

DECISÃO FINAL DE INAPLICABILIDADE

CCENT. 14/2007 – TEIXEIRA DUARTE/ MARINERTES

I – INTRODUÇÃO

1. Em 23 de Fevereiro de 2007, a Autoridade da Concorrência recebeu, nos termos do artigo 9.º e do artigo 31.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (“Lei da Concorrência”), a notificação de uma operação, por meio da qual a TEIXEIRA DUARTE – Engenharia e Construções, S.A (“TEIXEIRA DUARTE”) adquirirá o controlo exclusivo da sociedade MARINERTES, S.A. (“MARINERTES”), mediante a compra de uma participação de 51% no capital social desta sociedade.
2. Todavia, a notificação apresentada só veio a produzir efeitos em 13 de Março de 2007¹, na medida em que a informação constante do Formulário de Notificação de Operações de Concentração se revelava incompleta².
3. A operação notificada configura uma concentração de empresas na acepção da alínea b) do n.º 1 do artigo 8.º da Lei da Concorrência, conjugada com a alínea a) do n.º 3 do mesmo artigo, no entanto, conforme se verá *infra*, a mesma não está sujeita à obrigatoriedade de notificação, por não se encontrarem preenchidas as condições previstas nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 9.º do mesmo diploma.

II – AS PARTES

2.1 A Adquirente

¹ Por aplicação do artigo 32.º, n.º 2 da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

² Não cumpria o disposto no artigo 31.º, n.º 3 da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

4. A TEIXEIRA DUARTE é a sociedade *holding* do Grupo TEIXEIRA DUARTE, cujo objecto se centra no exercício da indústria de construção civil e obras públicas, em todos os seus domínios e actividades conexas, bem como na realização de estudos e projectos, nomeadamente nos ramos da geotecnia e da engenharia de fundações.
5. Para além do sector da construção civil e obras públicas, a TEIXEIRA DUARTE, através das suas participadas, actua também nas seguintes áreas de negócio: (i) concessões e serviços; (ii) imobiliário; (iii) hotelaria e comércio alimentar; e (iv) comercialização de combustíveis.
6. Nos termos do artigo 10.º da Lei da Concorrência, o volume de negócios realizado, pelo Grupo Teixeira Duarte, em Portugal, foi o seguinte:

Tabela 1: Volume de negócios do Grupo Teixeira Duarte, em Portugal.

	2003	2004	2005
TEIXEIRA DUARTE	m€> 150 000	m€> 150 000	m€> 150 000

Fonte: Notificante.

2.2 A Adquirida

7. A MARINERTES, constituída em Setembro de 2006, é uma sociedade de direito português, actualmente detida pela SEADREDGE³, que tem como objecto social⁴: (i) a dragagem de manutenção e de inertes; (ii) a transformação, comercialização de inertes e de materiais de construção; (iii) a execução de obras públicas e privadas, terrestres e marítimas; (iv) a compra, venda e aluguer de equipamento e material marítimo; (v) a exploração de inertes e minérios; e (vi) o agenciamento e fretamento de navios.
8. Tendo sido constituída em 2006, a MARINERTES não desenvolveu, ainda, nenhuma actividade, não tendo realizado, no último ano de exercício, qualquer volume de negócios.

³ A SEADREDGE adquiriu, em 8 de Fevereiro de 2007, a totalidade do capital social da MARINERTES à DRAGAMAI – Sociedade de Dragagens, Lda. (“DRAGAMAI”).

⁴ Cfr. artigo 3.º dos Estatutos da Sociedade Marinertes, S.A.

