

## GONÇALVES PEREIRA, CASTELO BRANCO

Newsletter  
**Concorrência**

Português English

### Índice

**I. Orientações consolidadas da Comissão em matéria de controlo das concentrações**

**II. Caso Microsoft**

**III. Breves**

## I. Orientações consolidadas da Comissão em matéria de controlo das concentrações

Em 10 de Julho de 2007, a Comissão Europeia (doravante designada por "Comissão") adoptou uma comunicação jurisdicional codificada (doravante também designada por "Comunicação") com vista ao esclarecimento da sua prática actual em matéria de controlo das concentrações.

Esta Comunicação consolida os textos existentes e adapta os mesmos à luz das recentes decisões dos tribunais comunitários e do novo Regulamento das Concentrações Comunitárias<sup>1</sup> adoptado em 2004.

### 1. Objectivos

As novas orientações têm como objectivo prestar uma interpretação actualizada dos poderes da Comissão no âmbito da análise das transacções sujeitas ao Regulamento das Concentrações Comunitárias.

As orientações consolidadas vêm substituir as quatro Comunicações existentes adoptadas pela Comissão em 1998, sob o Regulamento das Concentrações anterior, o Regulamento da Comissão N.º 4064/89. São estas (i) a Comunicação da Comissão relativa ao conceito de concentração de empresas<sup>2</sup>; (ii) a Comunicação da Comissão relativa ao conceito de empresas comuns que desempenham todas as funções de uma entidade económica autónoma<sup>3</sup>; (iii) a Comunicação da Comissão relativa ao conceito de empresas em causa<sup>4</sup>; e (vi) a Comunicação da Comissão relativa ao cálculo do volume de negócios<sup>5</sup>.

A única Comunicação não abrangida pela comunicação jurisdicional codificada é a Comunicação da Comissão relativa à remessa de casos de concentrações<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas.

<sup>2</sup> OJ C 66, 02.03.1998, p. 5.

<sup>3</sup> OJ C 66, 02.03.1998, p.1.

<sup>4</sup> OJ C 66, 02.03.1998, p.14.

<sup>5</sup> OJ C 66, 02.03.1998, p.25.

<sup>6</sup> OJ C 56, 05.03.2005, p.2.

São assim abordados os seguintes temas:

- i. Conceito de concentração, incluindo a descrição do conceito de controlo (controlo exclusivo, controlo conjunto e alterações na qualidade do controlo) e as questões particulares que surgem nas relações de empresas comuns (incluindo o conceito de funcionalidade total (a dita *full-functionality*));
- ii. Abandono de uma concentração;
- iii. Noção de empresas em causa para o efeito de determinar se uma concentração tem dimensão comunitária;
- iv. A data relevante para determinar a jurisdição;
- v. Conceito de volume de negócios, seu cálculo, e forma de atribuição às empresas e geográfica;
- vi. Conversão do volume de negócios em euros; e
- vii. Regras especiais para o cálculo do volume de negócios de empresas financeiras e de seguros.

## 2. A nova Comunicação

Esta Comunicação surge no seguimento do projecto de comunicação, publicado em 28 de Setembro de 2006, que foi exposto para consulta até 1 de Dezembro de 2006. A versão, agora final, da Comunicação introduz alguns esclarecimentos e novas tomadas de posição da Comissão relativamente a operações de concentração, tendo sido abandonadas algumas propostas anteriormente avançadas no projecto.

As principais questões discutidas na nova Comunicação são as seguintes:

- i. Fundos de Investimento;
- ii. *Outsourcing*;
- iii. Alteração de controlo de forma duradoura à luz dos acordos de *antitrust warehousing*;
- iv. Ampliação do objecto de empresas comuns existentes.

### 2.1. Fundos de investimento

As novas orientações dedicam-se ao tema da aquisição de controlo por fundos de investimento. A Comissão refere que a análise de estruturas que envolvam fundos de investimento será efectuada casuisticamente. No entanto, com base na experiência anterior e na prática actual, estabelece algumas linhas gerais para uma

avaliação do controlo dos fundos de investimento sobre as empresas que fazem parte da carteira desses fundos.

Em função das circunstâncias, o controlo é normalmente exercido pela empresa de investimento que criou o fundo, sendo o próprio fundo apenas um meio de investimento e não tendo as empresas englobadas na carteira do fundo meios de gestão própria. Nestes casos, a Comissão considera que a empresa de investimento adquire controlo indirecto sobre as empresas da carteira e tem o poder de exercer direitos detidos directamente pelo fundo de investimento.

São igualmente desenvolvidas algumas linhas directrizes estabelecendo a forma de cálculo do volume de negócios relativamente aos fundos de investimento, referindo-se, nomeadamente, o caso de a empresa de investimento exercer o controlo sobre diferentes fundos reunidos sob uma denominação comum. Verificando-se tal situação, em que a empresa de investimento adquire controlo indirecto sobre uma empresa da carteira por via de um dos fundos, o volume de negócios a ter em consideração para aferir da verificação dos limiares legalmente previstos pelo Regulamento das Concentrações Comunitárias poderá mesmo abranger o volume de negócios de todas as empresas que integrem os diferentes fundos.

### 2.2. *Outsourcing*

Relativamente ao objecto de controlo, o Regulamento da Concentrações prevê que o mesmo pode ser constituído por uma ou por partes de empresas, ou pela totalidade ou por parte dos activos destas. A aquisição de controlo sobre esses activos só poderá ser considerado como uma concentração se os mesmos constituírem a totalidade ou parte de uma empresa, ou seja, uma actividade com presença no mercado à qual possa ser atribuído um volume de negócios.

