

**AC – I – Ccent. 31/2008
TAGUSGÁS/ACTIVOS REGULADOS de GÁS NATURAL**

**Decisão de Não Oposição
Da Autoridade da Concorrência**

(alínea b) do n.º 1 do artigo 35.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho)

20/6/2008

DECISÃO DE NÃO OPOSIÇÃO DA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA
Processo AC – I – Ccent. 31/2008– *Tagusgás/Activos Regulados de Gás Natural*

I – OPERAÇÃO NOTIFICADA

1. Em 16 de Maio de 2008, foi notificada à Autoridade da Concorrência (doravante, “AdC”), nos termos dos artigos 9.º e 31.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (doravante “Lei da Concorrência¹”), uma operação de concentração que consiste na aquisição, pela empresa *Tagusgás – Empresa de Gás do Vale do Tejo, S.A.* (doravante “*Tagusgás*”) do controlo exclusivo sobre um conjunto de *Activos Regulados de Gás Natural* (“*Activos*”), actualmente detidos pela sociedade *Galp Gás Natural, S.A.* (“*Galp Gás Natural*”).
2. 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, e está sujeita à obrigatoriedade de notificação prévia, por preencher ambas as condições enunciadas nas alíneas a) e b), n.º 1, do artigo 9.º, do mesmo diploma.

II – AS PARTES

3. A *Tagusgás* é, desde 2000, a empresa concessionária, em regime de serviço público e em exclusivo por um período de 35 anos, da distribuição de gás natural na região centro de Portugal Continental². A sua área de concessão abrange 39 concelhos, nos distritos do Santarém, Portalegre e Leiria. A sua

¹ Na ausência de referência em contrário, as disposições legais indicadas na presente Decisão correspondem às previstas na Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, alterada pelo Decreto-Lei n.º 219/2006, de 2 de Novembro.

² Na sequência da celebração de um Contrato de Concessão com o Estado Português, em Dezembro de 1998.

actividade consiste no desenvolvimento e exploração da rede pública de distribuição regional de gás.

4. Actualmente³, a Tagusgás é controlada, conjuntamente e em resultado da existência de um Acordo de Accionistas, pelas empresas: (i) Construtora do Lena (participação no capital de [50-55%]); (ii) GDP – Distribuição, SGPS, S.A. (participação no capital de 41,27%). O seu volume de negócios, em Portugal em 2007, foi de cerca de [>€2 Milhões < €150 Milhões].

5. Os Activos a adquirir abrangem um conjunto de infra-estruturas reguladas, utilizadas na actividade de transporte de gás natural em média pressão, e que compreendem, designadamente, o Ramal de Média Pressão ("MP") da Galocha e um conjunto de Pontos de Medição. Estes activos encontram-se actualmente afectos à concessão da Galp Gás Natural. Nos termos do artigo 10.º da Lei da Concorrência, em Portugal, o volume de negócios dos activos a adquirir foi, em 2006, cerca de [> €2 Milhões].

III – NATUREZA DA OPERAÇÃO

3.1 Ponto Prévio

3.1.1 Enquadramento

6. Em 21 de Abril de 2008, veio a ora notificante apresentar uma exposição relativa à eventual obrigatoriedade de notificação, para efeitos do disposto no artigo 9.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, da transacção que, agora, se analisa.

³ A presente estrutura de controlo da Tagusgás foi analisada pela AdC no âmbito da operação de concentração *Ccent. 27/2006 – Construtora do Lena/Tagusgás*. Para a mesma se remete a análise da participação de 5,56% que a empresa Faiart – Faianças e Porcelanas, S.A. detém no capital social da Tagusgás.