9. Na verdade, o principal activo da MARINERTES consiste numa licença para proceder à prospecção e pesquisa de depósitos minerais de areias, cascalho e outros agregados no leito e subsolo marinhos, em oito áreas do mar territorial e da plataforma continental – Caminha, Viana do Castelo, Porto, Aveiro, Figueira da Foz, Albufeira, Quarteira e Vila Real de St. António –, inicialmente atribuída, por meio de contrato administrativo à DRAGAMAIS⁵, a qual viria a ceder a sua posição contratual, no referido contrato, à MARINERTES, em 8 de Fevereiro de 2007.
10. Uma vez que, no âmbito desta licença, apenas foram efectuados, à presente data, quer pela MARINERTES, quer pela DRAGAMAIS, relatórios e [Confidencial], e que o início da exploração de inertes em alguma das áreas acima indicadas se encontra dependente, nos termos do Decreto-Lei n.º 88/90, de 16 de Março, entre outras coisas, da atribuição da respectiva concessão à MARINERTES, não é expectável, de acordo com as previsões apresentadas pela notificante, que a MARINERTES venha a realizar qualquer volume de negócios, antes de 2009.

III – NATUREZA DA OPERAÇÃO

3.1. Descrição da Operação

11. Como acima referido, a presente operação consiste na aquisição, pela TEIXEIRA DUARTE, do controlo exclusivo da MARINERTES, actualmente detida a 100% pela SEADREDGE.
12. Esta operação surge no seguimento da alienação, pela DRAGAMAIS, da totalidade do capital social da recém constituída MARINERTES, à

⁵ Cfr. Contrato para atribuição de direitos de prospecção e pesquisa de depósitos minerais de areias, cascalho e outros agregados do leito e subsolo marinhos à DRAGAMAIS, celebrados entre esta e a Direcção Geral de Geologia e Energia, em 22 de Novembro de 2005 (“Contrato de pesquisa e prospecção”), o qual foi celebrado nos termos do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 88/90, de 16 de Março e dos artigos 13.º e 18.º do Decreto – Lei n.º 90/90, de 16 de Março.

SEADREDGE, por meio do Contrato de Compra e Venda de Acções celebrado entre a DRAGAMAIIS e a SEADREDGE, em 8 de Fevereiro de 2007.

13. Na base da referida alienação esteve o facto de a DRAGAMAIIS e a MARINERTES não disporem das condições económicas, técnicas e financeiras, para concretizar os investimentos necessários à actividade de prospecção e pesquisa previstos no Contrato de pesquisa e prospecção, de que a MARINERTES é parte, desde a cessão da posição contratual da DRAGAMAIIS no mesmos, ocorrida em 8 de Fevereiro de 2007.
14. A SEADREDGE, propõe-se, agora, nos termos do Contrato de Compra e Venda de Acções celebrado entre a SEADREDGE, a TEIXEIRA DUARTE e a SETH – Sociedade de Empreitadas e Trabalhos Hidráulicos, S.A., em 14 de Fevereiro de 2007 (“Contrato de Compra e Venda de Acções”), alienar parte da sua participação a estas duas últimas sociedades.
15. Nos termos do referido Contrato de Compra e Venda de Acções, a estrutura accionista da MARINERTES passará a ser a seguinte: a TEIXEIRA DUARTE, com 51% do seu capital social; a SETH, com 29% do seu capital social; e a SEADREDGE, com 20% do seu capital social.
16. A participação maioritária adquirida pela TEIXEIRA DUARTE no capital social da MARINERTES conferir-lhe-á o controlo exclusivo da mesma, tendo em conta que:
 - (a) nos termos da alínea b) do n.º 1 da Cláusula Terceira do Acordo Parassocial da MARINERTES, celebrado em 14 de Fevereiro de 2007, entre os seus accionistas, a TEIXEIRA DUARTE terá o direito de nomear 3 dos 5 membros do Conselho de Administração;
 - (b) nos termos da mesma disposição, o presidente do Conselho de Administração será um dos administradores designados pela TEIXEIRA DUARTE; e

- (c) nos termos do artigo décimo oitavo dos Estatutos da MARINERTES, as deliberações do Conselho de Administração serão tomadas por maioria dos votos expressos, dispondo o seu Presidente, em caso de empate, de voto de qualidade, sendo que caberá ao Conselho de Administração deliberar sobre as matérias estratégicas para a sociedade.⁶