Assim, a Comissão considera que algumas situações em que sejam transferidos activos e/ou pessoal para um prestador de serviços em *outsourcing*, como forma de assumir a prestação de uma actividade que era anteriormente prestada

internamente, podem constituir uma operação de concentração, na eventualidade de esses activos constituírem parte ou a totalidade de uma empresa, ou seja, uma actividade com acesso ao mercado. Exige-se, assim, que esses activos, anteriormente dedicados a actividades do vendedor prestadas internamente, possibilitem ao prestador de serviço em *outsourcing* prestar os seus serviços, não só aos clientes da actividade que foi objecto de *outsourcing*, como a terceiros, quer imediatamente após a transferência, quer a curto prazo. Os activos transferidos poderão incluir instalações de produção, saber-fazer necessário, contratos, pessoal, ou quaisquer outros elementos essenciais que permitam ao adquirente constituir uma presença no mercado num curto espaço de tempo.

### 2.3. Antitrust warehousing

Na nova Comunicação, sob a epígrafe de "aquisição de controlo", é definido o conceito de concentração adoptado pelo Regulamento das Concentrações, neste se incluindo as operações que traduzam uma alteração duradoura no controlo das empresas em causa e na estrutura do mercado.

Esta questão é também relevante para a avaliação de operações sucessivas, nas quais a primeira transacção tem uma natureza apenas transitória. Refere-se, neste contexto, o chamado "*antitrust warehousing*", hipótese não prevista na proposta de Comunicação e que visa situações nas quais a aquisição da empresa é efectuada por um comprador intermediário, normalmente um banco, por conta do comprador final, sendo este último quem suporta o risco económico e a quem são atribuídos direitos específicos. Nestes casos, em que a primeira transacção é realizada somente com o objectivo de facilitar a segunda transacção, estando o primeiro adquirente directamente relacionado com o adquirente final, a Comissão qualificará a aquisição de controlo, pelo adquirente final, como uma aquisição de controlo duradoura, em que a aquisição do controlo pelo adquirente intermediário constitui somente o primeiro passo de uma única concentração.

### 2.4. Alteração na actividade de empresas comuns

A ampliação do objecto da actividade de uma empresa comum poderá ser considerada como uma nova concentração e estar sujeita à obrigação de notificação caso essa ampliação englobe a aquisição da totalidade ou de parte de outra empresa das empresas-mãe que, considerada isoladamente, seria qualificada como concentração pelo Regulamento das Concentrações Comunitárias.

Uma concentração poderá igualmente surgir (i) se as empresas-mãe transferirem uma quantidade de activos substancial, contratos, saber-fazer ou outros direitos para a empresa comum, (ii) se esses activos e direitos constituírem a base ou o núcleo de uma extensão das actividades da empresa comum para outro mercado de produto ou geográfico que não faziam parte da empresa comum original, e (iii) se essas actividades forem desempenhadas de forma duradoura.

Também se pode verificar uma concentração no caso de uma mudança na actividade de uma empresa comum existente que, ao contrário da situação anterior, passe a desempenhar de forma duradoura todas as funções de uma entidade económica autónoma.

## 3. Conclusão

Apesar de não ser vinculativa, esta Comunicação reflecte a visão e a prática decisória da Comissão em alguns dos aspectos essenciais da jurisdição Comunitária, tomando-se assim uma ferramenta fundamental para a análise das concentrações em face da legislação comunitária da concorrência.

## II. Caso Microsoft

No mediático caso Microsoft Corporation contra Comissão das Comunidades Europeias (Processo T-201/04), o Tribunal de Primeira Instância confirmou, em 17 de Setembro de 2007, no essencial, a condenação da Microsoft por abuso de posição dominante decidida pela Comissão em 24 de Maio de 2006 (Processo COMP/C-

3/37.792 - Microsoft), bem como a totalidade da multa por esta determinada no montante de 497 milhões de euros.

A decisão da Comissão tinha considerado a existência de um abuso de posição dominante por parte Microsoft, em violação do artigo 82º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (doravante designado por "Tratado CE"), com fundamento em dois comportamentos considerados abusivos: a recusa de fornecimento e a subordinação.

Por um lado, a decisão da Comissão considerou abusivo a Microsoft recusar o fornecimento de informações a concorrentes que lhes permitissem conceber sistemas operativos de servidores de grupos de trabalho que pudessem integrar, ininterruptamente, a arquitectura do domínio "Active Directory", uma rede de protocolos interligados PC cliente-servidor e servidor-servidor, que organizam as redes de grupo de trabalho Windows.

Por outro lado, a decisão da Comissão considerou abusivo a Microsoft subordinar o Windows Media Player ao sistema operativo Windows para PC.

No que diz respeito à recusa de fornecimento abusiva, a decisão da Comissão ordenou à Microsoft a divulgação, no prazo de 120 dias, de forma completa e verdadeira, das informações que recusará fornecer e a autorização do seu uso para o desenvolvimento de produtos compatíveis, em termos razoáveis e não discriminatórios.

No que diz respeito ao abuso de subordinação, a decisão da Comissão ordenou à Microsoft que, no prazo de 90 dias, oferecesse aos utilizadores finais e aos fabricantes de equipamentos originais (OEM), para venda no Espaço Económico Europeu, uma versão completa do Windows sem o Windows Media Player instalado.

Na sua decisão, a Comissão ordenou ainda à Microsoft que lhe submetesse uma proposta para a criação de um sistema de monitorização com poder de acesso, independente da Comissão, à assistência, informação, documentos, instalações

e trabalhadores da Microsoft e ao código fonte dos produtos relevantes da Microsoft. Nos termos da decisão, todos os custos associados a essa monitorização seriam suportados pela Microsoft.

