Goodridge v. Department of Public Health*, de 2003. Para Sandel, a autonomia e a liberdade de escolha são insuficientes para justificar um direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, pois se o Estado fosse realmente neutro quanto ao valor moral de todas as relações íntimas voluntárias não haveria razões para limitar o casamento a uniões entre duas pessoas, excluindo as relações polígamas. Na verdade, se fosse esse o caso, a opção mais consistente consistiria porventura na privatização do casamento (p. 257). Simplesmente, como afirma a *Justice* Marshall, o casamento constitui «*uma das instituições da nossa sociedade mais recompensadoras e estimadas*». Eliminar o casamento civil corresponderia a «*desmantelar um princípio organizatório vital da nossa sociedade*» (p. 258). Confrontados com duas interpretações rivais do casamento – o casamento como procriação *versus* o casamento como compromisso exclusivo e permanente – a resposta consiste em saber qual das duas interpretações celebra virtudes que merecem ser

honradas. Ora, como notou a *Justice Marshall*, as relações homossexuais são merecedoras do mesmo respeito que as relações heterossexuais (pp. 259-260).

A verdade, porém, é que não se vislumbram nas considerações da juiz do Supremo Tribunal do Massachusetts quaisquer elementos susceptíveis de ser apropriados por um discurso sobre a justiça centrado nas virtudes. Certamente não o é a afirmação da igualdade do respeito devido aos casais homossexuais e aos casais heterossexuais. Por outro lado, se está em causa a recondução do casamento, enquanto um «*princípio vital*» da nossa sociedade, a um discurso sobre a justiça centrado nas virtudes, cabe certamente questionar a quem cabe a afirmação de tal princípio, enquanto desligado de um discurso centrado nos direitos e nos deveres. Serão os tribunais os órgãos adequados a seleccionar as virtudes que se impõem a todos no seio de uma comunidade? Será mais virtuosa a vida de duas pessoas, sejam elas homossexuais ou heterossexuais, que vivem em comum apenas pela circunstância de o Estado reconhecer a sua união através do casamento?

A apreciação da obra de Sandel suscita, pois, um juízo dividido: excelente enquanto exposição viva e empenhada das ideias sobre a justiça no pensamento ocidental; manifestamente insuficiente enquanto proposta de uma correcção da teoria da justiça, segundo o juízo do autor excessivamente centrada no debate entre eficiência e direitos, a partir de um discurso fundado nas virtudes. Mas mesmo as insuficiências da sua análise se revelam, afinal, em certa medida, inspiradoras: permitem-nos compreender que muito embora um discurso sobre as virtudes não deva, talvez, ser feito nos mesmos fóruns em que impera a linguagem da eficiência ou naqueles em que prepondera a linguagem dos direitos, isso não permite, de modo algum, concluir pela sua irrelevância.

NOVIDADES BIBLIOGRÁFICAS – Maio a Agosto de 2010

elaborado por Catarina Anastácio

CONCORRÊNCIA – ESTRANGEIRA

A. E. RODRIGUEZ/ASHOK MENON – *The Limits of Competition Policy – The Shortcomings of Antitrust in Developing and Reforming Economies*, AH Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010.

ABEL MATEUS/TERESA MOREIRA (eds.) – *Competition Law and Economics – Advances in Competition Policy Enforcement in the EU and North America*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2010.

ANDREW MACNAB – *Bellamy & Child: Materials on European Law of Competition: 2010 Edition*, Oxford: Oxford University Press, 2010.

ARIEL EZRACHI – *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*, Oxford: Hart Publishing, 2010.

ASHWIN VAN ROOIJEN – *The Software Interface Between Copyright and Competition Law*, AH Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010.

ELEANOR FOX/DANIEL A. CRANE – *Global Issues in Antitrust and Competition Law*, St. Paul Minnesota: West, 2010.

F. O. W. VOGELAAR – *The EU Competition Rules: Landmark Cases of the European Courts and the European Commission*, Groningen: Europa Law Publishing, 2010.

FRANCESCO RUSSO/MAARTEN PIETER SCHINKEL/ANDREA GÜNSTER/MARTIN CARREE – *European Commission Decisions on Competition – Economica Perspectives on Landmark Antitrust and Merger Cases*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

GORDON BLANKE/PHILIP LANDOLT – *The Treatment of U.S. Antitrust Law and EC Competition Law in International Arbitration*, AH Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010.

HAWK, BARRY E. (ed.) – *International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law 2009*, Huntington: Juris Publishing, 2010.

- JOSEPH DREXL (ed.) – *Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2010.
- JOSEPH WILSON (ed.) – *Globalization and the Limits of National Merger Control Laws*, AH Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010.
- KEITH HYLTON – *Antitrust Law and Economics*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2010.
- LUCA RUBINI (ed.) – *Microsoft on Trial: Legal and Economic Analysis of a Transatlantic Antitrust Case*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2010.
- MIKA OINONEM – *Does EU Merger Control Discriminate Against Small Markets Companies? Diagnosing the Argument with Conclusions*, AH Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010.
- PETER ROTH QC/VIVIEN ROSE – *Bellamy & Child: European Community Law of Competition: 2010 Pack*, Oxford: Oxford University Press, 2010.
- ROGER ZACH/ANDREAS HEINEMANN/ANDREAS KELLERHALS (eds.) – *The Development of Competition Law: Global Perspectives*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2010.
- SAMANTHA MOBLEY/ROSS DENTON – *Global Leniency Manual 2010*, Oxford: Oxford University Press, 2010.
- TU THANH NGUYEN – *Competition Law, Technology Transfer and the Trips Agreement: Implications for Developing Countries*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2010.

