

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO

BOLETIM DE CIÊNCIAS ECONÓMICAS

HOMENAGEM AO PROF. DOUTOR MANUEL CARLOS LOPES PORTO

VOLUME LXVI Tomo III

2 0 2 3

[SEPARATA]

Organizadores

MATILDE LAVOURAS
JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA
VICTOR CALVETE
TERESA ALMEIDA



COIMBRA

O VALOR JURÍDICO DOS *CONSIDERANDOS* NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA: REFLEXÕES A PROPÓSITO DA ALEGADA IMPOSIÇÃO DE ACESSO A MENSAGENS DE CORREIO ELECTRÓNICO PELA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

I. O problema

No direito derivado da União Europeia — os actos jurídicos emanados pelos respectivos órgãos e instituições —, a parte dispositiva é precedida por *considerandos*. Cujas existências são *necessárias* por força do disposto no segundo parágrafo do artigo 296.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE): aí se impõe que *todos* os actos jurídicos europeus sejam «*fundamentados*» e «*façam referência às propostas, iniciativas, recomendações, pedidos ou pareceres previstos pelos Tratados*»¹.

Ora, sabendo-se que o dever de fundamentação implica não só a indicação da base jurídica que autoriza a actuação da

¹ Cfr. Tadas KLIMAS / Jurate VAICIUKAITĖ, “The law of recitals in European Community legislation”, *ILSA Journal of International & Comparative Law* 15/1 (2008) 61-92, p. 77.

União² como também a explicitação das razões que determinaram a actuação europeia³, são os *considerandos* que asseguraram o cumprimento daquela condição de *validade* dos actos europeus⁴. Nessa medida, quando não especificam as razões fundamentantes da intervenção comunitária determina-se a anulação do acto europeu⁵.

² Cfr. Acórdão do TJUE de 16 de Junho de 1993, *França c. Comissão*, proc. 325/91, n.º 2; Abbo JUNKER, “Erwägungsgründe: Unkraut auf dem Beet der europäischen Gesetzgebung?”, *EuZA - Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht* 13/2 (2020) 141-142, p. 142; John TILLOTSON / Nigel G. FOSTER, *Text, cases, and materials on European Union law*, 4th ed., London / Portland- Or.: Cavendish Pub., 2003, 125.

³ Cfr. Miguel GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, 9.ª ed., Coimbra: Almedina, 2019, 253; João Mota de CAMPOS / João Luiz Mota de CAMPOS / António Pinto PEREIRA, *Manual de Direito Europeu, O sistema institucional, a ordem jurídica, o ordenamento económico da União Europeia*, 7.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, 323; Denys SIMON, *Le système juridique communautaire*, 3e éd. mise à jour, Presses universitaires de France, Paris, 2001, 314; Abbo JUNKER, “Erwägungsgründe”, 141; Sofia Oliveira, PAIS, “O Tratado de Lisboa e o quadro institucional da União Europeia”, *Estudos de Direito da União Europeia*, Coimbra: Almedina, 2022, 15-91, p. 33.

Cfr. Tadas KLIMAS / Jurate VAICIUKAITE, “The law of recitals in European Community legislation”, 67-77.

⁴ Cfr. Tadas KLIMAS / Jurate VAICIUKAITE, “The law of recitals in European Community legislation”, 77; John TILLOTSON / Nigel G. FOSTER, *Text, cases, and materials on European Union law*, 58.

⁵ Cfr. Acórdão do TJUE de 04.07.1963, *Alemanha c. Comissão*, proc. 24/62: «*Exceptuando considerações gerais, indistintamente aplicáveis a outros casos ou que se limitam a reproduzir o Tratado, a Comissão limitou-se a invocar “os elementos de informação recolhidos”, sem precisar nenhum deles, para declarar «que a produção dos vinhos em questão é largamente suficiente». Este laconismo é tanto mais criticável quanto é certo que, sem indicar, como fez tardiamente perante o Tribunal, a importância e a evolução dos excedentes, a Comissão repetiu, sempre sem a fundamentar, a mesma afirmação, referindo “que não foi demonstrado que a situação do mercado no interior da*

A função dos considerandos está, há muito, identificada pelas instituições europeias. Não só pelo Tribunal de Justiça, que os considera *necessários* à estatuição das razões que motivaram a intervenção legislativa⁶; como também pelas instituições com competências legiferantes — o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão.

Com efeito, por determinação do acordo interinstitucional de 1998⁷, aprovou-se o *Guia Prático Comum do Parlamento*

Comunidade não permite (às) indústrias da República Federal da Alemanha um abastecimento suficiente em quantidade e qualidade». Igualmente, cfr. Acórdão do TJUE de 08.02.1968, *Giovanni Mandelli*, proc. 3/67, par. (A); Acórdão do TJUE de 13.05.1997, *Alemanha c. Parlamento Europeu e Conselho*, proc. C-233/94, n.ºs 25 e 26.

⁶ Cfr. Acórdão do TJUE de 4 de Julho de 1963, *Alemanha c. Comissão*, proc. 24/62; Acórdão do TJUE de 7 de Julho de 1981, *Rewe-Handelsgesellschaft*, proc. 158/80, n.º 25.

⁷ No Conselho Europeu de Edimburgo, de 1992, foi reconhecida a necessidade de a União Europeia (em sentido amplo) «*Tornar mais clara e mais simples a nova legislação comunitária*» (Anexo 3 à Parte A das conclusões da presidência da reunião do Conselho Europeu), prevendo-se ali o estabelecimento de «*directrizes para a elaboração da legislação comunitária*, compreendendo critérios com os quais teria de ser confrontada a qualidade dos textos legislativos». Nesta sequência, foi aprovada a Resolução do Conselho de 8 de Junho de 1993 relativa à qualidade de redacção da legislação comunitária (93/C 166/01), que contém tais directrizes e se refere especificamente ao preâmbulo como devendo «*justificar o articulado em termos simples*».

A preocupação foi levada ao Tratado de Amesterdão, cuja Declaração n.º 39 da acta final — relativa à qualidade da legislação comunitária —, conclui que «*a qualidade de redacção da legislação comunitária é essencial à correcta aplicação desta pelas autoridades nacionais competentes e à sua melhor compreensão por parte dos cidadãos e dos agentes económicos*» e que «*as três Instituições que participam no processo de adopção da legislação comunitária - Parlamento Europeu, Conselho e Comissão -, deveriam adoptar directrizes sobre a qualidade de redacção citada legislação*», declarando que «*o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão devem: - estabelecer de comum*

*Europeu, do Conselho e da Comissão para as pessoas que contribuem para a redacção de textos legislativos da União Europeia*⁸. Estes dois actos atípicos de direito europeu concluem que «Os considerandos têm por objectivo motivar, de forma concisa, as disposições essenciais do articulado, sem dele reproduzir ou parafrasear a redacção»⁹ e que a sua previsão «Tem por finalidade dar a conhecer a qualquer interessado as circunstâncias em que o autor do acto exerceu a competência relativa ao acto em questão e dar a possibilidade às partes em litígio de defender os seus direitos, bem como ao Tribunal de Justiça da União Europeia de exercer a sua fiscalização jurisdicional»¹⁰.

acordo directrizes destinadas a melhorar a qualidade de redacção da legislação comunitária e observar essas directrizes na análise das propostas ou dos projectos de textos legislativos comunitários, tomando as medidas de organização interna que considerarem necessárias para garantir a correcta aplicação dessas directrizes;

- envidar todos os esforços para acelerar a compilação dos textos legislativo».

