

GONÇALVES PEREIRA, CASTELO BRANCO

Newsletter

Concorrência

Português English

Índice

I. A reforma no domínio da concorrência realizada pelo Tratado de Lisboa**II. Orientações da Comissão para apreciação de concentrações não horizontais****1. Introdução****2. Objecto****3. Aspectos gerais****4. Possíveis ganhos de eficiência****5. Zona de segurança****6. Possíveis efeitos anti-concorrenciais****6.1. Efeitos não coordenados****6.2. Efeitos coordenados****7. Conclusão****III. Breves**

1. Lei Volkswagen (Acórdão do Tribunal de Justiça no processo C-112/05, Comissão c. Alemanha)

2. Cartel do Sal (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º7251/07-3, de 07.11.07)

3. A Comissão proíbe as taxas multilaterais de intercâmbio aplicadas no Espaço Económico Europeu ("EEA") pela MasterCard

4. Comunicação da Comissão para uma aplicação efectiva das decisões da Comissão que exigem que os Estados-Membros procedam à recuperação de auxílios estatais ilegais e incompatíveis (publicada no JOUE N.º 272/C, de 15.11.2007)

1 O Artigo 3º, n.º 1, do Tratado CE, define a acção da Comunidade. O Artigo 3º, n.º 1, alínea g), do Tratado CE actualmente dispõe: "*Para alcançar os fins enunciados no artigo 2.º, a acção da Comunidade implica, nos termos do disposto e segundo o calendário previsto no Tratado: [...] Um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno*".

I. A reforma no domínio da concorrência realizada pelo Tratado de Lisboa

Para ultrapassar a crise institucional, que se seguiu à tentativa falhada de estabelecer uma Constituição para a Europa, o Conselho Europeu, reunido em 21 e 22 de Junho de 2007, decidiu convocar uma Conferência Intergovernamental com vista a alterar os tratados em vigor, a fim de reforçar a eficácia e a legitimidade democrática da União alargada, bem como a coerência da sua acção externa.

Posteriormente, na cimeira informal de Lisboa de 18 e 19 de Outubro de 2007, o Conselho Europeu acordou no texto do Tratado de Lisboa e, no passado dia 13 de Dezembro de 2007, os representantes dos 27 Estados-Membros assinaram, em Lisboa, o Tratado de Lisboa, que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia (doravante "Tratado de Lisboa").

O Tratado de Lisboa terá de ser ratificado pelos Estados-Membros de acordo com as respectivas normas constitucionais e entrará em vigor no dia 1 de Janeiro de 2009, se tiverem sido depositados todos os instrumentos de ratificação, ou no primeiro dia do mês seguinte ao do depósito do último instrumento de ratificação.

No que respeita às regras da concorrência, ao contrário do que ocorre em relação às regras substantivas, previstas no Tratado que institui a Comunidade Europeia (denominado "Tratado sobre o funcionamento da União Europeia"), que se mantêm inalteradas, os Estados-Membros acordaram, em Junho de 2007, em retirar do Tratado o princípio da concorrência não falseada estabelecido no Artigo 3º, n.º 1, alínea g)¹, do Tratado CE e criar um "Protocolo relativo ao

Mercado Interno e à Concorrência" que integra o clausulado do Artigo 3.º, n.º 1, alínea g)².

Afigura-se difícil antever com exactidão quais as consequências desta reforma realizada pelo Tratado de Lisboa sobre o direito comunitário da concorrência. Por um lado, o novo "Protocolo relativo ao Mercado Interno e à Concorrência" tem natureza jurídica vinculativa e as regras materiais da concorrência estabelecidas no Tratado CE mantêm-se inalteradas. Por outro lado, tendo em conta a jurisprudência comunitária e a importância interpretativa reconhecida pelos Tribunais Europeus aos primeiros artigos de princípio do Tratado CE³, dificilmente se poderá considerar que um princípio de concorrência simplesmente previsto nos considerandos de um Protocolo tenha um efeito interpretativo idêntico.

Algumas das consequências possíveis para a aplicação de uma política de concorrência são, por exemplo, permitir a restrição do conceito de fontes de ajudas de Estado e potenciar um incremento das autorizações de operações de concentração fundadas em razões de política industrial.

Só a prática da Comissão e dos Tribunais Comunitários trará uma resposta concreta à questão em análise e, eventualmente, confirmará a tese do enfraquecimento das regras da concorrência em resultado do Tratado de Lisboa.