REGULAÇÃO - NACIONAL

- ALEXANDRE BRANDÃO DA VEIGA – *Transmissão de valores mobiliários*, Coimbra: Almedina, 2010.
- DIOGO MACEDO GRAÇA – *Os contratos de garantia financeira*, Coimbra: Almedina, 2010.

C&R

ACTUALIDADES

ACTUALIDADES

elaborado por Cristina Camacho, Deolinda de Sousa e Nazaré da Costa Cabral

EVENTOS E CONFERÊNCIAS

Realizados

1.ª Conferência Luso-Espanhola de Direito da Concorrência

Lisboa, 1 e 2 de Julho de 2010

Nos dias 1 e 2 de Julho de 2010, o Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência (CAPDC) e a Associação Espanhola para a Defesa da Concorrência (AEDC) organizaram a primeira edição da Conferência Luso-Espanhola de Direito da Concorrência, que decorreu no Auditório João Morais Leitão, em Lisboa.

Na Sessão de abertura, Mário Marques Mendes (Presidente da Direcção do CAPDC) fez uma breve apresentação do CAPDC e da sua congénere Espanhola, AEDC, bem como sobre os objectivos da presente conferência.

Seguidamente, tomou a palavra Luís Ortiz Blanco (Presidente da AEDC), que manifestou o seu regozijo pela organização daquele evento. Por seu lado, Nadia Calviño (Deputy-Director General, Mergers and Antitrust, Direcção-Geral da Concorrência, Comissão Europeia) deu conta dos desenvolvimentos mais relevantes em matéria de concorrência da Comissão, designadamente no que concerne ao Livro Branco sobre acções de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio *antitrust*.

O primeiro dia de trabalhos versou sobre o tema “Mercado Ibérico”, com enfoque na troca de informações e experiências nas diversas áreas do Direito da Concorrência.

O primeiro painel, constituído por Rafael Allensalazar Corcho (Sócio, Howrey Martínez Lage, Madrid), António Ferreira Gomes (Director do Departamento de Controlo de Concentrações da Autoridade da Concorrência) e Pedro Pita Barros (Professor Catedrático da Faculdade de Economia de Lisboa), moderado por Nuno Ruiz (Vice-Presidente da Direcção do CAPDC), fez o enquadramento geral da política de concorrência existente

nos dois países. Foram abordados diversos temas, tais como o controlo de concentrações. Neste âmbito foi também abordada a importância do conhecimento relativo às empresas que exercem maior pressão na concorrência, bem como da medição da quota do produto e da delimitação do seu mercado para definição do mercado relevante.

No segundo painel, onde foram partilhadas experiências sobre os Sectores Eléctrico e Energético, participaram Carlos Botelho Moniz (Presidente do Conselho Fiscal do CAPDC), Joaquim López Vallés (Subdirector Adjunto de Serviço, Comisión Nacional de la Competencia), Pedro Pita Barros e Ricardo Ferreira (Director de Regulação e Concorrência da EDP).

Os trabalhos da manhã do segundo dia, cuja moderação esteve a cargo de Luís Morais (Sócio, Paz Ferreira & Associados, Lisboa), foram subordinados ao tema da “Clemência” e contaram com a intervenção de Pedro Callol Garcia (Sócio, Roca Junyent), Joaquim Caiomoto Duarte (Uria Menéndez – Proença de Carvalho) e Andreas Keidel (Direcção “Cartels”, Unidade “Cartel Settlements”, Direcção-Geral da Concorrência, Comissão Europeia).

Pelos oradores foram apresentadas as experiências na utilização do instituto da clemência nos dois países e na Comissão Europeia. No que se refere às experiências espanhola e portuguesa, ficou clara a acentuada assimetria nesta matéria entre os dois países. Enquanto em Espanha o regime de clemência na área do Direito da Concorrência é aplicado frequentemente pela CNC e a jurisprudência existe, em Portugal são escassas as situações de requerimentos de clemência à AdC e jurisprudência sobre a matéria nos tribunais é, em consequência, quase inexistente a esparsa.

Resultou das exposições que a experiência nesta área em Portugal é realmente pouca, carecendo de uma maior segurança nas decisões administrativas através da sua confirmação pelos Tribunais. Neste sentido, foi manifestado o entendimento de que um pedido de clemência é essencialmente uma questão de gestão de risco, sendo que há uma enorme dificuldade para as empresas quando se trata de avaliar o risco. *i.e.* quando pretendem quantificar a quanto poderá ascender a coima. Segundo um Advogado esta questão está resolvida tanto no Direito da União Europeia como no Direito espanhol, mas não no ordenamento jurídico português.

Na tarde do segundo dia, o tema em debate foi o “*Private Enforcement*”, que envolve a possibilidade de, à margem das autoridades de concorrência, uma empresa ou um cidadão poderem recorrer directamente aos tribunais quando se sintam lesados por infracções anti-concorrenciais.

Participaram como oradores Carlos Esteva Mosso (Director for Policy and Strategy, Direcção-Geral da Concorrência, Comissão Europeia), Miguel Mendes Pereira (Sócio, Abreu Advogados), António Creus Carreras (Sócio, Bird & Bird), Maria dos Prazeres Beleza (Juiz Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça) e David Ordóñez Solís (Magistrado de lo Contencioso-Administrativo), tendo moderado os trabalhos José Luís da Cruz Vilaça (Presidente do Conselho Consultivo do CAPDC).

Realce-se o enfoque dado pelo orador Carlos Esteva Mosso ao Livro Branco sobre acções de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust, designadamente no que concerne à possibilidade de intentar acções individuais como complemento das acções públicas, que têm surgido em maior número na sequência de decisões das diversas autoridades da concorrência. Segundo Miguel Mendes Pereira, o *private enforcement* pode ter sucesso em Portugal. Para este orador as dificuldades que se colocam são, desde logo, a pendência processual e a deficiente gestão do sistema judicial, pelo que defende a simplificação processual na área do Direito da Concorrência, permitindo uma melhoria na eficácia da lei.

Na mesa redonda, moderada pelo Presidente da Direcção do CAPDC, Mário Marques Mendes, onde foram também debatidas as conclusões do Congresso, participaram Luis Ortiz Blanco (Presidente da AEDC), Carlos Pinto Correia (Sócio, Linklaters), Gerard Pérez Olmo (Secretário da AEDC), Gonçalo Anastácio (Secretário-Geral da Direcção do CAPDC), Cani Fernández Vicien (Sócia, Cuatrecasas) e José Maria Calheiros (Sócio, José Calheiros & Associados).

Neste dia, e à margem do programa, esteve presente Rui Pires em representação do Gabinete do Secretário de Estado da Justiça, que comunicou a criação de um Tribunal com competência material especializada nas matérias do Direito da Concorrência, Regulação e Supervisão, de âmbito nacional, com localização prevista na cidade de Santarém.

Na Sessão de Encerramento da Conferência, participaram o Presidente do Conselho Consultivo do CAPDC, José Luís da Cruz Vilaça, o Presidente do Conselho da Autoridade da Concorrência, Manuel Sebastião (cujo discurso se encontra disponível no sítio Web da AdC, em www.concorrenca.pt) e o Presidente da sua congénere espanhola (Comisión Nacional de la Competencia), Luís Berenguer Fuster, que unanimemente se congratularam com a realização do evento e com a sua importância para uma melhoria da cultura da concorrência nos dois países.

A realizar

Nacionais

INSTITUTO DE DIREITO ECONÓMICO, FINANCEIRO E FISCAL DA FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA (IDEFF)

O IDEFF promove, no ano lectivo de 2010-2011, o 8.º *Curso de Pós-Graduação de Especialização em Direito da Concorrência e da Regulação*, curso integrado em projecto científico no domínio da regulação económica e correspondente à Cátedra Jean Monnet atribuída ao Coordenador do Curso, Professor Doutor Luís Morais, em Julho de 2009. São ainda responsáveis pela sua organização o Professor Doutor Miguel Moura e Silva, na qualidade de consultor científico, o Mestre Nuno da Cunha Rodrigues, a título de secretário executivo, e a Mestra Teresa Moreira, encarregue dos projectos especiais.

O Curso decorre ao longo de dois semestres, sendo cada um composto por módulos e dois seminários. Os módulos do primeiro semestre são os seguintes: Direito da Concorrência I; Regulação das Comunicações Electrónicas; Instituições e Instrumentos Jurídicos da Regulação; Intervenção Pública e Concorrência. Os seminários versam sobre os temas da Teoria Económica da Regulação e da Teoria Económica da Concorrência I. Os módulos do segundo semestre são os seguintes: Direito da Concorrência e Regulação do Sector Financeiro (Banca/Seguros/Mercado de Capitais); Regulação dos Transportes; Regulação do Sector Energético; Direito da Concorrência II; Direito Contra-Ordenacional da Concorrência. Os seminários deste segundo semestre versam sobre os temas do Procedimento e Contencioso Administrativo da Concorrência e do Direito Processual Comunitário da Concorrência.

O corpo docente integra reputados académicos e profissionais de elevada experiência, conhecimento e responsabilidade nas áreas a leccionar, a saber: Miguel Moura e Silva, Álvaro Dâmaso, Sérgio Gonçalves do Cabo, Eduardo Paz Ferreira, Gonçalo Anastácio, Luís Morais, Carlos Pinto Correia, João Gata, João Pearce de Azevedo, Pedro Pita Barros, Nuno Cunha Rodrigues, Manuel Monteiro, Filomena Vieira da Silva, Manuel Cagueira, José Brás, Paulo de Sousa Mendes, Miguel Pedrosa Machado e Teresa Moreira.

Associadas ao Curso em apreço, o IDEFF promoverá ainda, durante o ano lectivo, duas conferências, a primeira sobre “Perspectivas do *private enforce-*

ment de direito da concorrência”, que contará com a intervenção do Professor Massimo Motta, do Instituto Universitário Europeu, e a segunda sobre “Os novos regimes de isenção por categoria no direito europeu da concorrência”, que ficará a cargo do Professor Alan Riley, da City Law School – City University London.

Para além do Curso de Pós-Graduação e das iniciativas a ele associadas, o IDEFF prevê realizar ainda um conjunto de conferências temáticas, designadamente sobre a reforma da regulação das comunicações electrónicas e a reforma da regulação financeira na União Europeia e, ainda, uma conferência sobre arbitragem e mecanismos alternativos de resolução de litígios no domínio da concorrência e da defesa dos consumidores – “Dos mecanismos de acção colectiva (*collective redress*) no domínio do direito da economia em geral”.

Por último, cumpre mencionar a organização pelo IDEFF, pelo segundo ano consecutivo, de uma Pós-Graduação numa área com pontos de contacto com a área da concorrência e da regulação, a saber, um *Curso de Pós-Graduação sobre Mercados Financeiros*, sob coordenação do Professor Eduardo Paz Ferreira. Este Curso será constituído pelos seguintes módulos: 1.º Semestre: Sistema Financeiro Português e Europeu; Produtos e Instrumentos Financeiros; Mercado Financeiro e Basileia II; Supervisão Bancária e Financeira; 2.º Semestre: Fiscalidade dos Mercados e dos Produtos Financeiros; Auditoria e Ilícitos; *Compliance*. Pretende-se, assim, com esta estrutura de Curso, estimular a criação de um grupo de profissionais altamente qualificados na área financeira, dotando-os dos instrumentos fundamentais para o exercício de qualquer tipo de actividade nas instituições de crédito e afins, bem como nas entidades reguladoras respectivas. O corpo docente integra reputados académicos e profissionais de elevada experiência, conhecimento e responsabilidade nas áreas a leccionar, a saber: Luís Máximo dos Santos, Paulo Câmara, José Bracinha Vieira, Armino Saraiva Matias, Manuela Duro Teixeira, Mário Freire, Helena Bolina e Carlos Albuquerque.

Em associação a esta Pós-Graduação, realizar-se-ão ainda alguns seminários sobre de temas de Gestão Bancária e Seguradora, designadamente sobre a resposta à crise, gestão do risco, moeda, crédito e derivados.

20.º Congresso das Comunicações

Lisboa, 17 e 18 de Novembro de 2010

Organizada pela Associação Portuguesa para o Desenvolvimento das Comunicações (APDC), a 20.ª edição do Congresso das Comunicações terá como tema “Restart – Novos Desafios. Novas soluções”. Reunindo os principais representantes e especialistas do sector das tecnologias, media e telecomunicações, o Congresso irá centrar-se no “desenvolvimento de novos caminhos de crescimento para Portugal, num mundo em mudança sem precedentes”.

Mais informação disponível em:

http://www.apdc.pt/Evento.aspx?channel_id=3CF14DE3-F53B-4446-B07C-2F2FE9AF0F5B&content_id=F2EA5E3C-19A5-4B60-8E5B-4DA196171E85&lang=pt.

Regime Jurídico dos Serviços Municipais de Águas e Resíduos: os novos Desafios

Lisboa, 24 de Novembro de 2010

Organizado pela Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR), este seminário abordará temas como a “adaptação dos diversos modelos de gestão às novas regras do sector, as relações das entidades gestoras dos serviços com os utilizadores, a avaliação pelo regulador da qualidade do serviço prestado ou as questões que derivam das atribuições da ERSAR em matéria tarifária”.

Mais informação disponível em:

<http://www.ersar.pt>.

Internacionais

Reviewing Vertical Restraints in Europe: Reform, Key Issues and National Enforcement

Madrid, 11 e 12 de Novembro de 2010

O Centre for Competition Policy, em cooperação com a Autoridade de concorrência espanhola, a Comisión Nacional de la Competencia (CNC), organizam uma conferência internacional sobre restrições verticais.

Mais informação disponível em:

<http://www.idee.ceu.es/index.php?item=1352&lang=esp>.

Conferência Pros and Cons 2010 „Standard Setting“

Estocolmo, 12 de Novembro de 2010

A Autoridade da Concorrência da Suécia publica anualmente uma colecção intitulada “Pros and Cons” sobre temas específicos, que é objecto de discussão num seminário internacional. O tema deste ano de “Pros and Cons” é “standard setting”.

Mais informação disponível em:

http://www.konkurrensverket.se/t/Page____509.aspx.

GCR's 2010 Competition Law Review

Bruxelas, 16 e 17 de Novembro de 2010

Sob organização da Global Competition Review, a Conferência reúne especialistas internacionais para a discussão de forma aprofundada dos principais desenvolvimentos recentes em direito da concorrência.

Mais informação disponível em:

<http://www.globalcompetitionreview.com/events/990/gcrs-2010-competition-law-review>.

Experience with Vertical Separation in Telecoms

Bruxelas, 22 e 23 de Novembro de 2010

Esta conferência organizada pela WIK reúne reguladores, peritos e a indústria para discutir sobre experiências recentes e desenvolvimentos futuros relativos à separação vertical nas telecomunicações, a níveis europeu e internacional.

Mais informação disponível em:

<http://www.wik.org/index.php?id=527>.

The 19th Annual Advanced EU Competition Law

Bruxelas, 23 e 24 de Novembro de 2010

Organizada pela IBC Legal, a Conferência abordará desenvolvimentos recentes no âmbito da aplicação dos artigos 101.º e 102.º TFUE, controlo de concentrações de empresas e auxílios de Estado. Serão ainda discutidos o Inquérito ao Sector Farmacêutico realizado pela Comissão Europeia, bem como a recente revisão do enquadramento jurídico das restrições verticais.

Mais informação disponível em:

<http://www.informaglobalevents.com/event/advancedbrussels>.

Autumn Conference on European State Aid Law 2010

Berlim, 7 de Dezembro de 2010

Organizada pelo *European State Aid Law Institute* (EStALI), a conferência irá abordar temas como o impacto económico dos processos sobre auxílios de Estado durante a crise, o conceito de “auxílio” formulado pela recente jurisprudência dos Tribunais europeus e as primeiras experiências práticas na aplicação do novo Regulamento sobre transportes, Regulamento n.º 1370/2007.

Mais informação disponível em:

<http://www.lexxion.de/en/verlagsprogramm-konferenzen/anstehende-konferenzen/autumn-conference-on-european-state-aid-law-2010.html>.

CRA Annual Brussels Conference: Economic Developments in European Competition Policy

Bruxelas, 8 de Dezembro de 2010

A *Charles River Associates* organiza esta conferência que contará com a presença do Director-Geral da Concorrência da Comissão Europeia, bem como de líderes de autoridades nacionais da concorrência europeias e reputados economistas.

Mais informação disponível em:

http://www.crai.com/ecp//events/2010/Annual_Brux_Conf_Dec10.htm.

Vertical Agreements Block Exemption Regulation in the Internet Age 2011

Bruxelas, 24 de Janeiro de 2011

A *IBC Legal* organiza uma conferência que visa debater o novo Regulamento de isenção por categoria sobre restrições verticais e respectivas Orientações e, em particular, as complexas questões que o comércio electrónico coloca neste domínio.

Mais informação disponível em:

<http://www.informaglobalevents.com/event/vertical-restraints-conference-2010>.

The 5th Annual Motor Vehicle Block Exemption Regulation 2011

Bruxelas, 25 de Janeiro de 2011

Esta conferência, organizada pela *IBC Legal*, tem por objectivo a discussão da política da Comissão Europeia sobre o enquadramento jurídico aplicável

aos acordos de distribuição de veículos automóveis e de prestação de serviços pós-venda.

Mais informação disponível em:

<http://www.informaglobalevents.com/event/motor-vehicle-block-exemption-conference-2010>.

GCR'S Antitrust Law Leaders' Forum 2011

Miami, 3 a 5 de Fevereiro de 2011

Em associação com a *Charles River Associates*, a *Global Competition Review* organiza uma conferência internacional que conta com a participação de oradores do *US Department of Justice*, *US Federal Trade Commission*, *UK Office of Fair Trading*, *UK Competition Commission*, *Canadian Competition Bureau*, bem como advogados e economistas dos EUA, Canadá, Europa, Brasil, Argentina, Coreia do Sul, Hong Kong e Japão, que irão abordar em paralelo temas sobre práticas restritivas da concorrência e controlo de concentrações de empresas.

Mais informação disponível em:

<http://www.globalcompetitionreview.com/events/1064/gcrs-antitrust-law-leaders-forum-2011>.

NOTAS CURRICULARES

ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA

Licenciada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em 2005, onde foi monitora (2005) e é assistente-estagiária desde 2006. Frequentou o curso de mestrado nessa Faculdade (2005-2006), tendo sido admitida à preparação da dissertação de doutoramento em 2007, a qual entregou em Agosto de 2010, com o tema “Grupos de Sociedades e deveres de maldade”. Exerce, desde 2005, actividade de consulta jurídica na sociedade de advogados Paz Ferreira & Associados. Na sua actividade profissional e académica tem-se dedicado preferencialmente ao Direito Comercial e Societário.

Graduated, in 2005, from the University of Lisbon Law School, where she lectures since then. Completed Masters training course in 2005/2006. Doctoral candidate at the same Law School since 2007. Counsel at Paz Ferreira & Associados since 2005. In her professional and academic activity, she has worked mainly in Commercial and Corporate Law.

ANA RITA GOMES DE ANDRADE

Licenciada (2001) e Mestre (2009) pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pós-graduada em Direito da Energia (2008) pela mesma Faculdade e em Direito Comercial (2003) pela Universidade Católica Portuguesa. Foi assistente das disciplinas de Direito Comercial e Direito das Sociedades, na Universidade Moderna (2006/2007). Foi admitida em 2001 no Grupo Legal Português, actualmente, SRS – Sociedade Rebelo de Sousa & Advogados Associados, sendo hoje membro do Departamento de Direito Comunitário, da Concorrência e Regulação da SRS, onde se dedica especialmente a matérias de Auxílios de Estado.

Law (2001) and Master (2009) degrees from the University of Lisbon Law School. Post-graduate in Energy Law (2008) by the same University, and in Commercial Law (2003) by the Catholic University of Lisbon. She has lectured Corporate and Commercial Law at Universidade Moderna (2006/2007). She was admitted in 2001 in Grupo Legal Português, currently SRS – Sociedade Rebelo de Sousa & Advogados Associados, where she presently holds a position as

lawyer in the European, Competition and Regulatory Department, with relevant expertise in State Aid matters.

ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS

Estudou Direito na Universidade de Coimbra e Ciências Políticas e Sociais na Universidade de Lisboa (ISCSP). É titular de um LL.M. em Direito Europeu (UCP, Lisboa, 2003) e doutorado em Direito (UC, Louvain-la-Neuve, 2006), com dissertação sobre *The European regulation of tax competition*. É Professor de Direito Fiscal, Sociologia do Direito e Ciências Políticas na UAL (Lisboa), Professor convidado no IDEFF/FDUL e IDEFE/ISEG e ainda membro do SOCIUS/ISEG, da *Association Internationale de Droit Économique* (Bélgica), do Conselho de Redacção da *Revue Internationale de Droit Économique*, do Conselho Científico da secção portuguesa da IFA e da *Revista de Finanças Públicas e Direito Financeiro*. Nos últimos 15 anos, entre outras funções, foi Secretário de Estado para os Assuntos Fiscais (XIII Governo Constitucional), membro do Conselho Nacional para o Ambiente e Desenvolvimento Sustentável e Coordenador do Núcleo Económico e Financeiro da REPER, em Bruxelas. É autor (e co-autor) de várias obras e artigos, nomeadamente em matérias fiscais e relativas a auxílios de Estado.