7. Não obstante reconhecer que a presente transacção consubstancia uma operação de concentração, à luz da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, em concreto do seu artigo 8.º, e de – em abstracto – a mesma se encontrar sujeita à obrigatoriedade de notificação prévia, por se encontrar preenchido (pelo menos) o critério da quota de mercado (artigo 9.º, n.º 1, alínea a) do referido diploma), defendeu a requerente a «inaplicabilidade» do mesmo dever de notificar.
8. A sua argumentação baseou-se (i) na existência de uma obrigação legal de alienação e outra de aquisição dos “Activos Regulados”; (ii) na limitação legal de liberdade contratual; (iii) conflito de leis e/ou conflito interno de normas; (iv) situação excepcional justificada pela existência de outros interesses e valores. Os argumentos aqui sumariados encontram-se melhor expostos nos pontos 14 e seguintes.
9. Em 9 de Maio, a AdC comunicou à, então, requerente o indeferimento da sua pretensão de não notificar a operação, intimando-a a fazê-lo, nos termos do artigo 31.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (vide posição da AdC nos pontos 21 e seguintes).

3.1.2 A Transacção

10. Nos termos do n.º 6 do artigo 65.º do Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de Junho⁴ - que impõe a transferência de tais activos a favor da concessionária de distribuição de gás regional - «os gasodutos de MP

⁴ Diploma que “[D]esenvolve os princípios gerais relativos à organização e ao funcionamento do Sistema Nacional de Gás Natural, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 30/2006, de 15 de Fevereiro, regulamentando o regime jurídico aplicável ao exercício das actividades de transporte, armazenamento subterrâneo, recepção, armazenamento e regaseificação de gás natural liquefeito, à distribuição e comercialização de gás natural e à organização dos mercados de gás natural, e que completa a transposição da Directiva n.º 2003/55/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho.”

afectos à actual concessão da Transgás [actual Galp Gás Natural], bem como as UAG⁵ que se mantêm sua propriedade, devem ser alienados à concessionária de distribuição local da respectiva área [neste caso, a Tagusgás], no prazo de um ano a contar a partir da data da entrada em vigor do presente decreto-lei.». Assim, a presente transacção encontra-se vinculada a uma obrigação legal.

11. No n.º 7 do mesmo preceito estabelece-se ainda que: *«O contrato de compra e venda destes activos é negociado entre as partes, devendo o preço ser fixado tendo em conta o valor contabilístico do activo alienado, líquido de amortizações e subsídios, e o valor da tarifa aplicável nos termos do tarifário.»*
12. Tal significa que, o legislador estabeleceu uma obrigação de venda e uma obrigação de compra, pré-definiu o objecto do contrato, determinou regras de cálculo do preço e estabeleceu os limiares temporais para a realização da transacção.
13. Contudo, e como se verá *infra*, esta intervenção do legislador não obsta a que a presente transacção configure uma operação de concentração nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 8.º da Lei da Concorrência, uma vez que estamos em presença da aquisição de controlo exclusivo pela Tagusgás de um conjunto de activos (ramais de média pressão e pontos de medição) da propriedade da Galp Gás Natural.

3.1.3 Posição da requerente

⁵ Por “UAG”, entende-se a instalação autónoma de recepção, armazenamento e regaseificação de gás natural liquefeito (GNL) para emissão em rede de distribuição ou directamente ao cliente final. Segundo a notificante, no âmbito da presente operação de concentração, não serão alienados quaisquer UAG’s uma vez que as existentes pertencem já à Tagusgás e situam-se na sua área de concessão.

14. A requerente defende na sua exposição de 21 de Abril que, estando as partes legalmente obrigadas a concretizar tal transacção, não faz sentido ser-lhes exigível que solicitem autorização da AdC para a sua realização, pelo que não estão sujeitas à referida obrigação de notificação prévia. Acresce que a apreciação por parte da AdC poderia, caso viesse a ser adoptada uma decisão de oposição, inviabilizar o cumprimento daquela obrigação legal.
15. Entende, assim, a requerente estar-se presente um conflito de leis que só poderá ser resolvido perante a “inaplicabilidade” do artigo 9.º da Lei da Concorrência à presente transacção. Segundo a requerente, o Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de Junho sobrepõe-se a este preceito por se tratar de norma posterior, ou eventualmente de norma especial.
16. A Tagusgás avança ainda outro argumento que levaria à não aplicação do artigo 9.º, caso se entenda que a *mens legislatoris* e a *ratio legis* relativas ao n.º 6 do artigo 65.º não «*anteviram a possibilidade de revogação ou de mera inaplicação*» da referida norma do regime da concorrência. Nesse caso, estar-se-ia perante o denominado “conflito interno de normas”, no sentido em que o mesmo facto concreto (a transacção) é abrangido por normas do mesmo ordenamento, cuja aplicação em simultâneo implica uma contradição: o mencionado artigo 65.º, n.º 6, determina a sua realização, o artigo 9.º da Lei da Concorrência reconhece à Autoridade o poder de autorizar ou proibir a realização da mesma.
17. Adianta ainda a Requerente que «*a mera sujeição ao procedimento de notificação prévia, independentemente do sentido da decisão que pudesse vir a ser proferida implica, só por si, aliás, dadas as disposições do artigos 11º, n.ºs 1 e 2 e 43.º, n.º 1 alínea b), [da Lei n.º 18/2003] a antinomia entre os*