No entanto, parece-nos indiscutível que esta reforma da concorrência sustenta as tentativas crescentes dos Estados-Membros no sentido de protegerem ou de criarem "campeões nacionais". Tudo indica que a opinião dominante irá no sentido de que o Tratado de Lisboa acarreta, pelo menos politicamente, um forte argumento para esta actuação dos Estados-Membros e poderá resultar, eventualmente, numa relutância da parte da Comissão em intervir.

II. Orientações da Comissão para a apreciação das concentrações não horizontais

1. Introdução

No dia 28 de Novembro de 2007, a Comissão

Europeia aprovou as Orientações para a apreciação das concentrações não horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas ("Orientações").

2. Objecto

As Orientações, baseadas na experiência da Comissão assim como na jurisprudência dos Tribunais Europeus, contêm as linhas fundamentais para a apreciação das chamadas "concentrações não horizontais", nas quais participam empresas activas em diferentes mercados.

Os dois tipos de concentrações não horizontais abordados são (i) as concentrações verticais - que incluem empresas que operam a diferentes níveis da cadeia de produção; e (ii) as concentrações conglomeradas - concentrações entre empresas sem qualquer relação quer vertical quer horizontal sendo que, no que respeita a estas Orientações, o enfoque é dado às concentrações entre empresas que são activas em mercados relacionados (por ex. concentrações envolvendo fornecedores de produtos complementares).

As Orientações destinam-se a aferir se de uma concentração resultam ou não entraves significativos à concorrência efectiva, através da descrição das principais situações de efeitos anti-concorrenciais e ganhos de eficiência.

3. Aspectos gerais

No seu processo de apreciação de operações de concentração, a Comissão compara as condições de concorrência resultantes da concentração notificada com as condições que se verificariam se a concentração não fosse realizada, considerando quer os possíveis efeitos anti-concorrenciais resultantes da concentração, quer os possíveis efeitos pró-concorrenciais resultantes de ganhos de eficiência substanciais que beneficiem os consumidores.

4. Possíveis ganhos de eficiência

A Comissão reconhece que, em geral, as concentrações não horizontais são menos susceptíveis de provocarem entraves significativos à concorrência efectiva do que as concentrações

2 Nos termos do "Protocolo relativo ao Mercado Interno e à Concorrência", "As Altas Partes Contratantes, tendo em conta que o mercado interno, tal como estabelecido no artigo 2.º do Tratado da União Europeia, inclui um sistema que assegura que a concorrência não seja falseada, acordaram em que, para esse efeito, a União, se necessário, toma medidas ao abrigo do disposto nos tratados, incluindo do artigo 308.º do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia. O presente protocolo vem anexo ao Tratado da União Europeia e ao Tratado sobre o funcionamento da União Europeia".

3 Exemplos são: Acórdão do Tribunal de Justiça, de 21 de Fevereiro de 1973, Processo 6/72, *Continental Can contra Comissão*, Acórdão do Tribunal de Justiça, de 20 de Setembro de 2001, Processo C-453/99, *Courage contra Crehan*, Acórdão do Tribunal de Justiça, de 15 de Março de 2007, Processo C-95/04 P, *British Airways contra Comissão*, Acórdão do Tribunal de Justiça, de 21 de Setembro de 1999, Processo C-67/96, *Albany International BV contra Stichting Bedrijfspen*, Acórdão do Tribunal de Justiça, de 16 de Novembro de 1977, Processo 13/77, *GB-INNO contra ATAB*, Acórdão do Tribunal de Justiça, de 9 de Setembro de 2003, Processo C-198/01, *CIF*, Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 12 de Dezembro de 1996, T-358/94 -2/93, *Air France contra Comissão*,

horizontais, gerando, frequentemente, ganhos de eficiência, nomeadamente, internalização de margens de vendas, diminuição dos custos de transacção, poupanças de custos (quer do lado da produção quer do lado do consumo) e o assegurar de uma melhor compatibilidade e qualidade de componentes complementares.