Em execução deste mandato, em 1998 foi celebrado *Acordo Interinstitucional*, de 22 de Dezembro de 1998, sobre as directrizes comuns em matéria de qualidade de redacção da legislação comunitária (JO C 73 de 17.3.1999, p. 1), que contém os princípios gerais dos actos normativos europeus.

⁸ O Acordo Interinstitucional de 1998 (cf. nota anterior) determina, na alínea *a*) do dispositivo, que as Instituições «Encarregarão os seus serviços jurídicos de elaborar, no prazo de um ano a contar da publicação das presentes directrizes, um guia prático comum para as pessoas que participam na redacção dos textos legislativos». A primeira edição deste guia, de 2000, foi adaptada e actualizada depois da entrada em vigor do Tratado de Lisboa. A sua actual versão pode ser consultada na internet, via <<https://eur-lex.europa.eu/content/techleg/PT-guia-de-redacao-de-textos-legislativos.pdf>>.

⁹ Cfr. directriz n.º 10 do Acordo Interinstitucional a que se refere a nota n.º 7.

¹⁰ Cfr. *Guia Prático Comum do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão para as pessoas que contribuem para a redacção de textos legislativos da União Europeia* (cfr. nota n.º 8), p. 31.

Trata-se, de resto, de uma função de importância preponderante: ao justificarem a necessidade e propósito da intervenção, os considerandos contêm as razões de que depende a própria *competência da União Europeia* para intervir — nos termos do disposto no artigo 5.º do Tratado da União Europeia (TUE)¹¹.

II. Funções desempenhadas pelos considerandos e sua ilustração na Directiva ECN+

Em cumprimento da injunção do segundo parágrafo do artigo 296.º do TFUE, é possível encontrar nos considerandos da Directiva ECN+ (Directiva EU 2019/1, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro de 2018) a *base jurídica*, o *propósito* e as *razões* da intervenção normativa das instituições.

Vejam os.

Apesar de as autoridades nacionais da concorrência serem responsáveis por garantir a efectivação do direito europeu da concorrência (cf. artigo 5.º do Regulamento [CE] n.º 1/2003, e n.º 1 do artigo 68.º do RJC), não ocorreu, numa primeira fase, qualquer harmonização dos seus poderes de investigação. Pelo contrário, as instituições europeias deixaram à autonomia processual dos Estados-Membros uma ampla margem de liberdade para modelar a realização do direito europeu da concorrência — unicamente limitada pelos princípios da *equivalência* e da *efectividade*, nos termos dos quais não podem os Estados-Membros prever mecanismos *menos eficazes* para a protecção de normas europeias face aos que tutelam normas internas (i); nem construir um regime normativo que torne *excessivamente difícil* a efectivação do direito europeu da concorrência (ii)¹².

¹¹ Neste sentido, cfr. Tadas KLIMAS / Jurate VAICIUKAITE, “The law of recitals in European Community legislation”, 80-81; Abbo JUNKER, “Erwägungsgründe”, 141.

¹² Cfr. entre muitos outros, Acórdãos do TJUE de 18 de Outubro de 2012, *Pelati*, proc. C-603/10; n.º 23; de 19 de Setembro de

Ora, atendendo à necessária articulação dos direitos nacional e europeu da concorrência, o legislador europeu procurou proceder a uma harmonização dos poderes das autoridades da concorrência, mediante a adopção da Directiva *ECN+* (*European Competition Network+*) — Directiva UE n.º 2019/1, de 11 de Dezembro de 2018, que «*visa atribuir às autoridades da concorrência dos Estados-Membros competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno*». Pretendeu-se aproximar os poderes as autoridades nacionais da concorrência quando aplicam o direito *europeu* da concorrência e estender a sua aplicação também aos casos em que aquelas aplicam o direito *nacional* da concorrência em paralelo com o europeu «*para garantir que o resultado não seja diferente*» (Considerando n.º 3).

Ora, na Directiva *ECN+*, os considerandos cumprem o papel que lhes é juridicamente atribuído.

Por um lado, o propósito do acto legislativo — de potenciar a *efectividade* do direito da concorrência — é expressamente enunciado no Considerando n.º 3: em detrimento de vagas alusões aos princípios da efectividade e da equivalência, visa-se proceder a uma harmonização dos poderes de investigação das autoridades nacionais da concorrência, já são estas quem *em primeira linha* e de forma *preponderante* garante a aplicação do direito europeu da concorrência¹³. É esse o objectivo último da Directiva, anunciado no Considerando 8¹⁴.

2006, *Germany e Arcor*, processos apensos C-392/04 e C-422/04, n.º 57; de 30 de Junho de 2011, *Meilicke*, C-262/09, n.º 55.

¹³ Cfr. Cláudia MASSA, “New CPC regulation and *ECN+* directive: the powers of national authorities in the fields of consumer protection and antitrust”, *Market and Competition Law Review* 4/2 (2020) 113-137, p. 129.

¹⁴ Onde se define como objectivo «*assegurar um verdadeiro espaço comum de aplicação das regras de concorrência na União, que estabeleça*

Por outro lado, o Considerando 9 especifica a base jurídica que funda atribuição de poderes às instituições para a sua emanção¹⁵.

Por fim, os Considerandos são também a fonte de indicações quanto à *interpretação* das normas constantes no dispositivo, dirigida à *clareza* e à *boa aplicação* do conteúdo normativo, como pretendido na Declaração n.º 39 da acta final aposta ao Tratado de Amesterdão¹⁶. Veja-se a noção de *empresa* — usada, por exemplo, no n.º 5 do artigo 13.º — e a que o Considerando n.º 46 fornece critérios interpretativos¹⁷.

condições de concorrência mais equitativas para as empresas que exercem actividades no mercado interno e reduza a desigualdade de condições para os consumidores». Neste sentido, cfr. José Luís da Cruz VILAÇA / Mariana Martins PEREIRA, “Parental liability under the ECN+ Directive and its extension to accessory sanctions”, *Revista da Concorrência e Regulação* 42-43 (2020) 75-85, p. 78.

¹⁵ Cfr. Considerando 9 da Directiva ECN+: «*A presente directiva encontra uma fundamentação adequada na dupla base jurídica dos artigos 103.º e 114.º do TFUE. Efectivamente, a presente directiva abrange não só a aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE e do direito nacional da concorrência em paralelo com essas disposições, mas também as lacunas e as limitações dos instrumentos e das garantias das ANC necessários à aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, uma vez tais lacunas e limitações afectam negativamente tanto a concorrência como o bom funcionamento do mercado interno*»

¹⁶ Cf. *supra*, nota n.º 7.