3.2. Da qualificação como operação de concentração

17. Entende-se que a presente operação configura uma operação de concentração, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 8.º da Lei da Concorrência, conjugado com a alínea a) do n.º 3 do mesmo diploma, na medida em que:
- (a) com a presente operação, verificar-se-á, como demonstrado no ponto 16., uma alteração na estrutura de controlo da MARINERTES, que deixará de estar sob o controlo exclusivo da SEADREDGE, para passar a estar sob o controlo exclusivo da TEIXEIRA DUARTE.
- (b) o facto de o principal activo da MARINERTES consistir, presentemente, nos direitos decorrentes do Contrato de pesquisa e prospecção, não obsta à sua qualificação como “empresa”⁷, para efeitos da Lei da Concorrência.
18. No que se refere a este segundo ponto, importa clarificar que se entende que a MARINERTES, não obstante o seu principal activo serem os direitos decorrentes do Contrato de pesquisa e prospecção, constitui uma “empresa”, não tanto pelo facto de ser, formalmente, uma “sociedade anónima”, mas pelo facto do seu objecto social se enquadrar na noção de actividade económica prevista no artigo 2.º da Lei da Concorrência.

⁶ Cfr. Artigo décimo nono dos Estatutos da MARINERTES.

⁷ O conceito de empresa encontra-se previsto no artigo 2.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho que considera empresa, “(...) qualquer entidade que exerça uma actividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do modo de funcionamento.

19. De facto, o elemento determinante para a qualificação de uma entidade como “empresa” é a natureza da actividade que a mesma desenvolve ou que se prevê que venha a desenvolver, detendo, para o efeito, os activos imprescindíveis para actuar no mercado, num curto espaço de tempo⁸⁹.
20. A não determinação concreta do início efectivo da actuação de uma entidade no mercado, em nada prejudica a sua qualificação como “*empresa*” para efeitos de Direito da Concorrência.
21. Uma interpretação da noção de empresa diferente da proposta não abrangeria situações, em que entidades já constituídas desenvolverão uma actividade económica, num curto espaço de tempo, como sucede normalmente no caso da criação de “empresas comuns”.
22. Face ao exposto, a MARINERTES é qualificável como “empresa”, uma vez que, segundo as estimativas apresentadas pela notificante, se espera que a MARINERTES se encontre activa no mercado em 2009, e na medida em que:
 - (i) a mesma já detém os activos intangíveis indispensáveis à sua actuação no mesmo: os direitos de pesquisa e prospecção e os estudos de impacto ambiental já efectuados;
 - (ii) os activos corpóreos necessários à sua estabelecimento no mercado poderão ser facilmente, e num curto espaço de tempo, adquiridos ou sub-contratados.
23. Assim se conclui que a presente operação consubstancia uma operação de concentração na acepção da alínea b) do n.º 1 do artigo 8.º da Lei da Concorrência, e na definição de controlo dada pela alínea a) do n.º 3 do mesmo artigo.

⁸ Esse “período de arranque”, por analogia com a prática decisória da Comissão Europeia, relativamente à criação de “empresas comuns”, não deverá exceder os 3 anos (Cfr. *Comunicação da Comissão relativa ao conceito de empresas comuns que desempenham todas as funções de uma entidade económica autónoma*, ponto 14 do J.O. n.º C 66/1, de 2.3.1998).

⁹ *Vide*, a este propósito, a Decisão da Autoridade da Concorrência, no processo de Ccent. n.º 16/2005 – Enernova/Ortiga*Safra, de 11 de Novembro de 2005.

24. Definida a natureza da presente operação como uma operação de concentração, cabe, agora, analisar se a mesma se encontra sujeita à obrigatoriedade de notificação prévia, nos termos do artigo 9.º da Lei da Concorrência.