He studied law at the University of Coimbra and Political and Social Sciences at the University of Lisbon (ISCSP). He holds an LL.M. in European Law (UCP, Lisbon, 2003) and a Ph.D. in Law (UC, Louvain-la-Neuve, 2006), with a thesis on "The European regulation of tax competition". He is a professor of tax law, sociology of law and political science at UAL (Lisbon), a visiting professor at the IDEFF/FDUL and IDEFE/ISEG and also a member of SOCIUS/ISEG, of Association Internationale de Droit Économique (Belgium), of the Editorial Board of the Revue Internationale de Droit Économique, of the Scientific Committee of the IFA's Portuguese branch and of the Revista de Finanças Públicas e Direito Financeiro. In the last 15 years, among other roles, he has been State Secretary of Tax Affairs (XIII Constitutional Government), member of the National Council of Environment and Sustainable Development and Coordinator of the Economic and Financial Nucleus of the REPER in Brussels. He is the author (or co-author) of various books and articles, namely on tax and state aid issues.

CRISTINA CAMACHO

Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em 2001, onde também concluiu o Mestrado em Direito em 2009. Titular

do Diploma de Especialização em Política da Concorrência pelo Instituto Nacional de Administração (2004). Advogada (com inscrição suspensa). Desde 2004, é jurista na Autoridade da Concorrência, no Departamento de Práticas Restritivas (2004-2008) e no Gabinete de Relações Internacionais (desde 2008).

She is law graduate from the University of Lisbon Law School in 2001, where she also concluded her Masters in Law in 2009. She holds the Diploma of Specialization in Competition Policy by the National Administration Institute (2004). Solicitor (suspended registry at the Portuguese Bar Association). Since 2004, she is a lawyer at the Portuguese Competition Authority, working in the Department for Restrictive Practices (2004-2008) and in the International Relations Bureau (since 2008).

HELENA GASPAR MARTINHO

Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2003) e Pós-Graduada pela mesma Faculdade na área de concorrência e regulação (2006). Doutoranda na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Foi advogada estagiária na sociedade de advogados Vieira de Almeida & Associados (2003-2005) e jurista no ICP-ANACOM (2005-2007). Integra o Departamento Jurídico e do Contencioso da Autoridade da Concorrência desde 2007.

She is graduate in law from the University of Lisbon Law School (2003) and post-graduate in competition and regulation from the same University (2006). She is PhD student at New University of Lisbon Law School. She was a trainee lawyer at Vieira de Almeida & Associados law firm (2003-2005), and she worked as an in-house counsel at ICP-ANACOM (2005-2007). Since 2007, she is a lawyer at the Legal Department of the Portuguese Competition Authority.

JOÃO CONFRARIA

Doutor em Economia pela Universidade Católica Portuguesa – UCP (1991), Mestre em Economia pela Universidade Nova de Lisboa (1988) e Licenciado em Economia pela UCP (1982). Vice-Presidente do Instituto Nacional de Aviação Civil e Professor Auxiliar da UCP, onde ensina disciplinas nas áreas de Economia da Regulação e de Políticas Públicas. Coordenador do Mestrado em Direito e Gestão e de Programas para Executivos em Regulação e Concorrência. Administrador do ICP-Anacom de 1996 a 2002 e Director do Centro de Estudos Aplicados da UCP de 2005 a 2007. Entre os

trabalhos publicados nos últimos cinco anos incluem-se: *O Interesse Público na Política de Comunicações (1910-2010)*, Lisboa, FPC, 2010; *Comunicações na Idade Contemporânea. Cartas, Telégrafos e Telefones* (coord.), Lisboa, FPC, 2009; *Comunicações na Idade Contemporânea. Tempos Digitais* (coord.), Lisboa, FPC, 2008; e *Regulação e Concorrência. Desafios do século XXI*, Lisboa, Edições Universidade Católica, 2005.

He has a PhD in Economics, Catholic University of Portugal – CUP (1991). He has a Master in Economics, New University of Lisbon (1988). Degree in Economics, CUP (1982). Vice-President of Instituto Nacional da Aviação Civil (Portuguese Civil Aviation Authority) and Assistant Professor of the School of Economics and Business at CUP, where he teaches Economic Regulation and Public Policy. Coordinator of the Masters in Law and Business (School of Economics and Business and School of Law) and of Executive Courses on Regulation and Competition. Member of the Board of ICP-Anacom (Regulatory Agency for Communications) from 1996 to 2002. Director of Centro de Estudos Aplicados, at CUP, from 2005 to 2007. Books published in the last five years include: O Interesse Público na Política de Comunicações (1910-2010), Lisboa, FPC, 2010; Comunicações na Idade Contemporânea. Cartas, Telégrafos e Telefones (ed.), Lisboa, FPC, 2009; Comunicações na Idade Contemporânea. Tempos Digitais (ed.), Lisboa, FPC, 2008; and Regulação e Concorrência. Desafios do século XXI, Lisboa, Edições Universidade Católica, 2005.

JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA

Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (1989). Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (1996). Assistente na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, desde 1990, onde tem leccionado as disciplinas de Economia, Finanças Públicas e Direito da Concorrência, entre outras.

He has a law degree, University of Coimbra Law School (1989). In 1996, he concluded his master's degree in the University of Coimbra Law School, where he lectures Economics, Public Finances and Competition Law, among others, since 1990.