dois diplomas. Com efeito, a obrigação de suspender a concretização da transacção (até à obtenção de uma decisão de não-oposição) é incompatível com o dever legal de a realizar.».

18. Tal contradição conduziria à “desaplicação/inaplicabilidade” de ambas as normas dando origem à chamada “lacuna de colisão”. Entende a Requerente que a única forma de preencher a lacuna passaria pela aplicação isolada do Decreto-Lei n.º 140/2006, *«porquanto, como já houve ocasião de referir, se trata de lex posteriori e, querendo o Legislador sujeitar a operação de concentração à apreciação da AdC, haveria cuidar de o referir expressamente».*
19. Refere ainda a Tagusgás, que a não aplicação do regime da Concorrência, em virtude de outros valores e interesses não é inédita. Aliás, o próprio regime prevê a revogação de decisões de não autorização da Autoridade, pelo membro do Governo responsável pela área económica, quando benefícios *«para a prossecução de interesses fundamentais da economia nacional superem as desvantagens para a concorrência»*, nos termos do artigo 34.º dos Estatutos da Autoridade, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro.
20. Por último, sublinha a desnecessidade do controlo prévio da operação por parte da AdC atendendo a que estamos perante uma concessão, em regime de exclusividade e de serviço público, ou seja, perante um mercado *«excluído de um regime concorrencial e submetido ao escrutínio regulatório da ERSE.»*

3.1.4 Posição da AdC

21. Conforme referido, em 9 de Maio, a AdC comunicou, à então, requerente, o seu entendimento.
22. Ao contrário do que defende a requerente, a obrigação de resultado que impende sobre as partes da presente transacção, não as exonera da obrigação de notificarem previamente a Autoridade nos termos do artigo 9.º da Lei n.º 18/2003.
23. O n.º 6 do artigo 65.º do Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de Julho tem uma previsão e estatuição completamente distinta do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, porquanto dificilmente se pode falar num conflito de leis no tempo ou mesmo de uma relação de especialidade entre ambas as normas.
24. Outrossim, este preceito a apresentar-se como uma norma especial, senão mesmo excepcional, sê-lo-ia, quando muito, em relação ao artigo 8.º, e não ao artigo 9.º, da Lei n.º 18/2003. Contudo, o legislador não excepcionou do controlo de concentrações as obrigações legais de compra impostas a operadores económicos, pois tais casos não estão previstos no n.º 4 do referido artigo 8.º, nem no próprio artigo 65.º ou qualquer outra disposição do Decreto-Lei n.º 140/2006.
25. Aliás, repare-se que a própria requerente considera que a presente transacção configura uma operação de concentração. Mas, ao contrário do que defende, para que esta transacção não estivesse sujeita ao regime do controlo de operações de concentração era necessário que o legislador o tivesse expressamente referido.
26. Segundo a requerente, trata-se de uma operação de concentração que não está sujeita à obrigação de notificar, uma vez que o legislador assim não o

quis. Ora, é exactamente o contrário: se é uma operação de concentração e cai na previsão do artigo 9.º, estando preenchidos um dos requisitos das alíneas a) e b) do n.º 1 desse mesmo artigo (como é o caso), impende sobre as empresas uma obrigação de notificar previamente a operação.