5. Zona de segurança

A Comissão reconhece que as concentrações não horizontais são menos susceptíveis de apresentarem preocupações concorrenciais, na medida em que a quota de mercado da nova entidade, após a concentração, em cada um dos mercados relevantes, seja inferior a 30%, e o Índice de Herfindahl-Hirschman pós-concentração seja inferior a 2000. A Comissão não efectuará uma investigação exaustiva de tais concentrações, excepto se se verificarem alguma ou algumas das seguintes circunstâncias especiais: (a) a concentração respeita a uma entidade que apresenta uma forte probabilidade de expansão num futuro próximo; (b) existem membros do órgão de administração em comum ou participações cruzadas significativas entre os participantes no mercado accionistas; (c) uma das empresas na concentração apresenta uma grande probabilidade de perturbar o comportamento coordenado; (d) indícios de coordenação passada ou presente, ou de práticas que a facilitam.

6. Possíveis efeitos anti-concorrenciais

Contudo, existem circunstâncias nas quais das concentrações não horizontais poderão resultar entraves significativos à concorrência efectiva, em especial através da criação ou reforço de uma posição dominante. A Comissão identifica duas formas pelas quais esta situação poderá ocorrer: efeitos não coordenados e efeitos coordenados.

6.1. Efeitos não coordenados

Os efeitos não coordenados surgem, principalmente, quando uma concentração não horizontal provoca um encerramento do mercado, ou seja, qualquer situação pela qual o acesso a matérias-primas ou mercados pelos concorrentes actuais ou potenciais for ameaçado ou eliminado como resultado da concentração, diminuindo a possibilidade ou incentivo dessas empresas em concorrerem.

As principais questões que se levantam a este respeito são:

- **Encerramento de um mercado a montante**

O encerramento de um mercado a montante surge quando, após a concentração, a nova entidade seja susceptível de restringir o acesso aos produtos ou serviços que, no caso de não realização da operação de concentração, seriam fornecidos ou sê-lo-iam em melhores condições, elevando, conseqüentemente, os custos dos seus concorrentes nos mercados a jusante.

- **Limitação/impedimento de acesso a clientes**

Poderá ocorrer uma limitação/impedimento de acesso a clientes quando um fornecedor se integra com um cliente importante no mercado a jusante. Esta situação poderá levar a um aumento dos custos dos concorrentes no mercado a jusante por lhes dificultar a obtenção de fornecimentos a preços e condições semelhantes às que se verificariam se a operação de concentração não fosse realizada e permitir à entidade resultante da concentração lucrar através do estabelecimento de preços mais elevados no mercado a jusante.

- **Acesso a informação comercialmente sensível**

A entidade resultante da concentração poderá, através da integração vertical, ganhar acesso a informação comercialmente sensível relativamente às actividades a montante ou a jusante, possibilitando-lhe estabelecer preços menos agressivos no mercado a jusante, em detrimento dos consumidores.

- **Alavancagem**

Apesar de as concentrações conglomeradas normalmente não suscitarem problemas concorrenciais, a combinação de produtos em mercados relacionados pode conferir à entidade resultante da concentração a capacidade e incentivo para fazer repercutir a sua forte posição num mercado noutra mercado através da subordinação da celebração de contratos relativos a determinados produtos à aquisição de outros produtos (*tying* e *bundling*) ou outras práticas de exclusão. Estas práticas podem, em certas circunstâncias, levar a uma diminuição da capacidade ou incentivo à concorrência por parte dos concorrentes actuais ou potenciais, reduzindo a pressão concorrencial sobre a entidade resultante da concentração, permitindo-a aumentar os preços.

6.2. Efeitos coordenados

Poderão surgir efeitos coordenados quando uma concentração (i) altere a natureza da concorrência, de forma a que as empresas que anteriormente não coordenavam o seu comportamento são agora muito mais susceptíveis de o coordenar e de aumentar os preços ou de prejudicar de qualquer outra forma a concorrência efectiva, ou (ii) torna a coordenação mais fácil ou mais eficiente para as empresas que já coordenavam o seu comportamento antes da concentração.

Para a coordenação ser sustentável é necessário estarem preenchidas três condições: (i) as empresas que participam na coordenação deverão poder controlar, de forma suficiente, se as condições de coordenação estão a ser cumpridas; (ii) devem existir mecanismos de dissuasão credíveis que possam ser activados quando é detectado um desvio; e (iii) as reacções das empresas terceiras, como os concorrentes actuais e potenciais que não participam na coordenação, e também dos clientes, não deverão poder prejudicar os resultados esperados da coordenação.

7. Conclusão

A transparência que as Orientações consagram é, sem dúvida alguma, vista com muito bons olhos, uma vez que possibilita às empresas conhecer os princípios utilizados pela Comissão na apreciação de concentrações não horizontais. Não obstante, alguns aspectos constantes neste documento são ainda controversos entre economistas, académicos e tribunais, permanecendo necessária uma maior clarificação na execução das mesmas.

III. Breves

1. Lei Volkswagen (Acórdão do Tribunal de Justiça no processo C-112/05, Comissão c. Alemanha, de 23.10.2007)

Em 23 de Outubro de 2007, o Tribunal de Justiça, no processo C-112/05 - Comissão das Comunidades Europeias vs. República Federal da

Alemanha, considerou que a República Federal da Alemanha não cumpriu as suas obrigações que lhe incumbem por força da livre circulação de capitais, ao manter em vigor as disposições da "Lei Volkswagen". A "Lei Volkswagen", que visa a protecção da empresa de uma possível oferta pública de aquisição hostil, limita o direito de voto dos accionistas a um máximo de 20%, fixa a minoria de bloqueio em 20% e confere ao Estado Federal e ao Land da Baixa Saxónia o direito de designarem, cada um, dois representantes no conselho geral e de supervisão.

A lei deverá, agora, ser alterada pelas autoridades Alemãs de forma a respeitar a decisão do Tribunal Europeu. Tudo indica que este acórdão terá, ainda, repercussões ao nível da avaliação das "golden shares" nos vários Estados-Membros.

2. Cartel do Sal (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º7251/07-3, de 07.11.07)

Em 7 de Novembro de 2007, o Tribunal da Relação de Lisboa emitiu a sua decisão no processo conhecido como o "Cartel do Sal", tornando-se este o primeiro caso de cartel detectado e sancionado pela Autoridade da Concorrência (AdC) a ser confirmado pelos Tribunais.

O Tribunal da Relação de Lisboa julgou improcedentes os recursos apresentados, confirmando a decisão da AdC de participação das sociedades Vatel - Companhia de Produtos Alimentares, S.A., Salexpor - Companhia Portuguesa de Sal Higienizado, S.A., Sociedade Aveirense de Higienização de Sal, Lda., e Salmex - Sociedade Refinadora de Sal, Lda. num cartel, através da repartição e fixação das quotas de mercado no mercado do sal, da fixação directa de preços, da repartição de clientela e da definição conjunta de condições comerciais. O Tribunal da Relação de Lisboa manteve os montantes das coimas aplicadas pelo Tribunal de Comércio de Lisboa que, no entanto, tinham já sido significativamente reduzidos (em especial no que respeita à empresa Vatel) em relação aos montantes aplicados pela AdC.

GONÇALVES PEREIRA, CASTELO BRANCO

3. A Comissão proíbe as taxas multilaterais de intercâmbio aplicadas no Espaço Económico Europeu ("EEE") pela MasterCard

Em 19 de Dezembro de 2007, a Comissão Europeia decidiu que as taxas multilaterais de intercâmbio ("TMI") da MasterCard para as transacções transfronteiriças com cartões MasterCard e Maestro de débito e de crédito ao consumo, no EEE, violavam as regras do Tratado CE relativas às práticas comerciais restritivas (artigo 81º). A Comissão concluiu que as TMI da MasterCard, uma taxa cobrada por cada pagamento efectuado num posto de venda quando o pagamento é processado, inflacionavam o custo de aceitação do cartão pelos retalhistas sem trazer, comprovadamente, quaisquer eficiências. A MasterCard tem agora seis meses para dar cumprimento à ordem da Comissão de terminar esse sistema de comissões. Caso a MasterCard não cumpra essa ordem, a Comissão poderá impor uma penalidade diária correspondente a 3,5% do seu volume de negócios global diário realizado no

ano financeiro anterior. As TMI não foram consideradas ilegais enquanto tais. No entanto, no entender da Comissão, uma TMI num sistema aberto de pagamento com cartão como o da MasterCard só poderia ser compatível com as regras comunitárias da concorrência se contribuísse técnica e economicamente para o progresso e beneficiasse os consumidores, o que não se demonstrou no caso em apreço.