MANUEL LOPES PORTO

Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (1965), M.Phil em Economia, pela Universidade de Oxford (1976) e Doutorado em Ciências Jurídico-Económicas pela Faculdade de Direito

da Universidade de Coimbra (1983). É Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Actualmente, exerce os cargos de responsável pelo Curso de Estudos Europeus da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (desde 1983); docente também em outras pós-graduações da mesma Faculdade; membro do Conselho Universitário das Acções Jean Monnet; Director da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada do Porto (desde 2007); Professor do Instituto Superior Bissaya Barreto (desde 1999); Presidente da Assembleia Municipal de Coimbra (desde 2001); Professor das Universidades Lusíada de Lisboa e Porto (desde 2005) e Presidente da Assembleia Geral da Caixa Geral de Depósitos (desde 2007). Entre outros cargos públicos de relevo, foi Deputado ao Parlamento Europeu (1989-1999) e Presidente mundial da *European Community Studies Association* (2004-2008). Participou em projectos de organizações internacionais, como o Banco Mundial (liberalização do comércio e políticas de ajustamento), OCDE (políticas de emprego), Conselho da Europa (políticas de emigração) e Comissão Europeia (comércio intra-industrial). Tem mais de uma centena e meia de trabalhos publicados em diferentes domínios, em especial nas áreas de comércio internacional, da integração europeia, do desenvolvimento regional, do ordenamento, dos transportes e da política fiscal.

He is graduate in Law (University of Coimbra Law School, 1965), M.Phil in Economics (University of Oxford, 1976), and Ph.D. in Economic Law (University of Coimbra Law School, 1983). Professor (former Dean) of the University of Coimbra Law School. Currently, he is the Director of the Course in European Studies of the University of Coimbra Law School (since 1983); Professor in other post-graduate courses at the University of Coimbra Law School; member of the University Council for Jean Monnet actions; Director of the Law School of Lusíada University of Porto (since 2007), Professor at Bissaya Barreto Institute (since 1999); President of the Municipal Assembly of Coimbra (since 2001); Professor at Lusíada University of Lisbon and Porto (since 2005) and President of the General Assembly of Caixa Geral de Depósitos (since 2007). Previously, and among other relevant activities, he was a Member of the European Parliament (1989-1999) and President of the European Community Studies Association (ECSA-World, 2004-2008). He has participated in projects for international organizations, such as the World Bank (project on trade liberalization and adjustment policies), OECD (projects on employment and tax problems), Council of Europe (project on emigration problems) and European Commission (project on intra-industry trade). He was more than 150 works

published in different fields, in particular in the areas of international trade, European integration, regional development and physical planning, transports and taxation.

MARCO CAPITÃO FERREIRA

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa desde 2000, onde leccionou, entre outras, as disciplinas de Economia I, Direito da Economia, Direito Financeiro e Fiscal, Direito Comercial, Direito do Trabalho e Relações Económicas Internacionais. Obteve, em 2005, o grau de Mestre em Ciências Jurídico-Económicas, sob orientação do Professor Doutor António Sousa Franco. Tem ainda, desde 2007, colaborado no Curso de Pós-Graduação em Direito da Concorrência e Regulação e na Pós-Graduação Avançada em Parcerias do Estado e das Autarquias Locais, ambas do Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal (IDEFF) da Faculdade de Direito de Lisboa.

Lecturer at the University of Lisbon Law School since 2000, where he has taught, among others, Economy I, Law of Economics, Tax and Financial Law, Commercial Law, Labour Law and International Economic Relations. In 2005, he concluded his master's degree on Economic and Legal Sciences, under the supervision of Professor António Sousa Franco. Since 2007, has collaborated in the Post-graduate Courses in Competition Law and Regulation and Partnerships between State and Local Authorities, both from the Institute of Economic, Financial and Tax Law (IDEFF) of the University of Lisbon Law School.

MIGUEL SOUSA FERRO

Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2005). LL.M em Estudos Europeus no Colégio da Europa (Bruges, 2006). Monitor e Assistente Convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em 2008-2009. Colaborador externo da Sérvulo & Associados, na área de Direito Europeu e da Concorrência.

He is law graduate from the University of Lisbon Law School (2005). LL.M in European Studies from the College of Europe (Bruges, 2006). Lecturer at the University of Lisbon Law School in 2008-2009. External Counsel at Sérvulo & Associados, in the field of European and Competition Law.

NUNO CUNHA RODRIGUES

Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (1995) onde obteve o grau de mestre em Direito (2003). Encontra-se a preparar o doutoramento em ciências jurídico-económicas. É Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa onde leccionou as disciplinas de Direito Financeiro, Direito Fiscal, Relações Económicas Internacionais, Direito da Economia; Direito da Economia II; Direito da União Europeia e Direito Comunitário II. Advogado. Foi consultor, adjunto para a área económico-financeira, adjunto principal e Chefe de Gabinete do Ministro da República para a Madeira. Foi assistente, no departamento de Direito e no departamento de Relações Internacionais da Universidade Autónoma de Lisboa. Secretário-executivo da pós-graduação em regulação e concorrência do IDEFF. Secretário do Instituto Europeu da Faculdade de Direito de Lisboa. Coordenador científico da pósgraduação em jurisprudência da União Europeia. Membro da comissão de redacção da Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal.

He is law graduate from the University of Lisbon Law School (1995), where he also concluded his Masters in Law (2003). He is doctoral candidate at the same Law School in the field of economic law. Lecturer at the University of Lisbon Law School, where he has taught Financial Law, Tax Law, International Economic Relations, Economic Law and EU Law. He was consultant, member of the Cabinet and Chief of the Cabinet of the Republic Minister to Madeira Autonomous Region. He was a lecturer at the Law Department and International Relations Department of Universidade Autónoma de Lisboa. Executive secretary of post-graduate courses on regulation and competition of IDEFF. Secretary of the European Institute of the University of Lisbon Law School. Member of the Editorial Commission of the Public Finance and Tax Law Journal.