3.3. Da obrigatoriedade de notificação, nos termos do artigo 9.º da Lei da Concorrência

25. Nos termos do n.º 1 do artigo 9.º da Lei da Concorrência, existe obrigatoriedade de notificação prévia quando a operação de concentração preencha uma das seguintes condições previstas nas alíneas a) ou b) do mesmo número:

- *Em consequência da sua realização se crie ou se reforce uma quota superior a 30% no mercado nacional de determinado bem ou serviço, ou numa parte substancial deste (al. a);*
- *O conjunto das empresas participantes na operação de concentração tenha realizado em Portugal, no último exercício, um volume de negócios superior a 150 milhões de euros, líquidos de impostos com este directamente relacionados, desde que o volume de negócios realizados individualmente em Portugal por, pelo menos, duas dessas empresas seja superior a dois milhões de euros. (al. b).*

26. Por uma questão de organização, optou-se por inverter a análise das duas condições.

3.3.1 Do preenchimento da condição constante da alínea b) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei da Concorrência

27. Como se pode constatar da Tabela 1, o volume de negócios do Grupo TEIXEIRA DUARTE, é suficiente para ultrapassar o mínimo de 150 milhões de euros, a partir do qual a Lei da Concorrência obriga a notificar.

28. Contudo, a mesma alínea b) impõe um outro requisito para que a operação seja notificável em virtude do volume de negócios: que o volume de negócios realizado em Portugal por, pelo menos, duas dessas empresas participantes seja superior a dois milhões de euros.
29. Ora, como se verificou dos pontos 8, 9 e 10 *supra*, a MARINERTES não realizou qualquer volume de negócios no último exercício, pelo que esta condição não se encontra preenchida.¹⁰
30. Face ao exposto, a presente operação de concentração não preenche a condição de obrigatoriedade de notificação prévia, relativa ao volume de negócios.

3.3.2 Do preenchimento da condição constante da alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho

31. O preenchimento da condição de notificação prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei da Concorrência, implica que, em resultado da operação de concentração, se crie ou se reforce uma quota de mercado superior a 30% no mercado nacional de determinado bem ou serviço, ou numa parte substancial deste.
32. Sucede que não é possível estimar, com o mínimo de rigor e certeza, qual a quota de mercado que a MARINERTES virá a deter no mercado relevante em causa, isto é, no mercado dos inertes ou agregados,¹¹ pelas razões expostas *infra*.

¹⁰ Ainda que a empresa notificante tenha apresentado uma estimativa do volume de negócios previsto para 2009, para efeitos da b) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei da Concorrência, deverá ser tido em conta o volume de negócios do último ano de exercício, baseando-se o cálculo do volume de negócios em “valores exactos e fiáveis”, e não em estimativas (*vide* a este propósito os parágrafos 24-16 da *Comunicação da Comissão relativa ao cálculo do volume de negócios*, J.O. C 66/25, de 2.3.1998).

¹¹ Este mercado, que integra tanto os agregados provenientes de jazidas aluviais e marinhas (areia e gravilha), como os resultantes da fragmentação de rochas maciças (britas), já foi definido pela Autoridade da Concorrência, nas decisões relativas às operações de concentração Ccent. n.º 09/2004 – *AGREPOR AGREGADOS / INERGRANITOS*, de 29 de Abril de 2004, e Ccent. 18/2004 – *SECIL BRITAS/ CARCUBOS*, 12 de Julho de 2004. No mesmo sentido, *vide* as decisões da Comissão Europeia relativas