4. Comunicação da Comissão para uma aplicação efectiva das decisões da Comissão que exigem que os Estados-Membros procedam à recuperação de auxílios estatais ilegais e incompatíveis (publicada no JOUE N.º 272/C, de 15.11.2007)

Esta Comunicação da Comissão visa tornar mais transparente a aplicação dos princípios da política de recuperação de auxílios estatais ilegais por parte daquela entidade e dos Tribunais Comunitários.

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

Contents

- I. The competition reform adopted by the Treaty of Lisbon**
- II. Commission guidelines on the assessment of non-horizontal mergers**
 - 1. Introduction
 - 2. Purpose
 - 3. Framework
 - 4. Possible pro-competitive efficiencies
 - 5. Safe harbour
- 6. Possible anti-competitive effects**
 - 6.1. Non-coordinated effects**
 - 6.2. Coordinated effects**
 - 7. Conclusion
- III. Highlights**
 - 1. Volkswagen Law (Judgment of the Court of Justice in Case C-112/05: Commission v. Germany)
 - 2. Salt cartel case (Judgment of the Lisbon Court of Appeal, Case no. 7251/07-3 of 07.11.07)
 - 3. Commission prohibits MasterCard's intra-European Economic Area ("EEA") Multilateral Interchange Fees
 - 4. Notice from the Commission towards an effective implementation of Commission decision ordering Member States to recover unlawful and incompatible State aid (published in OJ No. 272/C, de 15.11.2007)

I. The competition reform adopted by the Treaty of Lisbon

At the European Summit held on 21 and 22 June 2007, the European Council attempted to overcome the institutional impasse following the failed attempt to establish a Constitution for Europe and agreed on the convening of an Intergovernmental Conference (IGC), in order to amend the existing treaties with a view to enhancing the efficiency and democratic legitimacy of the enlarged Union, as well as the coherence of its external action.

Afterwards, at the informal European Summit held in Lisbon on 18 and 19 October 2007, the European Council agreed on the Reform Treaty text, and, on 13 December 2007, the representatives of the 27 Member States signed,

in Lisbon, the Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community (hereinafter "Treaty of Lisbon").

The Treaty of Lisbon will have to be ratified by the Member States in accordance with their respective constitutional requirements and will enter into force on 1 January 2009, provided that all instruments of ratification have been deposited, or on the first day of the month following the deposit of the last instrument of ratification.

Regarding competition rules, while the substantive rules provided in the Treaty establishing the European Community (renamed "Treaty on the functioning of the European Union") remain

unchanged, agreement was reached by the Member States in June 2007 to remove the undistorted competition principle contained in Article 3(1)(g) of the EC Treaty¹ and create a "Protocol on the Internal Market and Competition" that includes the wording from Article 3(1)(g)².

It is difficult to foresee the exact consequences for EC Competition Law of the competition reform established by the Treaty of Lisbon. On the one hand, the created "Protocol on the Internal Market and Competition" has a legally binding nature and substantive rules on competition remain unchanged. On the other hand, given the existing European case-law and the interpretative importance recognized to the first few "principle" articles of the EC Treaty by the European Courts³, it is hardly imaginable that a competition principle simply provided in the preamble of a Protocol would have the same interpretative effect.

Some of the possible consequences on competition enforcement, are, for example, restricting the scope of the notion of the sources of State aid and permitting merger clearance on broader industrial policy grounds.

Only case-law and future action taken by the Commission and the European Courts will provide a concrete answer to the question at stake, and eventually confirm the alleged undermining of EC Competition Law by the Treaty of Lisbon.

Nevertheless, it seems undeniable that the competition reform gives strength to the increasing attempts of European Member States to protect or create "national champions". It seems that the common opinion will be that the Lisbon Treaty will provide, at least politically, a strong argument to such State action and eventually result in a reluctance of the Commission to intervene.

II. Commission guidelines on the assessment of non-horizontal mergers

1. Introduction

On November 28, 2007 the European Commission adopted the Guidelines on the assessment of non-

horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings ("Guidelines").

2. Purpose

These Guidelines, based on the Commission past experience as well as on the case-law of the European Courts, provide the guidance to the assessment of the so-called "non-horizontal mergers", i.e. where the undertakings concerned are active on different markets.

The two types of non-horizontal mergers concerned are (i) vertical mergers - which involve companies operating at different levels of the supply chain; and (ii) conglomerate mergers - mergers between firms that do not have a horizontal nor vertical relationship, and, regarding the Guidelines, the focus is on mergers between firms that are active in closely related markets (e.g. mergers involving suppliers of complementary products).

The guidelines aim at appraising whether or not a concentration would significantly impede effective competition, describing the main scenarios of competitive harm and sources of efficiencies.

3. Framework

In assessing a merger, the Commission compares the competitive conditions that would result from the notified merger with the conditions that would have prevailed without the merger, considering both the possible anti-competitive effects arising from the merger and the possible pro-competitive effects stemming from substantiated efficiencies benefiting consumers.

3.1. Possible pro-competitive efficiencies

The Commission recognizes that non-horizontal mergers are generally less likely to significantly impede effective competition than horizontal mergers, and often generate pro-competitive efficiencies, notably the internalisation of double mark-ups, lower transaction costs, cost savings in the form of

1 Article 3(1) of the EC treaty lays down the activities of the Community. Article 3(1)(g) currently provides: "For the purposes set out in Article 2, the activities of the Community shall include, as provided in this Treaty and in accordance with the timetable set out therein: [...] a system ensuring that competition in the internal market is not distorted".

2 Under the terms of the "Protocol on the Internal Market and Competition", "The High Contracting Parties, considering that the internal market as set out in Article 2 of the Treaty on European Union includes a system ensuring that competition is not distorted, have agreed that: to this end, the Union shall, if necessary, take action under the provisions of the treaties, including under Article 308 of the Treaty on the functioning of the European Union. This protocol shall be annexed to the Treaty on European Union and to the Treaty on the functioning of the European Union".

3 Examples are: Judgment of the Court of 21 February 1973, Case 6/72, *Continental Can v Commission*, 3 Judgment of the Court of 20 September 2001, Case C-453/99, *Courage v Crehan*, Judgment of the Court of 15 March 2007, Case C-95/04 P, *British Airways v Commission*, Judgment of the Court of 21 September 1999, Case C-67/96, *Albany International BV v Stichting Bedrijfsvereniging*, Judgment of the Court of 16 November 1977, Case 13/77, *GB-INNO v ATAB*, Judgment of the Court of 9 September 2003, Case C-198/01, *CIF* and Judgment of the Court of First Instance of 12 December 1996, T-358/94 -2/93, *Air France v Commission*.

economies of scope (either on the production or the consumption side) and better compatibility and quality assurance of complementary components.

3.2. Safe harbour

The Commission considers that non-horizontal mergers are unlikely to pose competitive concerns, where the market share post-merger of the new entity in each of the markets concerned is below 30% and the post-merger Herfindahl-Hirschman Index is below 2000. The Commission will not extensively investigate such mergers, except where special circumstances arise, such as, for instance, where one or more of the following factors are present: (a) a merger involves a company that is likely to expand significantly in the near future; (b) there are significant cross-shareholdings or cross-directorships among the market participants; (c) one of the merging firms is a firm with a high likelihood of disrupting coordinated conduct; (d) indications of past or ongoing coordination, or facilitating practices.

3.3. Possible anti-competitive effects

However, there are circumstances in which non-horizontal mergers may significantly impede effective competition, in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position. The Commission describes two main ways in which this may occur: non-coordinated effects and coordinated effects.

3.3.1. Non-coordinated effects

Non-coordinated effects may principally arise when non-horizontal mergers give rise to foreclosure, i.e., any instance where actual or potential rivals' access to supplies or markets is hampered or eliminated as a result of the merger, thereby reducing these companies' ability and/or incentive to compete.

The main concerns are:

- **Input foreclosure**

Input foreclosure arises where, post-merger, the new entity would be likely to restrict access to the products or services that would have otherwise been supplied (or supplied at better conditions) absent the merger, thereby raising its downstream rivals' costs.

- **Customer foreclosure**

Customer foreclosure may occur when a supplier integrates with an important customer in the downstream market. This may raise downstream rivals' costs by making it harder for them to obtain supplies of the input under similar prices and conditions as absent the merger and allow the merged entity profitably to establish higher prices on the downstream market.

- **Access to commercially sensitive information**

The merged entity may, by vertically integrating, gain access to commercially sensitive information regarding the upstream or downstream activities of rivals, giving the merger entity the ability to price less aggressively in the downstream market in detriment of consumers.