Não se conformando com a decisão da Comissão, em 7 de Junho de 2004, a Microsoft interpôs um recurso de anulação da decisão impugnada nos termos do artigo 230º do Tratado CE.

Por acórdão proferido em 17 de Setembro de 2007, o Tribunal de Primeira Instância confirmou as conclusões da Comissão quanto à existência de um abuso de posição dominante pela Microsoft, em violação do artigo 82º do Tratado CE.

No respeitante à recusa de fornecimento, o Tribunal de Primeira Instância concordou com a conclusão da Comissão no sentido de que os sistemas operativos de servidores de grupos de trabalho deviam poder integrar a arquitectura do domínio "Active Directory" da Windows em situação de igualdade com os sistemas operativos da Windows, por forma a poder competir no mercado.

No respeitante à subordinação do Windows Media Player ao sistema operativo Windows para PC, o Tribunal também concordou com a conclusão da Comissão no sentido de que esta consubstanciava uma subordinação abusiva que levaria a fragilizar a concorrência efectiva no mercado.

No entanto, o Tribunal de Primeira Instância anulou a decisão na medida em que esta ordenava à Microsoft que lhe submetesse uma proposta para a criação de um sistema de monitorização com poder de acesso, independente da Comissão Europeia, à assistência, informação, documentos, instalações e trabalhadores da Microsoft e ao código fonte dos produtos relevantes da Microsoft, e na medida em que todos os custos associados à essa monitorização seriam suportados pela Microsoft. Nessa matéria, o Tribunal de Primeira Instância considerou a falta de base legal, designadamente no Regulamento (CEE) n.º 17 do Conselho<sup>7</sup>, para a Comissão Europeia impor as referidas obrigações à Microsoft.

A Microsoft ainda não esclareceu se irá recorrer

<sup>7</sup> Regulamento (CEE) n.º 17 do Conselho: Primeiro regulamento de execução dos artigos 85º e 86º do Tratado CE (actualmente artigos 81º e 82º) [Jornal Oficial n.º 013 de 21.02.1962].

da decisão do Tribunal de Primeira Instância junto do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, direito que lhe assiste, nos termos do artigo 56º do Estatuto do Tribunal de Justiça, no prazo de dois meses após a notificação da sentença.

Fica, no entanto, registada a confirmação, por órgão jurisdicional da Comunidade Europeia, de uma decisão da Comissão considerada exemplar na sanção de comportamentos anti-concorrenciais de empresas, neste caso em situação de quase monopólio. Assinalável também é a condenação de uma empresa com dimensão mundial, a Microsoft, a disponibilizar informação privilegiada e a modificar a sua política de comercialização. Recordemos a multa aplicada sem precedentes no montante de 497 milhões de euros.

Resulta também do caso Microsoft a indiscutível confirmação dos poderes de fiscalização da Comissão Europeia em matéria de direito comunitário da concorrência; um formidável incentivo para as investigações pendentes e decisões futuras desta instituição.

## Breves

### 1. Condenação da empresa PT Comunicações ao pagamento de uma coima de 38 milhões de euros por abuso de posição dominante

A Autoridade da Concorrência (AdC) anunciou, no passado dia 2 de Agosto de 2007<sup>8</sup>, a aplicação de uma coima no valor de 38 milhões de euros à PT Comunicações do grupo Portugal Telecom (PT), naquela que é a maior coima de sempre e a primeira condenação por abuso de posição dominante em Portugal.

Este valor representa pouco menos de 2% do volume de negócios da empresa, embora, nos termos da lei aplicável, a mesma pudesse ter sido fixada até 10% dessa importância.

O processo começou com uma queixa da TvTel em 2003, tendo sido esta prática também denunciada pela Cabovisão em 2004. A AdC,

conforme referido no seu Comunicado, deu como provado o abuso da posição dominante da PT Comunicações por recusa de acesso à sua rede de condutas no subsolo aos concorrentes TvTel e Cabovisão. A AdC considerou que a infra-estrutura da PT tem uma posição dominante no mercado do acesso a infra-estruturas para efeitos de passagem de cabos e de infra-estruturas de comunicações electrónicas, bem como nos mercados relevantes situados a jusante nos quais a recusa produziu efeitos. A AdC explicou também que, em virtude desta recusa de acesso, as empresas concorrentes ficaram impedidas de cablar mais de 73 mil casas em todo o país, o que limitou a oferta de televisão por cabo, Internet de banda larga e telefone fixo.

A PT decidiu não aceitar esta decisão, tendo o presidente do grupo, Henrique Granadeiro, já manifestado a sua intenção de impugnar a mesma judicialmente.

### 2. Decisão Simplificada para operações de concentração

No dia 24 de Julho de 2007 a AdC anunciou<sup>9</sup> a aprovação de um procedimento de "Decisão Simplificada" que visa agilizar a análise dos processos de controlo prévio de concentrações de menor grau de complexidade, possibilitando a sua conclusão num período de tempo mais reduzido.

A "Decisão Simplificada" constitui, assim, uma "via rápida para operações de concentração"<sup>10</sup>, tendo por base a verificação de alguns pressupostos relativos aos termos e condições específicos da operação, bem como o eventual impacto desta na estrutura dos mercados relevantes ou relacionados.