27. Obrigação esta que não é afastada pelo facto de as partes no negócio estarem obrigadas a um resultado específico: à alienação e aquisição de determinados activos. Ao contrário do que pretende, não existe um *“conflito interno de normas”* entre o n.º 6 do artigo 65.º do Decreto-Lei n.º 140/2006 e o n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 18/2003⁶ e muito menos uma *“lacuna de colisão”*.
28. O facto de a transacção ter lugar por imposição legal, não exonera as partes de cumprirem todas as formalidades e exigências legais na realização do negócio, cujo desrespeito poderá levar à nulidade do mesmo e consequentemente, como o teme a requerente, ao incumprimento da referida obrigação legal.
29. O cumprimento da notificação prévia, em si mesmo, não obsta ao cumprimento da realização da operação, da mesma forma que uma eventual proibição da operação nunca resultaria do artigo do n.º1 do artigo 9.º da Lei da Concorrência. Acresce, que a sujeição da operação ao escrutínio da Autoridade também não significa necessariamente a sua proibição. A Autoridade pode autorizar, ou autorizar com a imposição de compromissos.
30. No caso de a Autoridade não autorizar a concentração, a norma que poderia estar em conflito com o n.º 6 do artigo 65.º do Decreto-Lei n.º

⁶ Nem tão pouco face ao n.º 1 do artigo 11.º da referida Lei, que pode, aliás, ser afastado mediante a aplicação do n.º 4 do mesmo preceito legal.

140/2006 seria o n.º 4 do artigo 12.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (e não o artigo 9.º n.º 1). Mas para este e outros casos, em que se assiste a um confronto entre diferentes opções de políticas económico-sociais do legislador (proibição da operação fundamentada em considerações jusconcorrenciais em contraposição com a sua realização justificada em outros interesses e valores), está previsto o mecanismo do artigo 34.º dos Estatutos da Autoridade, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, porquanto também nesse caso nunca haveria uma *“lacuna de colisão”*.

31. Por último, refira-se, ainda, que o facto da adquirente ser concessionária, em exclusivo, do serviço público de distribuição de gás natural e nesse sentido estar sujeita ao escrutínio da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, não significa que a actividade de distribuição e comercialização de gás natural, esteja toda ela, alheia ao regime da concorrência. Sublinhe-se que o próprio Decreto-Lei n.º 140/2006 no n.º 3 do artigo 4.º reconhece as competências da Autoridade da Concorrência nestas matérias.
32. Em face de todo o exposto, a Autoridade da Concorrência considerou que a presente operação consubstanciava uma operação de concentração, nos termos e para os efeitos do artigo 8.º, n.º 1, alínea b) da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, conjugada com a definição de controlo dada pelo n.º 3, alínea b) do mesmo artigo.
33. Por outro lado, estando verificado algum dos critérios previstos no artigo 9.º, n.º 1 daquele normativo, a mesma encontrar-se-ia sujeita à obrigatoriedade de notificação prévia, nos termos do seu n.º 2, o que veio, efectivamente, a ocorrer em 16 de Maio de 2008 e que, presentemente, se encontra em análise.

3.2 Natureza da Operação

34. Conforme referido *supra*, a presente operação consiste na aquisição, pela Tagusgás, do controlo exclusivo sobre um conjunto de Activos regulados afectos à actividade de distribuição de gás natural em média e baixa pressão, actualmente explorados pela Galp Gás Natural, e localizados na zona centro de Portugal Continental.
35. 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, e está sujeita à obrigatoriedade de notificação prévia, por preencher ambas as condições enunciadas nas alíneas a) e b), n.º 1, do artigo 9.º, do mesmo diploma.

IV – MERCADOS RELEVANTES e AVALIAÇÃO JUS-CONCORRENCIAL

4.1 Mercado do Produto e Geográfico Relevante

36. Conforme referido *supra*, a presente operação de concentração consiste na aquisição, pela Tagusgás, do controlo exclusivo sobre um conjunto de Activos Regulados de Gás Natural, actualmente detidos pela Galp Gás Natural.
37. A notificante, atendendo às actividades desenvolvidas pela Tagusgás, considera que o mercado relevante, para efeitos da presente operação, corresponde ao Mercado da distribuição de gás natural em média e baixa pressão na área geográfica da concessão atribuída à Tagusgás (região do Vale do Tejo).

