

DECISÃO DA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA
Processo AC – I – 5 /2005 – EDP / National Power (Turbogás)

I – INTRODUÇÃO

1. Em 13 de Janeiro de 2005, a Autoridade da Concorrência recebeu uma notificação relativa a um projecto de concentração, por meio do qual a empresa EDP – Energias de Portugal, S.A. (EDP), adquiriria à National Power International Holding BV (National Power), uma participação de 20% do capital social da sua participada, Turbogás – Produtora Energética, S.A. (Turbogás), eventualmente conferindo, à primeira, o controlo conjunto sobre esta última.
2. A operação em causa não é susceptível de configurar uma concentração de empresas na acepção da alínea b) n.º 1 do artigo 8.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, porque a estrutura de controlo exclusivo exercido pela National Power, em nada se altera em virtude da aquisição, pela EDP, de uma participação de 20% no capital social da Turbogás.

II – AS PARTES

2.1 Empresa(s) Adquirente(s)

3. As actividades do Grupo EDP encontram-se centradas nas áreas de produção, distribuição e comercialização de energia eléctrica, telecomunicações e tecnologias de informação.
4. Como áreas complementares e relacionadas, o Grupo EDP encontra-se activo nos sectores das águas, engenharia, ensaios laboratoriais, formação profissional e gestão de património imobiliário.
5. O volume de negócios do Grupo EDP, referente ao ano de 2003, em Portugal, no EEE e a nível mundial foi de:

Tabela 1: Volume de negócios do Grupo EDP, referente ao ano de 2003, em Portugal, no EEE, e a nível mundial.

Volume de negócios (2003)	
Portugal	€[> 150 milhões]
EEE	€[> 150 milhões]

Nota: indicam-se entre parêntesis rectos as informações cujo conteúdo exacto haja sido considerado como confidencial.

Mundial	€[> 150 milhões]
---------	------------------

Fonte: Notificante.

2.2 Empresa Adquirida

6. A Turbogás, constituída em 1994, é proprietária da Central de Ciclo Combinado da Tapada do Outeiro, que iniciou a sua actividade de produção de energia eléctrica em 1999.
7. Actualmente a Turbogás vende a totalidade da energia que produz à REN – Rede Eléctrica Nacional, S.A., e esta compra, em condições pré-estabelecidas, no âmbito do sistema eléctrico público português, ao abrigo de um contrato de aquisição de energia de longo prazo (25 anos).
8. A Turbogás é actualmente controlada, em 75%, pela National Power International Holding BV (National Power).
9. Os restantes accionistas da Turbogás são a EDP (20%) e a Koch Transporttechnik GmbH (5%).
10. O volume de negócios da Turbogás, em Portugal, no EEE e a nível mundial foi, em 2003, de €[> 150 milhões].
11. A actual proprietária da Turbogás, a National Power¹, é uma holding controlada pela International Power plc (IP), sociedade de direito inglês, com actividade na área da produção de electricidade a partir de gás, petróleo, carvão e energias renováveis, em vários países.
12. O volume de negócios do Grupo National Power, referente ao ano de 2003, em Portugal, no EEE e a nível mundial, foi de:

Tabela 2: Volume de negócios do Grupo National Power, referente ao ano de 2003, em Portugal, no EEE, e a nível mundial.

Volume de Negócios (2003)	
Portugal	€[< 150 milhões]
EEE	€[> 150 milhões]
Mundial	€[> 150 milhões]

¹ Em 7 de Setembro de 2004, a Autoridade da Concorrência pronunciou-se pela não oposição à aquisição, pela National Power à sociedade de direito alemão, Rwe Power Aktiengesellschaft, de 75% do capital social da Turbogás, conferindo-lhe o controlo exclusivo sobre esta (Cent. 29/2004 – National Power / Turbogás).

Fonte: [...].

III – NATUREZA DA OPERAÇÃO

3.1 Introdução

13. Como se referiu *supra*, a actual estrutura accionista da Turbogás é a seguinte: National Power (75%), a qual exerce o controlo exclusivo; EDP (20%) e; Koch (5%).
14. Em 26 de Outubro de 2004, foi celebrado entre, por um lado, a National Power (e a sua *holding*, International Power, plc) e, por outro, a EDP e a sua participada, EDP Participações, um contrato de opção – “*Option Agreement*”, que tem por objecto duas operações:
 - a. A primeira, designada no referido contrato por “*Call Option*”, traduz-se numa Opção de Compra, pela EDP, de participações correspondentes a 20% do capital social da Turbogás e a 26,667% do capital social da Portugén, S.A.², e respectivos suprimentos;
 - b. A segunda, designada no contrato por “*PPA Options*” – [...] que permitirá à EDP assumir funções na gestão da energia produzida pela central da Turbogás, se, e quando, determinadas condições se encontrarem preenchidas³.
15. A presente operação notificada, **apenas** respeita ao exercício da denominada **Opção de Compra/Call Option** descrita no ponto 14.a.