Apesar de estar dependente de uma análise casuística, são enumerados diversos exemplos de situações que poderão estar sujeitas a este novo procedimento, como sejam operações das quais (i) não resulte uma alteração significativa da estrutura concorrencial do mercado; (ii) resulte a constituição de uma empresa comum, qualificável como operação de concentração, e cuja actividade económica no mercado nacional se estima que

<sup>8</sup> Ver Comunicado n.º 13/2007.

<sup>9</sup> Ver Comunicado n.º 12/2007.

<sup>10</sup> Idem.

venha a ser negligenciável ou inexistente, ou não se verificando a existência de efeitos horizontais e/ou verticais significativos; ou que (iii) não consubstanciem uma operação de concentração ou, ainda, não se encontrem abrangidas pela obrigatoriedade de notificação prévia.

### 3. Concentração TAP/Portugália: AdC autoriza operação, com condições e obrigações

No dia 5 de Junho de 2007<sup>11</sup> a Autoridade da Concorrência anunciou a sua decisão de não oposição relativamente à compra da Portugália (doravante também designada por "PGA") pela TAP. Esta decisão encontra-se condicionada ao cumprimento de uma série de condições e obrigações destinadas a garantir o cumprimento dos compromissos assumidos pela TAP, nomeadamente o de a empresa abrir a outras companhias as linhas Lisboa-Porto e do continente para o Funchal.

A operação TAP/PGA foi notificada em 15 de Novembro de 2006, tendo o Conselho da Autoridade da Concorrência decidido, em 28 de Março de 2007, passar, no processo de avaliação da operação de concentração, para a fase de investigação aprofundada (2ª fase).

Na análise deste processo, a AdC identificou 71 mercados relevantes, dos quais 70 dizem respeito ao transporte aéreo de passageiros e um ao mercado do *catering* de aviação.

Este conjunto de compromissos será fiscalizado e monitorizado pela AdC, que será acompanhada, para o efeito, por um mandatário independente, ao longo de um período de 5 anos.

### 4. Newsletter de acompanhamento dos mercados de combustíveis líquidos e gás engarrafado

Trimestralmente a AdC produz uma Newsletter de acompanhamento dos mercados de combustíveis líquidos e gás engarrafado. Em Setembro foi publicada a Newsletter n.º 16 correspondente ao segundo trimestre de 2007. Importa referir as conclusões principais da AdC:

- i. Baixo crescimento da procura e oferta internacional de crude em linha com verificado em 2006;
- ii. Sinais de inversão da tendência de decréscimo no consumo nacional de combustíveis rodoviários no 2.º trimestre de 2007;
- iii. Preço médio dos futuros do Brent, no 2.º trimestre de 2007, sobe 14% face ao preço médio do 1.º trimestre de 2007 e desce 9% face ao período homólogo de 2006;
- iv. Preço médio antes de impostos da gasolina sem chumbo 95 aumenta 31,8% nos mercados internacionais e 21,2% em Portugal no 2.º trimestre face ao 1.º trimestre de 2007;
- v. Preço médio antes de impostos do gasóleo no 2.º trimestre sobe 12,7% nos mercados internacionais e 8,4% em Portugal face ao 1.º trimestre de 2007;
- vi. Preço médio de venda ao público (doravante também designado por "PVP") aumenta 7,8% para a gasolina e 4,1% para o gasóleo do 1.º trimestre de 2007 para o 2.º trimestre de 2007 em território nacional;
- vii. Portugal apresentava o quinto preço antes de impostos mais elevado da União Europeia a 15 para a gasolina sem chumbo 95 e para o gasóleo. Na União europeia a 15, Portugal ocupou na última semana de Junho o quarto lugar no ranking dos países com o PVP mais elevado de gasolina e ficou a meio da tabela no ranking dos países com PVP do gasóleo mais elevado;
- viii. Manteve-se a tendência, iniciada no 2.º trimestre de 2006, de o preço antes de impostos da gasolina sem chumbo 95 ser sistematicamente superior em Portugal face à média da União Europeia a 15.
- ix. Regiões nacionais situam-se no meio da tabela no ranking Ibérico de dispersão de preços antes de impostos de ambos os combustíveis na última semana de Junho, com excepção do Algarve;
- x. Durante o 2.º semestre de 2007, os preços médios registados nos hipermercados foram 3,3% mais baixos do que os preços médios praticados nas auto-estradas para a gasolina sem chumbo 95 e 4,9% mais baixos do que os preços médios do gasóleo em postos de auto-estrada;
- xi. Preço do gás engarrafado no mercado nacional regista uma diminuição. O preço do gás butano e propano engarrafados desceu respectivamente 2,9% e 3,5% de Abril de 2006 par Abril de 2007.

<sup>11</sup> Comunicado n.º 10/2007.

## GONÇALVES PEREIRA, CASTELO BRANCO

O mercado de combustíveis líquidos caracteriza-se pela existência de um monopólio a nível da refinação e de um elevado nível de concentração na distribuição por retalho. Ora, na medida em que o preço do crude, a matéria prima, e os impostos assumem uma proporção relevante na fixação do preço de venda ao público, compreendemos a importância da análise económica produzida pela AdC trimestralmente, nomeadamente para aferir do poder de mercado efectivo dos vários intervenientes no sector.

Tratando-se de mercados regulados, importa relembrar que a AdC desempenha uma função de verificação das condições da concorrência neste sector, como em todos, com a colaboração do regulador sectorial, designadamente a Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE), de acordo com os seus estatutos e a Lei n.º 18/2003 de 11 de Junho.