38. A Autoridade da Concorrência – em operações anteriores⁷ – teve já oportunidade de se pronunciar relativamente à actividade de *distribuição de gás natural em média e baixa pressão*, tendo concluído que a mesma constitui um mercado relevante autónomo, nomeadamente, da actividade de distribuição/comercialização de electricidade.
39. Concluiu, igualmente, que o mercado geográfico relevante correspondia à região delimitada pelo Contrato de Concessão para a exploração pela notificante, em regime de exclusividade e de serviço público, da rede de distribuição regional de gás natural, e na qual a Tagusgás exerce a sua actividade, designadamente, região centro de Portugal Continental, a qual abrange 39 concelhos, nos distritos do Santarém, Portalegre e Leiria.⁸
40. Atendendo à prática decisória da AdC nesta matéria, bem como a da Comissão Europeia⁹, e ao facto da presente operação de concentração não implicar qualquer alteração aos termos da concessão da Tagusgás para o exercício desta actividade, esta Autoridade não se opõe à posição da notificante no sentido de considerar que o mercado relevante, para efeitos da presente operação de concentração, corresponde à actividade de *distribuição de gás natural em Média Pressão e em Baixa Pressão na área geográfica da concessão atribuída à Tagusgás (região do Vale do Tejo)*.

4.2 Avaliação Jus-Concorrencial

⁷ Vide Decisões da Autoridade da Concorrência relativas aos casos Ccent. 48/2003 – *NQuintas/CGD/EDP (Portgás)*, de 20 de Setembro de 2004, Ccent. 56/2005 – *NQF – Energia/NQF – Gás*, de 24 de Outubro de 2005; Ccent. 77/2007 – *Portgás/Activos Regulados de Gás Natural*, de 27 de Dezembro de 2007 e Ccent. 18/2008 – *EDP/Portgás*, de 3 de Abril de 2008.

⁸ Ccent. 27/2006 – *Construtora do Lena/Tagusgás*, de 7 de Julho de 2006.

⁹ Vide decisões da Comissão Europeia COMP/M.3410 – *Total/Gaz de France*, de 8 de Outubro de 2004, e COMP/M.3696 E.ON/MOL, de 21 de Dezembro de 2005.

41. Conforme se referiu, a presente operação consiste na aquisição, pela Tagusgás, à Galp Gás Natural, de um conjunto de infra-estruturas físicas composto pelo Ramal de MP da Galocha e um conjunto de Pontos de Medição, em cumprimento do disposto no artigo 65.º, n.º 6 do Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de Julho.
42. De referir que a presente operação de concentração decorre do estipulado no artigo 65.º, n.º 6 do Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de Julho, o qual prevê que os *“gasodutos de MP afectos à actual concessão da TRANSGÁS [actual Galp Gás Natural], bem como as UAG que ainda se mantêm sua propriedade, devem ser alienados à concessionária de distribuição regional ou licenciada de distribuição local da respectiva área [(in casu, a Tagusgás)] (...).”*
43. De referir, igualmente, que apenas a propriedade dos Activos é objecto da presente operação de concentração, não havendo qualquer alteração ao nível [CONFIDENCIAL], conforme as regras definidas anteriormente em contratos de concessão, num contexto prévio à abertura à concorrência do sector do gás natural, em Portugal Continental.
44. A Autoridade da Concorrência, tendo em conta (i) que a actividade a desenvolver no mercado relevante em causa – a saber, *mercado da distribuição de gás natural em média pressão e baixa pressão na área geográfica da concessão atribuída à Tagusgás (região do Vale do Tejo)* – constitui uma actividade sujeita a monopólio legal e de serviço público, cuja exploração se encontra concessionada em regime de exclusividade à notificante Tagusgás, ao abrigo de um Contrato de Concessão celebrado com o Estado Português; (ii) que a presente operação implica, tão-só, uma mera transferência para a notificante, da propriedade de um conjunto de infra-estruturas físicas, integrada numa política de reestruturação do

sector energético nacional, não acarretando qualquer consequência ao nível da [CONFIDENCIAL], considera que, da presente operação de concentração, não resultará qualquer impacto significativo na estrutura da concorrencial do mercado relevante.

45. