

PROCESSO AC-I-CCENT/09/2003- VODAFONE/ONY WAY

1 – INTRODUÇÃO

A 21 de Março de 2003, a “VODAFONE – TELECEL COMUNICAÇÕES PESSOAIS, S.A.” (adiante designada VODAFONE), apresentou uma exposição à Direcção-Geral do Comércio e da Concorrência e à Autoridade da Concorrência, através da qual notifica, nos termos do artigo 30.º do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro e para efeitos do artigo 7.º do mesmo diploma, a sua intenção de adquirir o controlo exclusivo sobre a sociedade ONY WAY – INFOCOMUNICAÇÕES, S.A. (doravante designada por ONY WAY), através da compra da totalidade do seu capital social.

A notificação foi feita, a título cautelar, pelo representante legal da VODAFONE, o Dr. J. J. Vieira Peres, da sociedade de advogados “Carlos Osório de Castro, Eduardo Verde Pinho e J. J. Vieira Peres”, tendo o mesmo requerido que lhe fosse dirigida uma decisão formal das autoridades competentes caso fosse por estas, entendido que a operação em causa não estaria sujeita à obrigatoriedade de notificação prévia.

Por força do disposto no Decreto-Lei n.º 10/2003, a matéria relativa à promoção e defesa da concorrência passou a ser da competência da Autoridade da Concorrência devendo a contagem do prazo para a análise da operação em apreço obedecer ao previsto no n.º 3 do artigo 8.º do referido diploma.

2 – DESCRIÇÃO DA OPERAÇÃO

A VODAFONE pretende adquirir as acções representativas da totalidade do capital social da ONI – WAY, bem como um conjunto de activos pertencentes a esta última empresa. Esta operação insere-se

numa relação contratual estabelecida entre a notificante, a ONI WAY e o seu accionista maioritário, a ONI – SGPS, S.A.

Nos termos de um acordo assinado entre as partes, a 3 de Dezembro do ano transacto, a concretização da referida operação está condicionada: à não oposição da autoridade nacional responsável, nos termos das disposições aplicáveis do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro, ou à confirmação, por escrito, por parte da mesma entidade, de que a Compra e Venda das Acções não está sujeita a notificação prévia nos termos do mencionado diploma legal.

2.1. EMPRESA ADQUIRENTE

A VODAFONE é uma sociedade anónima, controlada exclusivamente pela sociedade Vodafone Group Plc., um dos maiores grupos económicos de telecomunicações a nível europeu.

A VODAFONE tem a sua actividade focalizada na prestação de serviços móveis de Voz e Dados. Opera uma rede móvel GSM de âmbito nacional desde Outubro de 1992 (a qual até Outubro de 2001 operava sob a marca Telecel) e possui uma licença de exploração do sistema UMTS (3.º geração –3G).

A VODAFONE presta ainda serviços de acesso à Internet no segmento empresarial e serviços na área de tecnologias de informação.

O volume de negócios da VODAFONE realizado em Portugal, no exercício terminado em 31 de Março de 2002, foi de [**>150**] milhões de Euros.

2.2. EMPRESA ADQUIRIDA

A ONI WAY – INFOCOMUNICAÇÕES, S.A., foi constituída em 31 de Agosto de 2000, tendo por objecto o estabelecimento, a gestão e a exploração de infra-estruturas e sistemas de telecomunicações,

a prestação de serviços de telecomunicações, bem como o exercício de quaisquer actividades complementares, subsidiárias ou acessórias daquelas, directamente ou através de constituição ou participações em sociedades.

Tendo concorrido ao concurso público aberto, em Agosto de 2000, para a atribuição de 4 licenças para o exercício da actividade de telefonia vocal de terceira geração (3G), com recurso à tecnologia UMTS, a ONI WAY, por despacho do Ministro do Equipamento Social, de 19 de Dezembro de 2000, veio a beneficiar da licença n.º ICP-03/UMTS, para a exploração de Sistemas de Telecomunicações Móveis Internacionais (IMT2000/UMTS), no território nacional.

De acordo com o n.º 4 da respectiva licença, a exploração comercial do sistema UMTS deveria ter início em Novembro de 2001. No entanto, por motivos considerados de força maior (inexistência no mercado de equipamentos de infra-estrutura de rede e terminais), aquele prazo veio a ser deferido para 31 de Dezembro de 2002, por Despacho n.º 11/MES/2001, de 24 de Outubro, do Ministro do Equipamento Social.

Os atrasos verificados na implementação dos 3G face ao cenário inicialmente previsto levaram a ONI WAY a solicitar à ANACOM o acesso a um conjunto de frequências DCS1800 para a oferta de serviços que utilizassem tecnologia GSM/GPRS (2ª geração) e a possibilidade de utilização das redes dos seus três concorrentes, mediante a figura de “roaming nacional”, tendo em vista a prestação dos mesmos serviços.

Por deliberação de 6 de Março de 2002, a ANACOM decidiu indeferir o pedido de atribuição de frequências DCS 1800 à ONI WAY, e determinou que o acordo de roaming, entretanto celebrado a 21 de Janeiro de 2001 com a TMN, deveria incluir a utilização de elementos de rede e de equipamentos terminais de 3ª geração, no quadro das condições definidas no concurso do UMTS.

A perspectiva de um novo adiamento do início da actividade licenciada (que se veio a confirmar para 31 de Dezembro de 2003, por despacho de 16 de Janeiro de 2003, do Ministro da Economia), aliada ao facto da ONI WAY não dispor de licença de comercialização para serviços móveis de 2ª Geração,

esteve na base do pedido desta empresa à ANACOM de revogação da sua licença n.º ICP-03/UMTS para a exploração de serviços móveis de 3G, o que lhe veio a ser concedido por despacho n.º 1758/2003 de 29 de Janeiro, do Ministro da Economia, com base no parecer prévio da autoridade reguladora emitido em 8/1/2003.

Na sequência da revogação da licença da ONI WAY, o espectro que lhe tinha sido anteriormente atribuído foi repartido pelos restantes operadores licenciados para a exploração dos serviços móveis de 3G - TMN - Telecomunicações Móveis Nacionais, S.A. (TMN), TELECEL – Comunicações Pessoais, S.A. e OPTIMUS – Telecomunicações, S.A.- por despacho n.º 1704/2003, de 28 de Janeiro, do Ministro da Economia, após parecer do ICP - ANACOM, de 09/01/2003.

De acordo com o notificado, a ONI WAY veio a proceder à liquidação dos seus activos tendo negociado a alienação dos mesmos aos fornecedores, aos operadores móveis e a outros terceiros, não tendo nunca iniciado qualquer actividade comercial ou prestado serviços, razão pela qual não lhe é atribuível volume de negócios e quota de mercado.

3 – ENQUADRAMENTO DA OPERAÇÃO FACE AO DL N.º 371/93

Importa analisar se nas condições acima referidas estaremos perante uma operação de concentração nos termos do disposto na alínea b) do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro e, em caso afirmativo, se a mesma preenche qualquer das condições previstas no artigo 7.º do referido diploma legal.

A alínea b) do artigo 9.º do diploma acima identificado, dispõe que há concentração de empresas “no caso de... uma ou mais empresas, adquirirem, directa ou indirectamente, **o controlo** do conjunto ou de partes de uma ou de várias outras empresas”. Por sua vez, o n.º 2 daquele artigo estipula que “...o controlo decorre de qualquer acto, independentemente da forma que assuma, que implique **a possibilidade de exercer uma influência determinante sobre a actividade de uma empresa...**”.

Versão Pública

Ora, a operação prevista implica a aquisição por parte da VODAFONE, de um conjunto de acções representativas da totalidade do capital social da ONI WAY. Para esta operação se enquadrar na alínea b) do artigo 9.º acima referido, há que apurar se a VODAFONE passa a exercer uma influência determinante sobre a actividade da empresa a adquirir.

Como atrás foi referido, a ONI WAY, por considerar não estarem reunidas as condições necessárias ao cumprimento das obrigações inerentes ao exercício dos direitos que lhe eram conferidos na licença para a prestação de serviços móveis UMTS, nomeadamente o exercício da actividade de telefonia móvel, solicitou a revogação da mesma, não tendo, por conseguinte, dado início à sua actividade comercial, nem realizado qualquer volume de negócios com ela relacionado¹.

Não tendo a ONI WAY exercido efectivamente qualquer actividade económica, há que averiguar se com a operação projectada a VODAFONE passa a exercer uma influência determinante sobre a actividade potencial da empresa a adquirir. Refira-se que foi sempre este o entendimento da Direcção-Geral do Comércio e da Concorrência, ao considerar que a justificação da inactividade de uma empresa no mercado não deveria ser generalizada como fundamento para a exclusão do conceito de operação de concentração², devendo proceder-se a uma análise caso a caso.

De acordo com as informações prestadas pela notificante a ONI WAY, após obter a revogação da sua licença, veio a proceder à alienação dos seus activos, designadamente os activos que pretendia vir a utilizar no desenvolvimento da sua actividade (sites, antenas, equipamentos, terminais, etc.). Nestes termos, considera-se que a ONI WAY não reúne os recursos essenciais (de capital, humanos e tecnológicos) que lhe permitam desenvolver potencialmente uma actividade económica.

¹ De acordo com o ponto 11 da Comunicação da Comissão (98/C 66/02) relativa ao controlo das operações de concentrações de empresas para efeito do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, o objecto do controlo pode incluir os activos de uma empresa empresa, os quais devem constituir uma actividade à qual possa ser claramente atribuído um volume de negócios no mercado.

² vide despacho da Direcção-Geral exarado na Inf.ª n.º 74, de 21/2/96.

3 – CONCLUSÃO

Face ao exposto, considerando que está em causa a aquisição de uma sociedade que não desenvolve qualquer actividade económica nem tem condições de, potencialmente, vir a exercê-la, afigura-se-nos não estarmos perante uma operação de concentração nos termos do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro, pelo que se propõe informar o representante legal da VODAFONE de que a obrigação de notificação não se aplica neste caso.

Lisboa, 7 de Maio de 2003

O Conselho da Autoridade da Concorrência