### 5. Plano Anual de Actividades 2008 da Autoridade da Concorrência

Em 3 de Setembro de 2007, a AdC divulgou o Plano Anual de Actividades 2008 (doravante designado por "Plano"). Este plano foi elaborado com base no Plano Estratégico 2006-2008 e de

acordo com a política definida superiormente para actividade da AdC, e consta da Proposta Orçamental desta Autoridade para o ano de 2008.

Pretende-se, com este Plano, dar cumprimento ao estipulado nos Decretos-Lei n.ºs 155/92, de 28 de Julho, que estabelece o regime financeiro dos serviços e organismos da administração pública, e 183/96, de 27 de Setembro, que define os princípios a que deve obedecer a elaboração do plano e relatório anual de actividades dos serviços e organismos da administração pública.

Importa destacar os seguintes objectivos estratégicos determinados no Plano:

- i. Reforçar a aplicação da Lei da Concorrência;
- ii. Reforçar a capacidade institucional da Autoridade;
- iii. Acompanhar as condições concorrenciais dos mercados, com vista à melhoria da sua eficiência, numa óptica de bem-estar;
- iv. Reforçar e promover a cultura de concorrência - relações com os stakeholders;
- v. Colaborar com a Comissão Europeia e a Rede Europeia da Concorrência;
- vi. Cooperar internacionalmente no domínio da concorrência; e
- vii. Promover estudos e outras iniciativas para a investigação das ciências da concorrência.

A presente Newsletter foi elaborada pela Gonçalves Pereira, Castelo Branco & Associados com fins exclusivamente informativos, não devendo ser entendida como forma de publicidade.

A informação disponibilizada bem como as opiniões aqui expressas são de carácter geral e não substituem, em caso algum, o aconselhamento jurídico para a resolução de casos concretos, não assumindo a Gonçalves Pereira, Castelo Branco & Associados qualquer responsabilidade por danos que possam decorrer da utilização da referida informação. O acesso ao conteúdo desta newsletter não implica a constituição de qualquer tipo de vínculo ou relação entre advogado e cliente ou a constituição de qualquer tipo de relação jurídica. A presente newsletter é gratuita e a sua distribuição é de carácter reservado, encontrando-se vedada a sua reprodução ou circulação não expressamente autorizadas.

## Contactos

### LISBOA

Praça Marquês de Pombal, 1-8º • 1250-160 Lisboa  
Tel. (351) 21 355 3800 • Fax (351) 21 353 2362  
lisboa@gpcb.pt • www.gpcb.pt

### PORTO

Avenida da Boavista, 3265-3.3 • 4100-137 Porto  
Tel. (351) 22 616 6920 • Fax (351) 22 616 6949  
porto@gpcb.pt • www.gpcb.pt

Portuguese Tax Firm of the Year - 2007  
International Tax Review European Awards

## GONÇALVES PEREIRA, CASTELO BRANCO

Newsletter  
**Competition**

Português English

### Table of Contents

**I. Commission consolidated guidance on the control of concentrations**

**II. The Microsoft case**

**III. In Brief**

### I. Commission consolidated guidance on the control of concentrations

On 10 July 2007, the European Commission (hereinafter referred to as the "Commission") adopted a Jurisdictional Notice (hereinafter also referred to as "Notice") with a view to clarifying its current practice as regards the control of concentrations.

This Notice consolidates the existing texts and adapts them in light of recent rulings of the EU courts and of the new EU Merger Regulation<sup>1</sup> adopted in 2004.

#### 1. Purpose

The purpose of the Notice is to provide an up-to-date interpretation of the Commission's powers in the scope of the analysis of the transactions that are subject to the EU Merger Regulation.

The consolidated guidance replaces the four existing Notices adopted by the Commission in 1998, under

the previous Merger Regulation, Commission Regulation No. 4064/89, i.e. (i) the Commission Notice on the concept of the concentration of undertakings<sup>2</sup>; (ii) the Commission Notice on the concept of full-function joint ventures; (iii) the Commission Notice on the concept of undertakings concerned<sup>3</sup>; and (vi) the Commission Notice on calculation of turnover<sup>4</sup>.

The only Notice that is not covered by the Jurisdictional Notice is the Commission Notice on case referral in respect of concentrations<sup>5</sup>.

Thus, the following issues are addressed:

i. The concept of concentration, including a description of the concept of control (exclusive control, joint control and changes in the quality of control) and the particular issues that arise with respect to joint ventures (including the concept of full-functionality);

<sup>1</sup> Council Regulation (EC) No. 139/2004 of January 20, 2004, on the control of concentrations between undertakings.

<sup>2</sup> OJ C 66, 02.03.1998, p. 5.

<sup>3</sup> OJ C 66, 02.03.1998, p.14.

<sup>4</sup> OJ C 66, 02.03.1998, p.25.

<sup>5</sup> OJ C 56, 05.03.2005, p.2.

- ii. Abandonment of concentrations;
- iii. The notion of "undertakings concerned" for the purpose of determining if a concentration is of Community dimension;
- iv. Relevant date for establishing jurisdiction;
- v. The concept of turnover, the method for calculating turnover, allocation to undertakings and geographical allocation;
- vi. Conversion of turnover into EURO; and
- vii. Specific rules for the calculation of the turnover of financial institutions and insurance undertakings.

## 2. The new Notice

This Notice was issued following the draft Notice published on September 28, 2006, which was kept open for consultation until December 1, 2006. The now final version of the Notice introduces some clarifications and new stances of the Commission regarding concentrations, while some proposals previously envisaged in the draft Notice have been abandoned.

The main issues addressed in the new Notice are as follows:

- i. Investment Funds;
- ii. Outsourcing;
- iii. Change of control on a lasting basis in light of the antitrust warehousing agreement;
- iv. Enlargement of the scope of activities of existing joint ventures.

### 2.1. Investment funds

The new guidelines address the issue of acquisition of control by investment funds. The Commission states that the structures involving investment funds will be analysed on a case-by-case basis. On the other hand, based on past experience and current practice, it sets out some general rules to assess the control exercised by investment funds over portfolio companies.

Depending on the circumstances, control is normally exercised by the investment company which has set up the fund, as the fund is typically a mere investment vehicle and the portfolio companies do not have their own resources for management. In such cases, the Commission

considers that the investment company acquires indirect control over the portfolio companies and has the power to exercise the rights which are directly held by the investment fund.

The Notice also develops some guidelines setting out the method for calculating the turnover in the case of investment funds, referring specifically to the case of an investment company that exercises control over several funds brought together under a common name. If the investment company acquires indirect control over a portfolio company via one of the funds, the turnover of all portfolio companies held by different funds is taken into account for the purpose of assessing if the thresholds legally provided for by the EU Merger Regulation are met.

### 2.2. Outsourcing

As regards the nature of the control, the Merger Regulation provides that it may be based on one or parts of undertakings, or on the totality or parts of the assets of such entities. The acquisition of control over the assets may only be considered as a concentration if those assets constitute the whole or part of an undertaking, *i.e.* a business with a presence on the market, to which a turnover may be attributed.

Therefore, the Commission considers that some situations in which assets and/or personnel are transferred to a service provider under an outsourcing contract, so that an activity that had previously been carried out on an in-house basis may be provided, may constitute a concentration, if these assets represent the whole or part of an undertaking, *i.e.* a business with access to the market. This requires that the assets previously dedicated to in-house activities of the seller enable the outsourcing service supplier to provide services, not only to the outsourcing customer, but also to third parties, either immediately or within a short period after the transfer. The assets transferred should include production facilities, the required know-how, contracts, personnel or any other essential elements that allow the acquirer to create a presence on the market in a short timeframe.

### 2.3. Antitrust warehousing

In the new Notice, under the heading "acquisition of control", the concept of concentration adopted by the Merger Regulation is defined, including operations that bring about a lasting change in the control of the undertakings concerned and in the market structure.

This issue is also relevant to assess successive operations, in which the nature of the first transaction is merely transitional. In this context, we refer to "antitrust warehousing" as a case that is not foreseen in the Draft Notice and which envisages situations where the undertaking is acquired by an intermediate purchaser, normally a bank, on behalf of the final purchaser, whereas it is the latter that bears the economic risk and to whom specific rights are attributed. In such cases, in which the first transaction is performed with the sole purpose of facilitating the second transaction, as the first acquirer is directly related to the final acquirer, the Commission shall consider the acquisition of control by the final acquirer as the acquisition of lasting control, while the acquisition of control by the intermediate acquirer merely constitutes the first step of a single concentration.

### 2.4. Changes in the activities of joint ventures

The enlargement of the scope of activity of a joint venture may be considered to be a new concentration that may trigger a notification requirement if the enlargement entails the acquisition of the whole or part of another undertaking from the parent companies that would, considered alone, qualify as a concentration under the terms of the EU Merger Regulation.

A concentration may also arise (i) if the parent companies transfer significant additional assets, contracts, know-how or other rights to the joint venture, (ii) if these assets and these rights constitute the basis or nucleus of an extension of the activities of the joint venture to other product or geographic markets, which were not concerned

in the original joint venture, and (iii) if these activities are performed on a full-function basis.

A concentration may also arise if a change in the activity of an existing non-full-function joint venture occurs so that, unlike the previous situation, it starts to perform all of the functions of an autonomous economic entity on a full-function basis.

## 3. Conclusion

Despite the fact that it does not have a binding nature, this Notice reflects the Commission's viewpoint and decision-making practice in some of the essential aspects of the Community jurisdiction and represents, therefore, a major tool for the analysis of concentrations in light of the EU competition law.

## II. The Microsoft case

In the highly-publicised case between Microsoft Corporation and the Commission (Case T-201/04), the Court of First Instance confirmed, on 17 September 2007, as regards the essential grounds, the ruling against Microsoft for abuse of dominant position issued by the Commission on 24 May 2006 (Case COMP/C-3/37.792 - Microsoft), as well as the total fine imposed by the latter, amounting to EUR 497 million.

The Commission's decision had considered the existence of an abuse of dominant position by Microsoft, in breach of article 82 of the Treaty establishing the European Community (hereinafter referred to as the "EC Treaty"), on the grounds of two different abusive conducts: refusal to supply and subordination.

On the one hand, the Commission's decision considered that it was abusive for Microsoft to refuse to supply information to competitors that would allow them to conceive operating systems of work group servers which could seamlessly integrate the "Active Directory" domain architecture, a network of interconnected client PC-server and server-server protocols, which organises the Windows work group networks.

On the other hand, the Commission's decision considered that it was abusive for Microsoft to subordinate Windows Media Player to the Windows operating system for PC.

As regards the abusive refusal to supply, the Commission's decision ordered Microsoft to fully and accurately disseminate, within the timeframe of 120 days, the information that it had refused to provide and authorise the use of same for the development of compatible products under reasonable and non-discriminatory terms.

As regards the abuse of subordination, the Commission's decision ordered Microsoft to offer, for sale in the European Economic Space, end users and original equipment manufacturers (OEMs) a complete version of Windows without having the Windows Media Player installed, within the timeframe of 90 days.