¹⁷ Assim, o dispositivo da Directiva determina que «*Para efeitos de aplicação de coimas a sociedades-mãe e a sucessores legais e económicos das empresas, os Estados-Membros asseguram que seja aplicável o conceito de empresa*»; e o Considerando n.º 46 esclarece que «*o conceito de empresa, tal como consta dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, deverá ser aplicado de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, no sentido de que designa uma unidade económica, mesmo que seja constituída por várias pessoas singulares ou colectivas*». Cfr. José Luís da Cruz VILAÇA / Mariana Martins PEREIRA, “Parental liability”, 79.

III. A directiva ECN+ e os considerandos sem respaldo no dispositivo

Para além de, na Directiva ECN+, se encontrarem considerandos cumprindo a sua função clássica, aquele acto jurídico apresenta uma evidente falta de coincidência entre texto das suas *normas* e os *considerandos* preambulares — o que vem sendo frequentemente sublinhado¹⁸. Mais: em divergência com as directrizes europeias de redacção dos actos jurídicos comunitários, os considerandos contêm texto que vai muito além da fundamentação das opções tomadas no articulado (ou da sua explicitação) — e, por isso, *não deveriam constar dos considerandos*¹⁹.

Numa análise global, é evidente uma tendência: as normas constantes no dispositivo da directiva não determinam para os Estados-Membros obrigações tão intensas como aquelas que constam dos considerandos. Sendo o ponto mais impressionante a circunstância de estes aludirem a poderes atribuídos às autoridades nacionais da concorrência no domínio dos processos sancionatórios anti-concorrenciais que simplesmente *não constam* das normas da directiva²⁰.

¹⁸ André Veloso PEDROSA / Francisco Espregueira MENDES / Rui Mesquita GUIMARÃES, “O controlo das práticas restritivas da concorrência — Nothing else matters?”, *Revista da Concorrência e Regulação* 42-43 (2020) 87-115, p. 89 (que aludem a uma «desconexão entre os seus Considerandos e o texto normativo»); Joaquim Vieira PERES / Luís Nascimento FERREIRA, “Água mole em pedra dura... Mais um retoque na noção de empresa”, *Revista da Concorrência e Regulação* 42-43 (2020) 127-137, p. 131; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, / Alberto SAAVEDRA, “Directiva ECN+ e a nova era do direito da concorrência — Desafios e limites”, *Revista da Ordem dos Advogados* 80 (2020) 219-256, p. 238.

¹⁹ Cfr. ponto 10.7. do *Guia Prático Comum do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão para as pessoas que contribuem para a redacção de textos legislativos da União Europeia* (cfr. nota n.º 8): «Qualquer considerando que não tenha interesse para a fundamentação do dispositivo deve ser excluído».

²⁰ Neste sentido, cfr. André Veloso PEDROSA / Francisco Espregueira MENDES / Rui Mesquita GUIMARÃES, “O controlo das prá-

São muitos os exemplos que ilustram esta nota dominante.

Os artigos 4.º e 5.º da directiva estabelecem as garantias de independência das autoridades nacionais da concorrência, sem nunca se referir ao destino das coimas; já o Considerando n.º 17 estabelece, de forma inovadora, que «*para assegurar a imparcialidade das autoridades administrativas nacionais da concorrência, as coimas por elas aplicadas por infracções aos artigos 101.º e 102.º do TFUE não deverão ser utilizadas para o seu próprio financiamento*».

O artigo 14.º da Directiva estabelece os critérios de cálculo das coimas a aplicar, determinando a sua fixação por referência à «gravidade e a duração da infracção»; todavia, o Considerando n.º 47 refere-se, para além da gravidade e da duração da infracção, ao seu carácter reincidente, determinando que «*A existência de infracções repetidas pelo mesmo infractor demonstra a sua propensão para cometer essas infracções, sendo por isso um indicador muito importante da necessidade de aumentar a medida da sanção para alcançar um efeito dissuasor eficaz*»²¹.

O artigo 32.º da Directiva UE 2019/1 determina a viabilidade de serem trazidas à autoridade nacional da concorrência documentos em vários suportes («*documentos, declarações orais, mensagens electrónicas, gravações e quaisquer outros objectos que contenham informações, independentemente do formato e do suporte em que tais informações se encontrem armazenadas*»), mas o Considerando n.º 73 vai mais longe, prescrevendo a possibilidade de utilização de «*gravações ocultas efectuadas por pessoas singulares ou colectivas, que não sejam autoridades públicas*»²².

tivas restritivas da concorrência”, 89.

²¹ Cfr. Joaquim Vieira PERES / Luís Nascimento FERREIRA, “Água mole em pedra dura”, 131.

²² Cfr. Sara Estima MARTINS, “A Directiva ECN+ e a (in)admissibilidade das gravações ocultas”, *Revista da Concorrência e Regulação* 42-43 (2020) 191-194, p. 192; Miguel GORJÃO-HENRIQUES, / Alberto SAAVEDRA, “Directiva ECN+”, 242.

O ponto mais sensível surge no Considerando n.º 32, que determina que «*A competência para examinar livros ou outros documentos deverá ser extensiva a todas as formas de correspondência, incluindo mensagens electrónicas, independentemente de parecerem não ter sido lidas ou de terem sido apagadas*»²³. Ora, tal prescrição não resulta do teor normativo da Directiva ECN+. Na verdade, a obrigação que ali se incumbe aos Estados-Membros é a de atribuir às autoridades nacionais da concorrência o poder de «*Inspeccionar os livros e outros registos relativos à empresa, independentemente do suporte em que estiverem armazenados, tendo o direito de aceder a quaisquer informações acessíveis à entidade inspeccionada*» e de «*Tirar ou obter sob qualquer forma cópias ou extractos dos documentos controlados e, sempre que o considerem adequado, continuarem a efectuar esse tipo de pesquisa de informação e selecção de cópias ou extractos nas instalações das autoridades nacionais da concorrência ou em quaisquer outras instalações designadas*» (alíneas *b*) e *c*) do n.º 1 do artigo 6.º da Directiva UE 2019/1). Isto é, e como vem sendo sublinhado, «em ponto algum da parte dispositiva da Directiva (UE) n.º 2019/1 se prevê a possibilidade de acesso (com ou sem aviso prévio) a “dispositivos e equipamentos” nem a correio electrónico²⁴».

É difícil avançar, com certeza, as razões para tão fortes divergências entre o texto preambular e o dispositivo do acto europeu. Surgindo a dúvida se a sua verificação (que não é exclusiva da Directiva ECN+) não tornará os considerandos uma *erva daninha* associada aos normativos europeus²⁵.