33. Em primeiro lugar, o início da sua actividade encontra-se ainda dependente da atribuição de uma concessão de exploração, nos termos do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 88/90, de 16 de Março e do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 90/90, de 16 de Março.
34. A atribuição dessa concessão encontra-se condicionada à “*existência de recursos susceptíveis de exploração rendível*”,¹² devendo o requerimento apresentado, para o efeito, pelo titular do contrato para prospecção e pesquisa, conter, entre outros, os seguintes elementos: localização e delimitação da ou das áreas em que pretende desenvolver a exploração dos inertes ou agregados; relatórios técnicos; e estudos de pré-viabilidade da exploração.¹³
35. O requerimento para atribuição de concessão de exploração poderá mesmo ser indeferido se “*não existirem condições que justifiquem a atribuição da concessão*”.¹⁴
36. Isto significa que, presentemente, e face aos procedimentos e requisitos administrativos, económicos e técnicos previstos nos diplomas legais acima referidos, é incerto: (i) qual das oito áreas abrangidas pelos direitos de pesquisa e prospecção atribuídos à MARINERTES será objecto da necessária concessão para a sua exploração; (ii) o momento em que a mesma será atribuída, e (iii) por conseguinte, qual virá ser a capacidade de extracção da sociedade em causa.
37. Em segundo lugar, apenas a incerteza quanto a estes factores justifica que, no Contrato de Compra e Venda de Acções, as partes tenham feito depender, na íntegra, o preços da acções objecto do contrato, do “*valor das vendas anuais*” da MARINERTES, num período de 12 anos, considerando 2009 como o primeiro ano de facturação.

aos casos n.º COMP/M. *ANGLO – AMERICAN/TARMAC*, de 13.01.2000 e IV/M. 1030 – *LAFARGE/REDLAND*, de 16.12.1997.

¹² Cfr. n.º 2 do artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 90/90, de 16 de Março.

¹³ Cfr. n.º 1 e n.º 2 do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 88/90, de 16 de Março.

¹⁴ Cfr. alínea a) do n.º 3 do artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 88/90, de 16 de Março.

38. Por último, é de salientar que a quota que a MARINERTES virá a deter no mercado dos inertes ou agregados, se encontra igualmente dependente de factores conjunturais, designadamente da procura que se registará deste produto por parte das empresas de construção civil, e da evolução da estrutura da oferta, a qual, por sua vez, se encontra estreitamente interligada com o enquadramento regulamentar, actual e futuro, do sector dos inertes ou agregados, designadamente dos critérios ambientais, técnicos, etc., que vierem a condicionar a entrada neste mercado.
39. Refira-se que, de acordo com a estimativa de quota de mercado da MARINERTES, efectuada em sede de instrução, com base em previsões facultadas pela notificante, a quota de mercado daquela poderá eventualmente vir a ser superior a 30%, em algum dos quatro mercados regionais identificados¹⁵¹⁶.
40. No entanto, face à incerteza e pouca fiabilidade destes dados, conforme demonstrado *supra*, a Autoridade da Concorrência considera que não está preenchida a condição prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei da Concorrência.

V - AUDIÊNCIA DE INTERESSADOS

41. Nos termos do n.º 2 do artigo 38.º da Lei da Concorrência, foi dispensada a audição prévia dos autores da notificação, dada a ausência de contra – interessados e uma vez que a presente decisão é de inaplicabilidade da Lei.

¹⁵ Refira-se que, de acordo com a prática decisória da AdC (*vide* decisões da AdC relativas às operações de concentração Ccent. n.º 09/2004 - *AGREPOR AGREGADOS/INERGRANITOS*, de 29 de Abril de 2004, e Ccent. 18/2004 - *SECIL BRITAS/ CARCUBOS*, 12 de Julho de 2004, o mercado dos agregados e inertes apresenta uma dimensão regional, atendendo a que o custo de transporte relativamente ao valor dos produtos em causa é muito elevado.

¹⁶ Os mercados geográficos identificados correspondem aos distritos onde se situam as áreas marítimas, cujos direitos de prospecção e pesquisa foram atribuídos à MARINERTES, i.e.: Distrito de Faro, Distrito do Porto, Distrito de Viana do Castelo, Distrito de Coimbra.

VI – CONCLUSÃO

42. 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, que a presente operação de concentração não se encontra abrangida pela obrigação de notificação prévia a que se refere o artigo 9.º deste diploma.

Lisboa, 9 de Abril de 2007

O Conselho da Autoridade da Concorrência

Prof. Doutor Abel Mateus
(Presidente)

Eng. Eduardo Lopes Rodrigues
(Vogal)

Dra. Teresa Moreira
(Vogal)