In its decision, the Commission also ordered Microsoft to submit a proposal for the establishment of a monitoring trustee with the power to access, independently of the Commission, Microsoft's assistance, information, documents, premises and employees and the source code of the relevant Microsoft products. Under the terms of the decision, all of the costs associated to the appointment of the monitoring trustee would be borne by Microsoft.

In disagreement with the Commission decision, on June 7, 2004, Microsoft filed an appeal for the annulment of the decision, under the terms of article 230 of the EC Treaty.

In its judgement issued on September 17, 2007, the Court of First Instance confirmed the Commission's conclusions regarding the existence of an abuse of dominant position by Microsoft, in breach of article 82 of the EC Treaty.

As regards the refusal to supply, the Court of First Instance agreed with the Commission's conclusion in the sense that the operating systems of the work group servers should be able to integrate the Windows "Active Directory" domain architecture on an equal basis as the Windows operating systems, in order to be able to compete on the market.

As regards the subordination of the Windows Media Player to the Windows operating system for PC, the Court also agreed that this amounted to an abusive subordination that would weaken the effective competition on the market.

However, the Court of First Instance annulled the decision insofar as it ordered Microsoft to submit a proposal for the establishment of a monitoring trustee with the power to access, independently of the Commission, Microsoft's assistance, information, documents, premises and employees and the source code of the relevant Microsoft products and insofar as all of the costs associated to the appointment of the monitoring trustee would be borne by Microsoft. In this regard, the Court of First Instance considered the lack of legal grounds, specifically in the EC Regulation No. 17<sup>6</sup>, for the Commission to impose the aforementioned obligations on Microsoft.

Microsoft has still not informed whether if it would appeal against the ruling of the Court of First Instance before the Court of Justice, which it is entitled to do so, under the terms of article 56 of the Statute of the Court of Justice, within two months of the notification of the ruling.

In conclusion, a jurisdictional body belonging to the European Community has confirmed a decision of the Commission considered exemplary as regards the sanctioning of corporate conducts breaching antitrust legislation, in this case, in a quasi-monopoly situation. Also worthy to note is the fact that a company on an international dimension, Microsoft, has been ordered to make privileged information available and to alter its marketing policy. We should recall the unprecedented fine imposed, which amounts to EUR 497 million.

The Microsoft case is also indicative of the confirmation of the powers of the Commission in matters of EU antitrust law; which is a major incentive for underway investigations and future decisions to be adopted by this institution.

<sup>6</sup> Council Regulation (EEC) No. 17: first regulation to implement articles 85 and 86 of the EC Treaty (currently articles 81 and 82) [Official Journal No. 013 of 21.02.1962].

## Highlights

### 1. The Portuguese Competition Authority orders the undertaking PT Comunicações to pay a fine amounting to EUR 38 million for abuse of dominant position

On 2 August 2007<sup>7</sup>, the Portuguese Competition Authority (AdC) announced the imposition of a fine amounting to EUR 38 million on PT Comunicações, part of the Portugal Telecom (PT) group. This is the largest fine ever imposed and the first ruling against abuse of dominant position issued in Portugal.

This value only represents almost 2% of the undertaking's turnover, but, according to the terms of the applicable legislation, it could have been fixed up to 10% of the undertaking's turnover.

The case started with a complaint lodged by TvTel in 2003. This practice had also been reported by Cabovisão in 2004. As stated in its Notice, the AdC considered that the abuse of dominant position by PT Comunicações had been proven by the fact that it denied its competitors TvTel and Cabovisão access to its underground cabling networks. The AdC considered that the PT infrastructure had a dominant position in the market of access to infrastructure for the purpose of passing cables and electronic communications' devices, as well as in downstream markets where this refusal produced effects. The AdC also explained that, by virtue of this refusal of access, the competitor undertakings were prevented from extending cabling to more than 73 thousand homes throughout the country, thereby limiting the offer of cable television, broadband Internet and fixed telephony.

PT decided not to accept this decision, as the chairperson of the group, Henrique Granadeiro, has already declared his intention to challenge this decision in court.

### 2. Simplified Decision for concentrations

On July 24, 2007, the AdC announced<sup>8</sup> the

adoption of a "Simplified Decision" procedure intended to speed up the analysis of the prior control for less complex concentrations, allowing them to be implemented in a shorter timeframe.

The "Simplified Decision" constitutes, therefore, a "fast track for concentrations"<sup>9</sup>, based on the verification of some requirements with respect to the specific terms and conditions of the concentration, as well as the possible impact of the latter on the structure of the relevant or related markets.

Although it depends on a case-by-case analysis, the "Simplified Decision" enumerates various examples of situations that may be subject to this new procedure, as operations that (i) do not result in a significant change on the competitive structure of the market; (ii) result in the constitution of a joint venture, which qualifies as a concentration and whose economic activity in the national market is estimated to be negligible or non-existent, or if the existence of significant horizontal and/or vertical effects is not detected; or (iii) are not concentrations or to which the mandatory prior notification does not apply.

### 3. TAP/Portugália merger: the AdC authorises the operation, subject to conditions and obligations

On June 5, 2007<sup>10</sup>, the AdC announced its decision not to oppose the acquisition of Portugália (hereinafter also referred to as "PGA") by TAP. This decision is subject to compliance by the undertakings with a series of conditions and obligations intended to guarantee that the commitments undertaken by TAP are met, i.e. that the company should open the routes between Lisbon and Porto and between the continent and Funchal to other airlines.

The TAP/PGA concentration was notified on November 15, 2006, and the AdC decided, on March 28, 2007, to move to the detailed stage of investigation (2nd stage) in the process of assessing the concentration.