² Sociedade veículo criada com o único propósito de prestar serviços de operação e manutenção à Turbogás no âmbito do projecto da Central do Ciclo Combinado da Tapada do Outeiro, não exercendo, nem se prevendo que venha a exercer, qualquer actividade de prestação de serviços a terceiros. Assim, e para efeitos da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, a Portugén, S.A. não deverá ser considerada como uma empresa autónoma, nos termos do n.º 1 do artigo 2.º do referido diploma.

³ O exercício da segunda opção encontra-se dependente da verificação das seguintes condições: (i) a Turbogás e a REN terem feito cessar, por acordo, o contrato de gestão de energia actualmente em vigor; (ii) [...]; (iii) [...]; (iv) serem obtidas as necessárias autorizações administrativas, designadamente por parte das autoridades de concorrência para o efeito competentes; e ainda (v) [...].

16. Esta Opção de Compra apenas pode ser exercida uma vez e na sua totalidade, em dois períodos alternativos:
 - a. Nove meses com início no primeiro dia útil seguinte ao da execução do contrato de compra e venda de acções, celebrado em 20 de Julho de 2004 entre a International Power, a National Power e a RWE, nos termos do qual a National Power adquiriu uma participação de 75% na Turbogás;
 - b. Caso a opção não tenha sido exercida nas condições previstas na alínea anterior, o segundo período corresponde ao período compreendido entre os dias 1 de Janeiro de 2008 e 31 de Dezembro de 2009.
17. Uma vez que a execução do contrato de compra e venda de acções, referido em 14.a, se concretizou em 4 de Novembro de 2004, este período de nove meses é válido de 5 de Novembro de 2004 a 5 de Agosto de 2005.
18. Em 13 de Dezembro de 2004, a EDP exerceu a Opção de Compra sobre 20% do capital social da Turbogás e sobre 26,667% do capital social da Portugal, eventualmente conferindo, à EDP, o controlo conjunto com a National Power, sobre a Turbogás.
19. A presente operação consiste, assim, na aquisição, pela EDP à National Power, de uma participação de 20% do capital social da sua participada, Turbogás, eventualmente conferindo, à primeira, o controlo conjunto com a segunda, sobre esta última.

3.2 Da existência de operação de concentração

3.2.1 Enquadramento da questão

20. O artigo 8.º, n.º 1, alínea b) da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, baseia a existência de operação de concentração no caso de “(...) *uma ou mais pessoas adquirirem, directa ou indirectamente, o **controlo***⁴ *da totalidade ou de partes de uma ou várias empresas.*”
21. Da mesma forma, prevê o n.º 3 do mesmo artigo 8.º que “(...) *controlo decorre de qualquer acto (...) que implique a possibilidade de exercer, isoladamente ou em conjunto (...), uma influência determinante sobre a actividade de uma empresa (...).*”

⁴ Sublinhado e negrito é nosso.

22. Ora, a caracterização da natureza da presente operação, como uma operação de concentração, nos termos descritos no artigo 8.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, depende da qualificação da mesma como conferindo, à EDP, a possibilidade de exercer, em conjunto com a National Power, uma influência determinante sobre a Turbogás.
23. Por outras palavras, a questão fundamental a responder é a de se em virtude da aquisição de 20% no capital social da Turbogás, pela EDP, perfazendo uma participação de 40%, esta adquire uma participação de controlo conjunto daquela, juntamente com a National Power.

3.2.2 Argumentos da Notificante

24. A notificante considera que o aumento da participação da EDP, de 20% para 40%, no capital social na Turbogás, não altera a estrutura de controlo desta, mantendo-se o exercício do mesmo na esfera exclusiva da National Power.
25. Como tal, considera a notificante que a presente operação não constitui uma operação de concentração, nos termos do artigo 8.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.
26. Baseia a sua pretensão no facto do existente Acordo Parassocial relativo à Turbogás⁵ (“Acordo Parassocial”) – que confirma o exercício de controlo exclusivo desta pela National Power – não ter sofrido quaisquer alterações na sequência, tanto da aquisição de controlo exclusivo da Turbogás pela National Power, como da celebração do contrato de Opção de Compra.
27. Ou seja, em virtude das operações referidas no ponto anterior, nem o conjunto de matérias constantes do Acordo Parassocial, nem as maiorias exigidas para as respectivas aprovações, ou bloqueios, sofreram qualquer alteração.
28. Por outro lado, na esteira da Comissão Europeia, mais invoca que o mesmo Acordo Parassocial não estipula quaisquer regras sobre a votação das denominadas “matérias estratégicas”, a saber: *orçamento; plano de*

⁵ O Acordo Parassocial vigente, no qual são reguladas as relações entre os accionistas da Turbogás, foi celebrado em 14 de Novembro de 1994, tendo, posteriormente sido alterado em três ocasiões: em 2 de Junho de 1995, em 27 de Março de 1996 e, por último, em 11 de Junho de 1996.