²³ O que dizemos não contradiz o disposto no artigo 32.º, que determina deverem mensagens electrónicas poder ser usadas como prova. A Directiva distingue o objecto das inspecções (artigos 6.º e 7.º) — onde *não constam* as mensagens de correio electrónico — e as provas que podem ser trazidas às autoridades da concorrência (artigo 32.º).

²⁴ Cfr. Miguel GORJÃO-HENRIQUES, / Alberto SAAVEDRA, “Directiva ECN+”, 238.

²⁵ A expressão é de Abbo JUNKER, “Erwägungsgründe”, 142.

Especificamente quanto à alusão, no preâmbulo, a poderes intrusivos sobre «*todas as formas de correspondência, incluindo mensagens electrónicas, independentemente de parecerem não ter sido lidas ou de terem sido apagadas*», poderia aventar-se a hipótese de a versão final da directiva, depois da dinâmica própria do processo legislativo europeu, ter acabado por abdicar de muitas das ideias que, inicialmente, a motivaram; tendo a manutenção dos considerandos correspondido a um lapso de revisão²⁶.

Não parece que assim seja. Com efeito, a proposta da Comissão não fazia — nem no dispositivo, nem na exposição de motivos — qualquer referência ou alusão à atribuição às autoridades nacionais da concorrência do poder de aceder a mensagens de correio electrónico ou às demais formas de correspondência²⁷. Sendo certo que, habitualmente, os considerandos são incorporados apenas *depois* de obtida a redacção final do acto europeu²⁸.

Uma segunda explicação poderia residir na necessidade de obtenção de consensos. No fundo, havendo divergências no interior (ou entre) as instituições com poderes legislativos — o Parlamento Europeu e o Conselho — quanto ao conteúdo do acto normativo, poderá a opção de inclusão de certas opções

²⁶ Parece ser a ideia avançada por Joaquim Vieira PERES / Luís Nascimento FERREIRA, “Água mole em pedra dura”, 131, nota n.º 7.

²⁷ Cfr. Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, que visa atribuir às autoridades da concorrência dos Estados-Membros competências para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno — COM(2017) 142 final.

²⁸ Cfr. Abbo JUNKER, “Erwägungsgründe”, 142. Segundo explica o Autor, habitualmente, os considerandos são incorporados no acto jurídico por peritos da Comissão, depois de se ter chegado a acordo quanto à parte dispositiva.

apenas no preâmbulo satisfazer simultaneamente, como solução de compromisso, as diferentes sensibilidades discutidas²⁹.

Uma terceira conjectura seria uma suposta intenção da Comissão em, não tendo conseguido incluir no dispositivo da Directiva as soluções que preconizava, ter confiando na força [pelo menos] persuasiva dos Considerandos. Assim visando que os Estados-Membros, independentemente da questão de saber se do preâmbulo decorre uma obrigação jurídica, concretizassem nos instrumentos nacionais de transposição soluções que não ficaram consagradas³⁰. No fundo, ainda que os considerandos possam não ter valor obrigatório, há a ideia de que acabam por gerar expectativas a toda a ordem jurídica; razão pela qual o incumprimento dos propósitos ali enunciados poderia, de algum modo, frustrar o princípio da protecção da confiança e, assim, tornar-se *consequentemente ilícito*³¹.

A ser este o propósito, há que reconhecer que os redactores do texto europeu obtêm algum sucesso em tal intento. Na verdade, muitas das soluções que presidiram ao anteprojecto de

²⁹ Parece ser esta a convicção de Miguel GORJÃO-HENRIQUES, / Alberto SAAVEDRA, “Directiva ECN+”, 238: «*não é por acaso que as disposições preambulares não constam da parte juridicamente vinculativa da Directiva (UE) 2019/1, muitas vezes fruto das particularidades inerentes ao procedimento legislativo da União e à necessidade de obtenção de consensos*».

³⁰ Parece ser neste sentido que se pronuncia Abbo JUNKER, “Erwägungsgründe”, 142, quanto às divergências entre o teor do dispositivo do direito derivado e os considerandos. De acordo com o Autor, tal divergência pode indiciar que as concretizações constantes do preâmbulo e ausentes do articulado correspondem à opinião prevalecente no seio das instituições, ainda que não suficientemente maduras para serem introduzidas na parte normativa.

³¹ Tadas KLIMAS / Jurate VAICIUKAITĖ, “The law of recitals in European Community legislation”, 62: «*it is claimed that while EC recitals have no legal value and cannot be the cause of derogation from an operative provision, they nevertheless create legitimate expectations (such as would defeat an operative provision)*».

transposição da Directiva ECN+, apresentado pela Autoridade da Concorrência, apoiavam-se *directamente* nos respectivos Considerandos, e não nas suas normas³² — atestando que a sua inclusão (independentemente da questão de saber se as soluções aí

³² Cfr. Miguel GORJÃO-HENRIQUES, / Alberto SAAVEDRA, “Directiva ECN+”, 238-239; Nuno RUIZ, “A ECN+ não basta”, *Revista da Concorrência e Regulação* 42-43 (2020) 139-143, p. 142; Luís Silva MORAIS, / Lúcio Tomé FETEIRA, *Consulta Pública — Proposta de anteprojecto de diploma de transposição da Directiva 2019/1/UE (Directiva ECN+)*, disponível na internet via <<https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/2021-07/Luís%20Silva%20Morais%2C%20Sérgio%20Gonçalves%20do%20Cabo%20Associados%20-%20Sociedade%20de%20Advogados%20RL.pdf>>, consultado em 27.07.2023, p. 6 e p. 14, nota n.º 16; Luís Silva MORAIS, / Lúcio Tomé FETEIRA, “Algumas notas sobre a directiva ECN+ e o seu processo de transposição para o ordenamento nacional”, *Revista da Concorrência e Regulação* 42-43 (2020) 145-164, p. 149; Nuno Salazar CASANOVA / Tânia Luísa FARIA / Duarte PERES / Margot Lopes MARTINS, “A fish out of water - critical analysis of the AdC draft proposal for the transposition of the ECN+ Directive into Portuguese Law”, *Revista da Concorrência e Regulação* 42/43 (2020) 195-232, p. 209; AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA, “Parecer sobre a proposta de Lei n.º 99/XIV/2”, disponível na internet via <<https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d-364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953565a-4d5a5763765130394e4c7a5a4452556c50554567765247396a-6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d46446232317063334e68627938785a5755774d474d795969307a5932566d4c-5451794d6a45744f44686c596930784f575179597a6b794f4755324e-6d4d756347526d&fich=1ee00c2b-3cef-4221-88eb-19d2c928e66c.pdf&Inline=true>>, consultado em 20.08.2023, p. 15, par. 87; Parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias sobre a proposta de Lei n.º 99/XIV/2, datado de 14.07.2021, p. 14 (que reconhece não estarem mensagens de correio electrónico expressamente referidas no texto da directiva, razão pela qual se sustenta a sua inclusão através do Considerando n.º 32).

prescritas revestem valor injuntivo) vem levando as autoridades nacionais a procurar materializar os propósitos ali constantes³³.