In the analysis of this case, the AdC identified 71 relevant markets, of which 70 referred to the air transport of passengers and one to the aviation

<sup>7</sup> See Notice no. 13/2007.

<sup>8</sup> See Notice No. 12/2007.

<sup>9</sup> Idem.

<sup>10</sup> Notice No. 10/2007.

catering market.

This set of commitments will be supervised and monitored by the AdC, accompanied for this purpose by an independent agent, over a 5 years period.

#### 4. Follow-up newsletter on the liquid and bottled gas fuel markets

The AdC releases a follow-up newsletter on the liquid and bottled gas fuel markets on a quarterly basis. Newsletter No. 16, corresponding to the second quarter of 2007, was published in September.

These are the main conclusions adopted by the AdC:

- i. Low growth in world crude oil demand and supply in line with the growth registered in 2006;
- ii. Signs of inversion of the downward trend in the national consumption of railway fuels in the 2nd quarter of 2007;
- iii. Average price of Brent futures in the 2nd quarter of 2007 went up by 14% when compared to the average price in the 1st quarter of 2007 and went down 9% when compared to the same period in 2006;
- iv. Average price before tax of 95 unleaded petrol increased by 31.8% in international markets and by 21.2% in Portugal in the 2nd quarter, when compared to the 1st quarter of 2007;
- v. Average price before tax of petrol in the 2nd quarter went up by 12.7% in international markets and by 8.4% in Portugal when compared to the 1st quarter of 2007;
- vi. The average retail price (hereinafter also referred to as "ARP") increased by 7.8% for petrol and 4.1% for petrol between the 1st quarter of 2007 and the 2nd quarter of 2007 in national territory;
- vii. Portugal had the fifth highest price before tax in the 15-member European Union for 95 unleaded petrol and diesel. In the 15-member European Union, Portugal occupied in the last week of June the fourth place in the ranking of countries with the highest ARP for petrol and was half-way down the table in the ranking of countries with the highest ARP for diesel;
- viii. The trend started in the 2nd quarter of 2006; since then the price before tax of 95 unleaded petrol is systematically higher in Portugal when compared to the average in the 15-member European Union.

ix. National regions are half-way down the table in the Iberian ranking of the dispersion of the prices before tax of both fuels in the last week of June, with the exception of the Algarve;

x. During the 2nd semester of 2007, the average prices registered in hypermarkets were 3.3% lower than the average prices on motorways for 95 unleaded petrol and 4.9% lower than the average prices of diesel at motorway service stations;

xi. There was a drop in the price of bottled gas in the national market. The price of bottled butane and propane gas dropped by 2.9% and 3.5% respectively, between April 2006 and April 2007.

The liquid fuels market is characterised by the existence of a monopoly at the refining stage and of a high degree of concentration in retail distribution. As the price of crude (the raw material) and the taxes account for a relevant proportion in the setting of the retail price, one easily understands the importance of the economic analysis produced by the AdC on a quarterly basis, namely aiming at evaluating the effective market power of the various stakeholders in the sector.

Given that these are regulated markets, it is important to remember that the AdC is in charge of verifying the conditions of competition in this sector, like in all the other sectors, with the collaboration of the sectoral regulator, i.e. the Portuguese Energy Services Entity, *Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE)*, under the terms of its articles of association and the Competition Act (Law No. 18/2003, of June 11).

#### 5. Annual Activities Plan for 2008 of the AdC

On September 3, 2007, the AdC published its Annual Activities Plan for 2008 (hereinafter referred to as the "Plan"). This plan was drawn up on the basis of the Strategic Plan for 2006-2008 and in accordance with the policy defined at a higher level for the activity of the AdC, and is included in Budgetary Proposal of this Authority for the year 2008.

## GONÇALVES PEREIRA, CASTELO BRANCO

This Plan is intended to comply with the terms of Decree Laws No. 155/92, of July 28, which establishes the financial framework applicable to public administration departments and bodies, and No. 183/96, of September 27, which defines the principles to be complied with when drawing up the plan and annual report on the activities of public administration departments and bodies.

The following strategic objectives laid out in the Plan may be highlighted:

- i. To reinforce application of the Competition Act;
- ii. To reinforce the institutional capacity of the Authority;
- iii. To monitor the competition conditions on the markets, with a view to improving their efficiency, from a well-being perspective;
- iv. To reinforce and promote the competition culture - relations with *stakeholders*;
- v. To collaborate with the European Commission and the European Competition Network;
- vi. To cooperate at an international level in the field of competition; and
- vii. To promote studies and other initiatives to research competition sciences.

This Newsletter was prepared by Gonçalves Pereira, Castelo Branco & Associados for information purposes only and should not be understood as a form of advertising. The information provided and the opinions herein expressed are of a general nature and should not, under any circumstances, be a replacement for adequate legal advice for the resolution of specific cases. Therefore Gonçalves Pereira, Castelo Branco & Associados is not liable for any possible damages caused by its use. The access to the information provided in this newsletter does not imply the establishment of a lawyerclient relation or of any other sort of legal relationship. This Newsletter is complimentary and the copy or circulation of the same without previous formal authorization is prohibited.

## Contact

### LISBON

Praça Marquês de Pombal, 1-8º • 1250-160 Lisbon  
Tel. (351) 21 355 3800 • Fax (351) 21 353 2362  
lisboa@gpcb.pt • www.gpcb.pt

### OPORTO

Avenida da Boavista, 3265-3.3 • 4100-137 Oporto  
Tel. (351) 22 616 6920 • Fax (351) 22 616 6949  
porto@gpcb.pt • www.gpcb.pt