*actividades; realização de investimentos avultados; nomeação dos titulares dos órgãos sociais da Turbogás*⁶.

a. Orçamento

- i.* O Acordo Parassocial não contém quaisquer regras específicas para efeitos da aprovação do orçamento anual da Turbogás, pelo que as deliberações para o efeito deverão ser tomadas por maioria simples dos votos, nos termos gerais do Código das Sociedades Comerciais.

b. Plano de Actividades

- i.* A mesma situação descrita na alínea anterior referente à aprovação de deliberações relativas ao orçamento anual da Turbogás, ocorre para as deliberações respeitantes à aprovação do seu plano de actividades, pelo que se aplicam as mesmas regras de votação por maioria simples.

c. Realização de Investimentos Avultados

- i.* A notificante refere que a Turbogás foi construída com o fim específico da construção e exploração da central da Tapada do Outeiro, tendo sido o financiamento do projecto assegurado em regime de “*Project Finance*”;
- ii.* Assim, a Turbogás já efectuou todos os grandes investimentos que tinha que realizar, na sequência do concurso público que foi lançado pelo Governo Português em 1990 para efeitos da construção e exploração da central da Tapada do Outeiro, a qual se encontra em plena operação desde há vários anos;
- iii.* Mais refere que, já consumado o período dos investimentos avultados, a Turbogás encontra-se, actualmente, na fase de retorno dos investimentos realizados. Ou seja, a sua actividade limita-se à produção de energia eléctrica, para venda à REN, com o objectivo de gerar receitas que permitam, por um lado, amortizar os empréstimos contraídos junto das instituições que financiaram o projecto e pagar as

⁶ *Comunicação da Comissão Europeia relativa ao conceito de concentração de empresas* (JOCE 98/C-66/2, de 2 de Março de 1998), parágrafo 23.

despesas de funcionamento da central e, por outro, remunerar os accionistas;

- iv. Por outro lado, todas as decisões relativas a investimentos da Turbogás se encontram sujeitas a aprovação pelas entidades que financiaram o projecto assim como pelos avalistas [...];
- v. Face ao exposto, à luz do critério relativo às condições de aprovação de investimentos avultados o exercício da “Call Option”, pela EDP, não implica qualquer alteração na estrutura de controlo da Turbogás, continuando, esta, a ser controlada em exclusivo pela National Power.

d. Nomeação de Titulares dos Órgãos Sociais

- i. Nos termos do Acordo Parassocial, a National Power designa [...] dos 11 membros do Conselho de Administração da Turbogás, sendo os restantes designados pela EDP [...] e pela Koch [...].
- ii. Após a realização da presente operação, a National Power passará a designar [...], passando a EDP a designar [...], sendo que a Koch continuará a designar [...].
- iii. Assim, e na sequência do que foi dito nos pontos 28.a.i e 28.b.i, tanto para as deliberações de aprovação do orçamento anual, como para as deliberações de aprovação do plano de actividades da Turbogás, torna-se suficiente a votação da National Power.⁷

29. Como tal, quaisquer deliberações sobre estas matérias são votadas e tomadas por uma maioria simples de 50,01%, nos termos gerais do Código das Sociedades Comerciais.

30. Tal significa que, a possibilidade, pela EDP, de exercer uma influência determinante no comportamento empresarial da Turbogás, por meio do exercício de eventual(ais) direito(s) de veto em votações que incidam sobre matérias estratégicas para a política empresarial da Turbogás, encontra-se afastada; por outras palavras, a presente operação não confere, à EDP, o controlo, em conjunto com a National Power, da Turbogás.

⁷ [...].

31. É o entendimento da Comissão Europeia que os direitos de veto devem incidir sobre as decisões estratégicas relativas à política empresarial da empresa-comum⁸, conferindo à sociedade que os usufrui de dispor da possibilidade de exercer uma influência determinante no comportamento empresarial estratégico da empresa-comum.⁹
32. Por outro lado, não é necessário que um accionista disponha de todos estes direitos, bastando que disponha de alguns, se não mesmo um único direito de veto¹⁰.