IV. Os considerandos sem respaldo no dispositivo: seu valor jurídico

A tese segundo a qual os considerandos estão *desprovidos* de quaisquer efeitos³⁴ é de afastar. Como vimos *supra*, a sua previsão não apenas é *obrigatória*, como dela depende a validade dos actos de direito derivado, ao assegurarem a *fundamentação* determinada pelo segundo parágrafo do artigo 296.º do TFUE.

Nessa medida, face a uma divergência entre o articulado da directiva e o conteúdo dos respectivos considerandos, põe-se a questão de saber se estes últimos revestem valor perceptivo autónomo. Concretamente, se uma injunção aos Estados-Membros que conste *apenas* dos considerandos — *v. g.*, a competência para examinar todas as formas de correspondência, incluindo mensagens de correio electrónico, independentemente de estarem ou não marcadas como lidas, constante do Considerando n.º 32 da Directiva ECN+ — deve ter-se por *obrigatória*. O que equivaleria a reconhecer que os considerandos terão o *mesmo valor* normativo do que o articulado da Directiva.

Poderia sufragar-se que os considerandos, ao revelar o pensamento legislativo, denunciam de forma muito clara qual o propósito da intervenção europeia. Na verdade, é sabido que o Juiz comunitário se lhes refere com o precípuo objectivo de

³³ Sublinhando este efeito dos Considerandos nos actos nacionais de transposição, cfr. Tadas KLIMAS / Jurate VAICIUKAITE, “The law of recitals in European Community legislation”, 91.

³⁴ Sobre esta concepção, cfr. Tadas KLIMAS / Jurate VAICIUKAITE, “The law of recitals in European Community legislation”, 72.

identificar o escopo da intervenção legislativa³⁵. Nessa medida, as indicações aí constantes, mesmo que sem respaldo no articulado, dever-se-iam ter por tão obrigatórias quanto o texto do dispositivo³⁶.

Não cremos que assim seja³⁷.

Desde logo, porque contra isso milita o direito positivo. O Acordo Interinstitucional de 1998, que aprova as diretrizes comuns em matéria de redacção de legislação comunitária (cfr. *supra*, nota n.º 7), determina que «Os considerandos (...) [n]ão devem comportar disposições de carácter normativo nem pretensões políticas».

³⁵ Cfr. Acórdão do TJUE de 09.01.2003, *Petrotub and Republica*, proc. C-76/2000, n.º 55: «*resulta do preâmbulo do regulamento de base, mais exactamente do seu quinto considerando, que o referido regulamento tem designadamente por objecto transpor para o direito comunitário, na medida do possível, as novas e detalhadas disposições contidas no código antidumping de 1994, entre as quais figuram, em especial, as relativas ao cálculo da margem de dumping, a fim de se assegurar uma aplicação correcta e transparente das referidas disposições*». Neste sentido, Carla FARINHAS, “The Interplay between EU Law and WTO Law: When the Legality of EU Acts is at Stake”, in Koen LENAERTS *et al.*, ed., *Building the European Union — Liber Amicorum in Honour of José Luís da Cruz Vilaça*, Oxford: Hart, 2021, 53-68, 62; Gunnar BECK, *The legal reasoning of the Court of Justice of the EU*, Oxford: Hart Publishing, 2012, (Modern studies in European law), 191.

³⁶ Expondo esta tese, ainda que sem a subscrever, cfr. Tadas KLIMAS / Jurate VAICIUKAITE, “The law of recitals in European Community legislation”, 73.

³⁷ No mesmo sentido, cfr. Karl RIESENHUBER, “Die Auslegung”, in *Europäischer Methodenlehre*, 4.^a ed., Berlin: De Gruyter, 2021, 285-322, p. 306: «*Kommt den Begründungservägungen eine zentrale Rolle bei der Ermittlung des Gesetzgeberwillens zu, 1 so ist doch auf deren begrenzte Bedeutung hinzuweisen. Ebenso wie andere Gesetzesmaterialien¹²⁹ können sie nicht selbst Rechte Einzelner begründen, dazu bedarf es einer Bestimmung im verfügenden Teil des Rechtsakts. Eine Regelungsabsicht, die im verfügenden Teil keinen Anhalt findet, kann man nicht berücksichtigen*».

Mas, sobretudo, porque tal natureza é peremptoriamente recusada pelo Tribunal de Justiça. Nos termos da sua jurisprudência, os considerandos *não têm valor obrigatório* e não podem ser usados para conferir ao dispositivo do acto europeu um sentido distinto do que decorre da parte dispositiva: «*o preâmbulo de um acto comunitário não tem valor jurídico obrigatório e não poderá ser invocado nem para derogar as próprias disposições do acto em causa nem para interpretar essas disposições em sentido manifestamente contrário à sua redacção*»³⁸.

Mais: o Tribunal de Justiça vem concluindo, reiteradamente, que os considerandos não têm valor *independente* ou *autónomo*,

³⁸ Cfr., entre muitos outros, Acórdão do TJUE de 2.4.2009, *Hauptzollamt Bremen*, proc. C-134/08, n.º 16; Acórdão do TJUE de 24.11.2005, *Deutsches Milch-Kontor*, proc. C-136/04, n.º 32; Acórdão do TJUE de 19.11.1998, *Gunnar Nilsson*, proc. C-162-97, n.º 54.

Neste último caso — apelidado de Acórdão *Sémen Bovino* —, um operador económico havia inseminado certas vacas suecas com sémen de touros belgas aprovados para o efeito pela Bélgica. As autoridades suecas instauraram um processo-crime contra *Nilsson*; tal comportamento havia sido criminalizado na Suécia devido à preocupação com o facto de o gado nascido em consequência apresentar uma doença (híper tropismo), que produz uma massa muscular grande em comparação com os órgãos internos ou ossos do animal e resulta no uso mais frequente de cesarianas no parto. Mas a Bélgica tinha certificado o produto (o sémen de bovino) de acordo com todas as regras aplicáveis e a directiva CE aplicável excluía as regras nacionais de outros Estados-Membros que proibissem a utilização do produto no seu território.

A Suécia argumentou, no entanto, que um determinado considerando previa uma excepção e que um Estado-Membro podia proibir a utilização do sémen de bovino quando considerasse que essa utilização daria origem a uma linhagem indesejável. Ora, o Tribunal de Justiça descartou o argumento, concluindo que «*o preâmbulo de um acto jurídico comunitário não tem valor jurídico obrigatório e não pode ser invocado para derogar as próprias disposições do acto em questão*».

sendo a sua valia necessariamente associada a certa disposição do articulado. Por assim ser, rejeita-se a sua utilização para interpretar certa norma «num sentido manifestamente contrário à sua redacção»³⁹ ou para lhe dar um sentido sem «*fundamento na redacção*» do articulado⁴⁰. Pelo contrário, atribui-se-lhe o valor de *auxiliar interpretativo* necessariamente associado a uma norma do articulado⁴¹: trata-se de uma *clarificação* da disposição da directiva que tem como limite o texto do articulado⁴². Assim, só podem ser utilizados para determinar o âmbito de certa norma⁴³ ou para determinar *os termos de densificação de certo concei-*

³⁹ Cfr. Acórdão do TJUE de 25.11.1998, *Manfredi*, proc. C-308/97, n.º 30.