PIET JAN SLOT

Professor de Direito Económico na Universiteit Leiden. É editor da *Common Market Law Review*. Foi professor convidado Jean Monnet na Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität, Bona, e professor convidado em Paris II, Panthéon Assas, e na Universidade de Stanford, EUA. Foi consultor de diversos países sobre a sua legislação. De 1993 a 1996, liderou um grupo de peritos na assistência aos países em vias de adesão na análise da compatibilidade da legislação nacional com o Tratado da Carta da Energia. Também foi consultor de diversas importantes empresas energéticas em matéria de Direito Europeu.

É membro de diversas organizações profissionais. Publicou extensamente, nomeadamente nas áreas do Direito da Concorrência (é co-autor de um manual de Direito da concorrência), auxílios de Estado (é co-autor de um manual sobre auxílios de Estado), Direito dos Transportes e da Energia.

He is professor of Economic Law at Universiteit Leiden. He is editor of the Common Market Law Review. He has been a visiting Jean Monnet professor at the Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität, Bonn, and a visiting professor at Paris II, Panthéon Assas and at Stanford University, USA. He has advised a number of countries with their legislation. From 1993-1996 he headed a group of experts assisting the Accession countries to assess the compatibility of their national legislation with the Energy Charter Treaty. He has also advised several major energy companies on matters of European Law. He is a member of several professional organisations. He has published widely, notably in the areas of competition law (he is the co-author of a textbook on competition law), state aids (he is the co-author of a textbook on state aid), transport and energy law.

Colaboração com a

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, 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 português, espanhol, francês ou inglês, sendo publicados na língua em que foram redigidos. Em casos excepcionais, poderão ser aceites textos não inéditos, devendo então o Autor indicar onde foram publicados anteriormente.
4. Os textos devem estar formatados em *Word* e não exceder, em regra, 70 mil caracteres (incluindo espaços). Devem também ser acompanhados de um resumo (“*abstract*”), com um máximo de 100 (cem) palavras, em inglês.
5. Aos textos, os Autores devem ainda juntar uma breve nota curricular em português e inglês, morada e endereço electrónico.
6. A informação sobre as normas formais aplicáveis aos textos a submeter à *Revista de Concorrência e Regulação* deve ser solicitada, antes do envio do texto, através do endereço electrónico revista@concorrencia.pt.
7. Os trabalhos devem ser remetidos em formato digital para o endereço electrónico revista@concorrencia.pt ou para a morada: Autoridade da Concorrência – Avenida de Berna, 19, 1050-037 Lisboa, ao cuidado de Catarina Anastácio.
8. As provas tipográficas dos textos aprovados para publicação serão enviadas ao Autor para a morada ou endereço electrónico 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, 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 the original language. In exceptional cases, papers that have already been published may be accepted. In such circumstances the Author will be required to indicate where the paper has been published previously.
4. Texts must be processed in Word, should not exceed 70,000 characters (including spaces) and must also be accompanied by an abstract, with a maximum of 100 words, in English.
5. Authors must provide a short CV in Portuguese and English, 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, by contacting revista@concorrencia.pt.
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 Ms. Catarina Anastácio.
8. Prior to publication, proofs will be sent to the Authors, to the mailing address or email address previously indicated.

ÓRGÃOS SOCIAIS

DIRECÇÃO

João Espírito Santo Noronha/Luís Silva Morais

CONSELHO CIENTÍFICO

Presidentes: Eduardo Paz Ferreira/Manuel Sebastião

Membros:

Augusto Silva Dias

António Avelãs Nunes

António Menezes Cordeiro

Barry Hawk

Bernardo Feijóo Sánchez

Bo Vesterdorf

Carlos Pinto Correia

David Berger

Diogo Rosenthal Coutinho

Donald Baker

Douglas Rosenthal

Eleanor Fox

Fernando Borges Araújo

Fernando Herren Aguillar

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 Poiares Maduro

Nicolas Charbitt

Oswald Jansen

Patrick Rey

Paulo Câmara

Paulo de Pitta e Cunha

Paulo Pinto de Albuquerque

Pedro Pais de Vasconcelos

Pedro Pitta Barros
Peter Freeman
Philip Marsden
Piet Jan Slot
René Smits
Richard Wish

Rosa Greaves
Vasco Pereira da Silva
Vito Tanzi
William Kovacic
Wouter Wils

CONSELHO REDACTORIAL

Presidente: Paulo de Sousa Mendes

Comissão Coordenadora:

Ana Perestrelo de Oliveira	Fernando Pereira Ricardo
André Forte	Nazaré da Costa Cabral
Catarina Anastácio	José Renato Gonçalves
Cristina Camacho	Sérgio Gonçalves do Cabo

Editores:

Concorrência e Regulação – Geral

Fernando Xarepe Silveiro/João Pateira Ferreira/Marco Capitão Ferreira

Direito comunitário e comparado da concorrência

Carlos Pinto Correia/Miguel Gorjão-Henriques

Concentrações

António Gomes

Direito contra-ordenacional e processual penal

João Matos Viana/Vânia Costa Ramos

Regulação e concorrência no sector financeiro

Luís Máximo dos Santos

Regulação e concorrência no sector das comunicações electrónicas

Ana Amante

Regulação e concorrência no sector energético

Gonçalo Anastácio

Regulação e concorrência no sector dos transportes terrestres

António Mendonça Mendes

Regulação e concorrência no sector da aviação civil

António Moura Portugal

Regulação no sector da protecção ambiental

António Sequeira Ribeiro/Carla Amado Gomes

Sector empresarial público/gestores públicos/privatizações

Tânia Cardoso Simões

Contratos económicos/contratos públicos

Nuno Cunha Rodrigues

Economia

António Pedro Santos/João Gata/Paulo Gonçalves

Econometria

Jorge Rodrigues

Secretariado Executivo:

Lurdes Morgado

Natália Leite