3.2.3 Enquadramento Jusconcorrencial

33. Como ficou referido supra, a base de qualquer operação de concentração, em Direito da Concorrência, reside numa alteração na estrutura de controlo da empresa visada.
34. Ora, pela análise do Acordo Parassocial, constata-se o seguinte:
 - a. A regra para as maiorias exigidas em deliberações sujeitas a votação pelo Conselho de Administração é a da *maioria simples*, nos termos do Código das Sociedades Comerciais; e
 - b. A aprovação de determinadas matérias encontra-se sujeita a maiorias qualificadas de [...]%, de [...]% e [...] dos votos representativos do capital social, em sede de Conselho de Administração.
35. Como se pode verificar, excluindo as matérias que devam ser aprovadas por maioria qualificada, igual ou superior a [...]%, todas as restantes aprovações continuam, apenas, a requerer uma maioria simples de 50,01%.
36. Assim, quer a estrutura actual da Turbogás se mantenha, quer seja alterada, em virtude da presente operação, ou seja, National Power (55%¹¹), EDP (40%) e Koch (5%¹²),

⁸ Comunicação da Comissão relativa ao conceito de concentração de empresas (JOCE n.º C-66, de 2 de Março de 1998), parágrafo 22. e ponto 28.

⁹ *Idem*.

¹⁰ *Idem* parágrafo 24.

¹¹ A National Power não exclui a hipótese de adquirir a participação da Koch, representativa de 5% do capital social da Turbogás, ficando a estrutura accionista desta em 60% para a National Power e 40% para a EDP.

- a. A National Power continuará a controlar o Conselho de Administração, dado que manterá intacta a possibilidade de aprovar as mesmas deliberações sobre as mesmas matérias, sem necessidade de recurso ao voto dos restantes accionistas; e
 - b. A situação de compromisso de voto, entre a National Power e a EDP, para deliberações cuja votação implique uma maioria qualificada de [...]% ou superior, manter-se-á, igualmente, intacta; ou seja, a National Power, mesmo detendo 75% do capital social da Turbogás, continuaria a necessitar do voto, pelo menos, da EDP para aprovar deliberações cuja maioria qualificada seria de [...]%, ou superior.
37. Assim, a surgirem elementos de dúvida acerca da qualificação da presente operação, estes incidiram unicamente sobre as matérias cuja aprovação se encontra sujeita à maioria qualificada igual ou superior a [...]%.
38. A respeito do disposto no ponto anterior e no ponto 36.b, em Agosto de 2002, a EDP, então detentora de 10% do capital social da Turbogás, solicitou à extinta Direcção-Geral do Comércio e da Concorrência que a mesma se pronunciasse sobre a aquisição, à Siemens, S.A., de mais 10% do capital social da Turbogás, perfazendo, assim, uma participação de 20%.
39. Em Setembro de 2002, a referida Direcção-Geral pronunciou-se no sentido de que a referida aquisição, pela EDP, de uma participação de 10% no capital social da Turbogás, conferindo àquela uma participação de 20%, não conduz à aquisição de uma participação de controlo, pelo que não configura uma operação de concentração.¹³
40. Da pronúncia emanada pela extinta Direcção-Geral do Comércio e da Concorrência, e descrita no ponto anterior, é possível retirar a conclusão de que,
- a. Se o aumento da participação de 10%-20%, pela EDP, não lhe confere quaisquer direitos adicionais, tendentes a uma possibilidade de exercício de controlo conjunto, com a National Power, sobre a Turbogás (não configurando uma operação de concentração) então,

¹² Vide nota anterior.

¹³ Referência FAX/5270/2002/DSA2/DGCC, de 27 de Setembro de 2002.

- b. A passagem do patamar dos [...] % no capital social, susceptível de configurar uma aquisição de controlo, revela que aquelas matérias, sujeitas a uma maioria qualificada de [...] %, ou superior, não podem ser consideradas como “estratégicas” na actividade da empresa.
41. Assim, a não alteração do Acordo Parassocial referente à Turbogás, implica a manutenção do, já existente, conjunto de matérias da competência do Conselho de Administração¹⁴, bem como das regras de votação e de maiorias exigidas para as respectivas aprovações.
42. A estrutura de controlo exclusivo exercido pela National Power, em nada se altera em virtude da aquisição, pela EDP, de uma participação de 20% no capital social da Turbogás, passando a deter uma participação de 40%.