⁴⁰ Acórdão do TJUE de 09.02.1995, *Société d'importation Edouard Leclerc-Siplec*, proc. C-412/93, n.ºs 45 a 47.

⁴¹ Cfr. Tadas KLIMAS / Jurate VAICIUKAITE, “The law of recitals in European Community legislation”, 86; Gunnar BECK, *The legal reasoning of the Court of Justice of the EU*, 191.

⁴² Neste sentido, cfr. Koen LENAERTS / Piet Van NUFFEL / Tim CORTHAUT, *EU constitutional law*, New York: Oxford University Press, 2021, 769.

⁴³ Cfr. Acórdão do TJUE de 29.04.1999, *Consorzio fra i Caseifici dell'Altopiano di Asiago*, proc. C-288/97: pondo-se a questão de saber se uma cooperativa poderia ser tida, para efeitos de certo Regulamento europeu, como *comprador de leite*, o Tribunal de Justiça recorreu aos considerandos para determinar o âmbito daquele conceito, optando por uma interpretação muito abrangente: «*decorre do primeiro considerando deste último regulamento que o objectivo do regime da imposição suplementar, que é o de reduzir o desequilíbrio entre a oferta e a procura no sector do leite e dos produtos lácteos e, em consequência, os excedentes estruturais daí resultantes, exige apenas que a imposição seja efectuada sobre as quantidades que ultrapassem as quantidades de leite vendidas directamente e as que são recolhidas sem que a qualidade de intermediário enquanto comprador seja, numa primeira fase, relevante para se atingir tal objectivo*» (cfr. n.º 23).

Do mesmo passo, no Acórdão de 17.09.2002, *Baumbast*, proc. C-413/99, n.º 90, o Tribunal de Justiça recorreu ao considerando

to, incluindo o modo como devem as autoridades encarregadas da sua aplicação actuar para a sua concretização⁴⁴.

Razão pela qual os considerandos são tidos, pelo Juiz comunitário, como instrumentos de interpretação *apenas no caso de as disposições do acto europeu* estarem feridas de ambiguidade⁴⁵, sem que possam constituir *autonomamente* uma fonte normativa que não tenha respaldo no texto do acto normativo europeu⁴⁶.

da directiva para interpretar as *normas* que estabeleciam a condições de imposição às restrições.

⁴⁴ É o que sucede, de resto, nos regulamentos da União Europeia de unificação do Direito Internacional Privado: tome-se como exemplo o Regulamento UE 650/2012 (Regulamento Europeu das Sucessões): a interpretação do concreto sentido de *residência habitual* (designadamente, para efeitos dos artigos 4.º e 21.º) obedece às indicações contidas nos considerandos 23 e 24. Sobre a questão, *vide* o nosso estudo Afonso PATRÃO, “Problemas práticos na aplicação do Regulamento Europeu das Sucessões: determinação da residência habitual por autoridades extrajudiciais, reenvio para a lei de um Estado-Membro e utilização da cláusula de excepção”, *Boletim da Faculdade de Direito* 94/2 (2018) 1171-1200, p. 1173ss.

⁴⁵ Cfr. Acórdão do TJUE de 20.11.1997, *Moskof*, Proc. C-244/95, n.º 44; Acórdão do TJUE de 27.11.2007, *Korkein ballintou-oikeus*, proc. C-435/06, n.º 52.

⁴⁶ Karl RIESENHUBER, “Die Auslegung”, 306; Tadas KLIMAS / Jurate VAICIUKAITE, “The law of recitals in European Community legislation”, 85; Martin FRANZEN, “Verwirrung über Befristung und Leiharbeit im Unionsrecht”, *EuZA - Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht* 13/4 (2013) 434.

O valor jurídico é, pois associado à existência de uma disposição perceptiva no articulado, como sucede no Acórdão do TJUE de 11.04.2013, *Della Rocca*, proc. C-290/12: depois de recordar a sua jurisprudência segundo a qual os considerandos não têm valor vinculativo (n.º 38), o Juiz comunitário sublinha que pode considerar o respectivo conteúdo uma vez que «a exclusão que figura no preâmbulo do acordo-quadro está traduzida no seu artigo 3.º, n.º 1»).

Isto é, os considerandos *não são regras jurídicas*⁴⁷. Pelo contrário, são convocados somente quando as disposições obrigatórias de direito derivado comportam mais do que um sentido possível, denunciando o propósito das instituições legiferantes; mas com o limite inultrapassável de não poderem derrogar as disposições constantes do seu articulado⁴⁸.

Neste quadro, acabam por ter valia normativa superior à dos protocolos e comunicados de imprensa — que não podem ser considerados para a interpretação das disposições constantes dos actos de direito derivado⁴⁹ — e similar à dos documentos produzidos *no seio do processo legislativo* (como as propostas da Comissão e as alterações introduzidas pelas outras Instituições ou as conclusões retiradas no comité de conciliação a que se referem os n.ºs 10 e seguintes do artigo 294.º TFUE)⁵⁰.

⁴⁷ Gunnar BECK, *The legal reasoning of the Court of Justice of the EU*, 191.

⁴⁸ Cfr. Tadas KLIMAS / Jurate VAICIUKAITE, “The law of recitals in European Community legislation”, 76; Gunnar BECK, *The legal reasoning of the Court of Justice of the EU*, 191; Acórdão do TJUE de 19.11.1998, *Gunnar Nilsson*, proc. C-162-97, n.º 54.

⁴⁹ Cfr. Acórdão do TJUE de 17.04.2008, *Quelle AG*, proc. C-404/06, n.º 32: «*A circunstância, invocada pelo Governo alemão, segundo a qual o comunicado de imprensa C/99/77 do Comité de Conciliação «Parlamento — Conselho», de 18 de Março de 1999, relativo ao acordo sobre as garantias dos consumidores, dá uma definição limitativa da expressão «sem encargos» não é, a este respeito, pertinente. Com efeito, é jurisprudência constante que, quando uma declaração inscrita num protocolo do Conselho não encontrar expressão no texto de uma disposição de direito derivado, não pode ser considerada para a interpretação dessa disposição (n., designadamente, acórdãos de 26 de Fevereiro de 1991, *Antonissen*, C-292/89, *Colect.*, p. I-745, n.º 18, e de 10 de Janeiro de 2006, *Skov e Bilka*, C-402/03, *Colect.*, p. I-199, n.º 42)».*

⁵⁰ Koen LENAERTS / Piet Van NUFFEL / Tim CORTHAUT, *EU constitutional law*, 769. O recurso aos trabalhos preparatórios como elemento interpretativo de disposições de direito derivado é pa-

V. Afinal: impõe-se que autoridades nacionais da concorrência possam aceder a mensagens de correio electrónico?

Face à identificada disparidade (o Considerando n.º 32 determina a viabilidade de as autoridades nacionais acederem a mensagens de correio electrónico, que está ausente do dispositivo da Directiva ECN+) importa então saber se existe uma injunção europeia de admissibilidade de as autoridades nacionais da concorrência — pelo menos quando persigam infracções ao direito europeu da concorrência *em vez* ou *em articulação* com a Comissão Europeia — acederem a *todas as formas de correspondência*, incluindo a *mensagens de correio electrónico*.