- **Leveraging**

Although generally conglomerate mergers do not give rise to competition concerns, the combination of products in related markets may confer on the merged entity the ability and incentive to leverage a strong market position from one market to another by means of tying or bundling or other exclusionary practices. These practices may, in certain circumstances, lead to a reduction in actual or potential rivals' ability or incentive to compete, reducing the competitive pressure on the merged entity and allowing it to increase prices.

3.3.2. Coordinated effects

Coordinated effects arise where the merger (i) changes the nature of competition in such a way that firms that previously were not coordinating their behaviour, are now significantly more likely to coordinate to raise prices or otherwise harm effective competition, or (ii) makes coordination easier, more stable or more effective for firms

which were coordinating prior to the merger. For coordination to be sustainable three conditions are necessary: (i) the coordinating firms must be able to monitor to a sufficient degree whether the terms of coordination are being adhered to; (ii) there is some form of deterrent mechanism that can be activated if deviation is detected; and (iii) the reactions of outsiders, such as current and future competitors not participating in the coordination, as well as customers, should not be able to jeopardise the results expected from the coordination.

4. Conclusion

The transparency offered by the Guidelines is most welcomed, as it gives an insight of the Commission review standards on the assessment of a non-horizontal merger. Nevertheless, some aspects presented in this document are still controversial among antitrust economists, scholars and courts, extending the need for further clarification in its enforcement.

III. Highlights

1. Volkswagen Law (Judgment of the Court of Justice in Case C-112/05: Commission v. Germany, of 23.10.07)

On October 23, 2007, the Court of Justice, on the case Case C-112/05 - Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany, found that the Federal Republic of Germany has failed to fulfil its obligations in respect of the free movement of capital, by maintaining in force the provisions of the "Volkswagen Law". The "Volkswagen law", aimed at protecting the company of a possible hostile takeover, concerns the capping of voting rights at 20% and the fixing of the blocking minority at 20%, and the right of the Federal State and the Land of Lower Saxony each to appoint two representatives to the supervisory board.

The law shall now be amended by the German authorities in order to comply with the decision of the European court. The judgment will also have repercussion effects in the evaluation of golden shares in the various Member States.

2. Salt cartel case (Judgment of the Lisbon Court of Appeal, Case no. 7251/07-3 of 07.11.07)

On November 7, 2007, the Lisbon Court of Appeal issued his decision on the case know as the "salt cartel case", making this the first cartel case detected and sentenced by the Portuguese Competition Authority (PCA) to be confirmed by the courts.

The Lisbon Court of Appeal dismissed the appeals confirming the PCA's decision of participation of the companies Vatel - Companhia de Produtos Alimentares, S.A., Salexpor - Companhia Portuguesa de Sal Higienizado, S.A., Sociedade Aveirense de Higienização de Sal, Lda., and Salmex - Sociedade Refinadora de Sal, Lda. in a cartel, on the grounds that the undertakings involved aimed to fix market shares for the salt market, directly fix prices and divide up the customers and define a range of commercial conditions. The Lisbon Court of Appeal has maintained the fines applied by the Lisbon Court of Commerce, which had already corresponded to a significant reduction (especially regarding Vatel) in relation to the fines applied by the PCA.

3. Commission prohibits MasterCard's intra-European Economic Area ("EEA") Multilateral Interchange Fees

On 19 December 2007, the European Commission decided that MasterCard's multilateral interchange fees ("MIF") for cross-border payment card transactions with MasterCard and Maestro branded debit and consumer credit cards in the European Economic Area violate EC Treaty rules on restrictive business practices (Article 81). The Commission concluded that MasterCard's MIF, a charge levied on each payment at a retail outlet when the payment is processed, inflated the cost of card acceptance by retailers without leading to proven efficiencies. MasterCard has six months to comply with the Commission's order to withdraw the fees. If MasterCard fails to comply, the Commission may impose daily penalty payments of 3.5% of its daily global turnover in the preceding business year. MIF are not illegal

GONÇALVES PEREIRA, CASTELO BRANCO

as such. However, according to the Commission, a MIF in an open payment card scheme such as MasterCard's would only compatible with EU competition rules if it contributed to technical and economic progress and benefited consumers, which had not been proven in the present case.

4. Notice from the Commission towards an effective implementation of Commission decision

ordering Member States to recover unlawful and incompatible State aid (published in OJ No. 272/G, de 15.11.2007)

This Commission Notice aims at increasing the awareness of the enforcement of the principles of recovery policy of illegal State aid by the Commission and the Community Courts.

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