3.3 Conclusão quanto à Natureza da Operação

43. Dos pontos anteriores, são susceptíveis de serem retiradas as seguintes conclusões:
- a. A presente operação consiste na aquisição, pela EDP à National Power, de uma participação de 20% do capital social da sua participada, Turbogás, eventualmente conferindo, à primeira, o controlo conjunto com a segunda, sobre esta última;
 - b. O Acordo Parassocial referente à Turbogás estabelece que, para a aprovação de determinadas matérias, são necessárias maiorias qualificadas de [...] %, [...] %, ou [...];
 - c. Das matérias referidas na alínea anterior, não constam as denominadas “matérias estratégicas”, sobre as quais a existência de um direito de veto, confere ao titular a possibilidade de exercer uma influência determinante na actividade da empresa. Essas matérias são: orçamento, plano de actividades, realização de investimentos avultados, nomeação para órgãos sociais da Turbogás;
 - i. A aprovação do orçamento e do plano de actividades da Turbogás encontra-se sujeita às regras gerais de votação

¹⁴ O que permite excluir as denominadas “matérias estratégicas”, já referidas no ponto 28, continuando estas a serem aprovadas com recurso à maioria simples, nos termos gerais do Código das Sociedades Comerciais.

(maioria simples), nos termos do Código das Sociedades Comerciais;

ii. A Turbogás não prevê a realização de quaisquer investimentos avultados e, mesmo que o faça, depende da concordância maioritária das entidades que financiaram o projecto, bem como dos avalistas;

iii. Em virtude da presente operação, a nova composição do Conselho de Administração da Turbogás não é susceptível de configurar uma alteração de controlo na mesma;

d. O referido Acordo Parassocial não sofreu quaisquer alterações desde 1996, o que implica a manutenção do, já existente, conjunto de matérias da competência do Conselho de Administração, bem como das regras de votação e de maiorias exigidas para as respectivas aprovações;

e. Assim, a estrutura de controlo exercido, em exclusivo, pela National Power, em nada se altera em virtude da aquisição, pela EDP, de uma participação de 20% no capital social da Turbogás, passando a deter uma participação de 40%.

44. Face ao exposto, a Autoridade da Concorrência considera que a operação, ora em análise, não configura uma operação de concentração, nos termos do artigo 8.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

IV – MERCADOS RELEVANTES

4.1 Mercado do Produto Relevante

45. Uma vez que a Autoridade da Concorrência concluiu que a presente operação não configura uma operação de concentração, nos termos do artigo 8.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, não se afigura como necessário analisar e definir o mercado do produto/serviço relevante.

4.2 Mercado Geográfico Relevante

46. Uma vez que a Autoridade da Concorrência concluiu que a presente operação não configura uma operação de concentração, nos termos do

artigo 8.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, não se afigura como necessário analisar e definir o mercado geográfico relevante.

V – AVALIAÇÃO JUSCONCORRENCIAL

5.1 Estrutura do Mercado

47. Uma vez que a Autoridade da Concorrência concluiu que a presente operação não configura uma operação de concentração, nos termos do artigo 8.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, não se afigura como necessário analisar a estrutura de mercado, para efeitos de Avaliação Jusconcorrencial.

5.2 Avaliação Jusconcorrencial

48. Uma vez que a Autoridade da Concorrência concluiu que a presente operação não configura uma operação de concentração, nos termos do artigo 8.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, não se afigura como necessária a realização da Avaliação Jusconcorrencial.

VI – PARECER DA ENTIDADE REGULADORA SECTORIAL

49. Nos termos do n.º 1 do artigo 39.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, foi, em 20 de Janeiro de 2005, solicitado à ERSE – Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, Parecer no âmbito da notificação apresentada.

50. Uma vez que a Autoridade da Concorrência concluiu que a presente operação não configura uma operação de concentração, nos termos do artigo 8.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, a mesma Autoridade considera não necessária a emissão, pela ERSE, do Parecer referido no ponto anterior.

VII – AUDIÊNCIA DE INTERESSADOS

51. Nos termos do n.º 2 do artigo 38.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, foi dispensada a audição prévia dos autores da notificação, dada a ausência de contra-interessados, e por, a presente operação, não configurar uma

operação de concentração nos termos do artigo 8.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

VIII – CONCLUSÃO

52. Face ao exposto, o Conselho da Autoridade da Concorrência, no uso da competência que lhe é conferida pela alínea b) do n.º 1, do artigo 17.º dos Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, decide, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 35.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, considerar a presente operação não configura uma operação de concentração, nos termos do artigo 8.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

Lisboa, 21 de Fevereiro de 2005

O Conselho da Autoridade da Concorrência

Prof. Doutor Abel Mateus
(Presidente)

Eng. Eduardo Lopes Rodrigues
(Vogal)

Dra. Teresa Moreira
(Vogal)