Seria, repare-se, estranho que assim fosse. A ideia subjacente à harmonização dos poderes das autoridades nacionais da concorrência é a sua aproximação àqueles de que dispõe a Comissão Europeia quando assume a perseguição das infracções *em vez* das autoridades nacionais. Ora, as normas comunitárias não atribuem tais poderes à *Comissão*⁵¹, no quadro do *ilícito administrativo* aí previsto. Pelo contrário, a apreensão de documentos *em violação dos direitos à reserva da intimidade da vida privada* para investigação de práticas restritivas da concorrência implica a impossibilidade da sua utilização como meio de

tente, entre muitos, no Acórdão do TJUE de 03.10.2013, *Comissão c. Letónia*, proc. C267/11 P, n.º 54; e no Acórdão de 25.06.2020, *Gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar van het Departement Ruimte Vlaanderen, afdeling OostVlaanderen*, proc. C-24/19, n.º 41; Acórdão do TJUE de 25.04.2013, *Bark*, proc. C89/12, n.ºs 42 e 45; Acórdão do TJUE de 30 de junho de 2016, *NA*, proc., C-115/15, n.º 47.

⁵¹ Cfr. artigos 20.º e 21.º do Regulamento [CE] n.º 1/2003; Ariel EZRACHI, *EU competition law: an analytical guide to the leading cases*, 6th ed., Oxford: Hart, 2018, 535.

prova⁵². O Tribunal de Justiça vem declarando que os poderes da Comissão para investigação das práticas anti-concorrenciais, ainda que possam abranger o direito de exigir documentação das empresas visadas, ficam limitados pelos direitos fundamentais dos arguidos em processos sancionatórios⁵³.

Ora, como resulta do exposto, cremos que assim não é. O Considerando n.º 32 não impõe que autoridades nacionais da concorrência acedam à correspondência e ao correio electrónico.

Em primeiro lugar porque, como *supra* se viu, os considerandos não têm valor obrigatório e não podem ser usados para conferir ao dispositivo do acto europeu um sentido distinto do que decorre da parte dispositiva⁵⁴. Os considerandos são tidos, pelo Juiz comunitário, como instrumentos de interpretação *apenas no caso de as disposições do acto europeu estarem feridas de ambiguidade*⁵⁵, sem que possam constituir *autonomamente* uma fonte normativa⁵⁶. A implicar a conclusão

⁵² Cfr. Acórdão do Tribunal Geral de 12 de dezembro de 2012, *Alamet*, proc. T-410/09, n.ºs 39 e 40; e, no que respeita a documentação que espelhe comunicação com advogados, cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de maio de 1982, *AM e S*, proc. 155/79, n.º 18ss.

⁵³ Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de outubro de 1989, *Orkem SA*, proc. 374/87, n.ºs 34 e 35. É também esta, aliás, a perspectiva seguida pelos tribunais polacos, como dá conta Jurgita MALINAUSKAITE, *Harmonisation of EU competition law enforcement*, Cham: Springer, 2020, 196.

⁵⁴ Cfr., entre muitos outros, Acórdão do TJUE de 2.4.2009, *Hauptzollamt Bremen*, proc. C-134/08, n.º 16; Acórdão do TJUE de 24.11.2005, *Deutsches Milch-Kontor*, proc. C-136/04, n.º 32; Acórdão do TJUE de 19.11.1998, *Gunnar Nilsson*, proc. C-162-97, n.º 54.

⁵⁵ Cfr. Acórdão do TJUE de 20.11.1997, *Moskof*, Proc. C-244/95, n.º 44; Acórdão do TJUE de 27.11.2007, *Korkein ballintoiikeus*, proc. C-435/06, n.º 52.

⁵⁶ Cfr. Karl RIESENHUBER, “Die Auslegung”, 306; Tadas KLIMAS / Jurate VAICIUKAITE, “The law of recitals in European Co-

de que se não possa extrair de um considerando uma injunção obrigatória ao legislador interno, quando em parte nenhuma do articulado se encontra uma regra com tal conteúdo⁵⁷.

Em segundo lugar, porque a própria normação europeia ressalva a aplicação dos «*requisitos previstos no direito nacional para a autorização prévia por parte de uma autoridade judicial nacional*» (n.º 3 do artigo 6.º da Directiva UE 2019/1) — que, de resto, são mobilizáveis também quando é a própria Comissão a conduzir a investigação⁵⁸. Nessa medida, uma eventual opção nacional de ingerência nas comunicações sempre dependeria dos requisitos de direito *nacional* — *maxime* decorrentes da própria Constituição —, quanto à tipologia processual (criminal, contraordenacional, administrativa, etc.) que admite tais intromissões e à identificação da autoridade judiciária competente para as autorizar⁵⁹.

muunity legislation”, 85.

⁵⁷ No mesmo sentido, a propósito da eventual imposição da admissibilidade de gravações ocultas (que, como *supra* se viu, consta do Considerando n.º 73, mas não do artigo 32.º da Directiva, cfr. Sara Estima MARTINS, “A Directiva ECN+”, 194: «*se o legislador da UE pretendesse, sem lugar a dúvidas, incluir as gravações ocultas no leque de elementos de prova admissíveis, tê-lo-ia feito de forma expressa*».

⁵⁸ Cfr. Josephine STEINER / Lorna WOODS / Christian TWIGG-FLESNER / Josephine STEINER, *EU law*, 9th ed., Oxford / New York: Oxford University Press, 2006, 634.

⁵⁹ Será essa a razão pela qual alguma doutrina alude à necessidade de o legislador, caso pretenda usar os meios mais agressivos de investigação, repensar a natureza *contra-ordenacional* do direito da concorrência. Cfr. Nuno Castro MARQUES, *Contributo para a autonomia do direito nacional da concorrência — em particular na criminalização dos cartéis*, Porto: Universidade Católica Editora, 2019, 335 e 455-459; Nuno Pica dos, SANTOS, “Contraordenações no âmbito económico: sua investigação e a problemática dos meios intrusivos de obtenção da prova”, *Revista da Concorrência e Regulação* 46/47 (2021) 73-120, p. 114; An-

Bibliografia citada

- BECK, Gunnar, *The legal reasoning of the Court of Justice of the EU*, Oxford: Hart Publishing, 2012, (Modern studies in European law).
- CAMPOS, João Mota de / CAMPOS, João Luiz Mota de / PEREIRA, António Pinto, *Manual de Direito Europeu, O sistema institucional, a ordem jurídica, o ordenamento económico da União Europeia*, 7.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- CASANOVA, Nuno Salazar / FARIA, Tânia Luísa / PERES, Duarte / MARTINS, Margot Lopes, “A fish out of water - critical analysis of the AdC draft proposal for the transposition of the ECN+ Directive into Portuguese Law”, *Revista da Concorrência e Regulação* 42/43 (2020) 195-232.
- EZRACHI, Ariel, *EU competition law: an analytical guide to the leading cases*, 6th ed., Oxford: Hart, 2018.
- FARINHAS, Carla, “The Interplay between EU Law and WTO Law: When the Legality of EU Acts is at Stake”, in Koen LENAERTS / Nuno PIÇARRA / Carla FARINHAS / Alessandro MARCIANO / Frédérique ROLIN, ed., *Building the European Union — Liber Amicorum in Honour of José Luís da Cruz Vilaça*, Oxford: Hart, 2021, 53-68.
- FRANZEN, Martin, “Verwirrung über Befristung und Leiharbeit im Unionsrecht”, *EuZA - Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht* 13/4 (2013) 433-434.
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *Direito da União*, 9.^a ed., Coimbra: Almedina, 2019.
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel / SAAVEDRA, Alberto, “Directiva ECN+ e a nova era do direito da concorrência — Desafios e limites”, *Revista da Ordem dos Advogados* 80 (2020) 219-256.
- JUNKER, Abbo, “Erwägungsgründe: Unkraut auf dem Beet der europäischen Gesetzgebung?”, *EuZA - Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht* 13/2 (2020) 141-142.
- KLIMAS, Tadas / VAICIUKAITE, Jurate, “The law of recitals in European Community legislation”, *ILSA Journal of International & Comparative Law* 15/1 (2008) 61-92.

dré Veloso PEDROSA / Francisco Espregueira MENDES / Rui Mesquita GUIMARÃES, “O controlo das práticas restritivas da concorrência”, 91.

- LENAERTS, Koen / NUFFEL, Piet Van / CORTHAUT, Tim, *EU constitutional law*, New York: Oxford University Press, 2021.
- MALINAUSKAITE, Jurgita, *Harmonisation of EU competition law enforcement*, Cham: Springer, 2020.
- MARQUES, Nuno Castro, *Contributo para a autonomia do direito nacional da concorrência — em particular na criminalização dos cartéis*, Porto: Universidade Católica Editora, 2019.
- MARTINS, Sara Estima, “A Diretiva ECN+ e a (in)admissibilidade das gravações ocultas”, *Revista da Concorrência e Regulação* 42-43 (2020) 191-194.
- MASSA, Claudia, “New CPC regulation and ECN+ directive: the powers of national authorities in the fields of consumer protection and antitrust”, *Market and Competition Law Review* 4/2 (2020) 113-137.
- MORAIS, Luís Silva / FETEIRA, Lúcio Tomé, “Algumas notas sobre a diretiva ECN+ e o seu processo de transposição para o ordenamento nacional”, *Revista da Concorrência e Regulação* 42-43 (2020) 145-164.
- / — *Consulta Pública — Proposta de anteprojecto de diploma de transposição da Diretiva 2019/1/UE (Diretiva ECN+)*, disponível na internet via <<https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/2021-07/Luís%20Silva%20Morais%2C%20Sérgio%20Gonçalves%20do%20Cabo%20Associados%20-%20Sociedade%20de%20Advogados%20RL.pdf>>, consultado em 27.07.2023.
- PAIS, Sofia Oliveira, “O Tratado de Lisboa e o quadro institucional da União Europeia”, *Estudos de Direito da União Europeia*, Coimbra: Almedina, 2022, 15-91.
- PATRÃO, Afonso, “Problemas práticos na aplicação do Regulamento Europeu das Sucessões: determinação da residência habitual por autoridades extrajudiciais, reenvio para a lei de um Estado-Membro e utilização da cláusula de excepção”, *Boletim da Faculdade de Direito* 94/2 (2018) 1171-1200.
- PEDROSA, André Veloso / MENDES, Francisco Espregueira / GUIMARÃES, Rui Mesquita, “O controlo das práticas restritivas da concorrência — Nothing else matters?”, *Revista da Concorrência e Regulação* 42-43 (2020) 87-115.
- PERES, Joaquim Vieira / FERREIRA, Luís Nascimento, “Água mole em pedra dura... Mais um retoque na noção de empresa”, *Revista da Concorrência e Regulação* 42-43 (2020) 127-137;

- RIESENHUBER, Karl, “Die Auslegung”, in *Europäischer Methodenlehre*, 4.^a ed., Berlin: De Gruyter, 2021, 285-322.
- RUIZ, Nuno, “A ECN+ não basta”, *Revista da Concorrência e Regulação* 42-43 (2020) 139-143.
- SANTOS, Nuno Pica dos, “Contraordenações no âmbito económico: sua investigação e a problemática dos meios intrusivos de obtenção da prova”, *Revista da Concorrência e Regulação* 46/47 (2021) 73-120;
- SIMON, Denys, *Le système juridique communautaire*, 3e éd. mise à jour, Presses universitaires de France, Paris, 2001.
- STEINER, Josephine / WOODS, Lorna / TWIGG-FLESNER, Christian / STEINER, Josephine, *EU law*, 9th ed., Oxford / New York: Oxford University Press, 2006.
- TILLOTSON, John / FOSTER, Nigel G., *Text, cases, and materials on European Union law*, 4th ed., London / Portland- Or.: Cavendish Pub., 2003.
- VILAÇA, José Luís da Cruz / PEREIRA, Mariana Martins, “Parental liability under the ECN+ Directive and its extension to accessory sanctions”, *Revista da Concorrência e Regulação* 42-43 (2020) 75-85.

Resumo: O presente estudo pretende discutir o valor jurídico dos considerandos preambulares nos actos jurídicos de direito derivado da União Europeia que não tenham respaldo na sua parte dispositiva.

O problema é discutido à luz da Directiva ECN+, cujo preâmbulo determina a necessidade de as autoridades nacionais da concorrência acederem a todas as formas de correspondência, incluindo mensagens de correio electrónico; imposição que está ausente das normas da directiva.

Palavras-chave: Direito da UE; considerandos; Directiva ECN+

*The Legal Value of Recitals in European Union Law:
Reflections on the Alleged Imposition of E-Mail Access
by National Competition Authorities*

Abstract: The purpose of this study is to discuss the legal value of preambular recitals (in European Union secondary legislation) not supported by its norms.

The problem is discussed in the light of the ECN+ Directive, whose preamble stipulates the need for national competition authorities to access all forms of communication, including e-mails; an imposition that is absent from the directive's rules.

Keywords: European Union Law; preambular recitals; ECN+ Directive

Afonso Patrão
Univ Coimbra, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito
ORCID 0000-0002-4624-9720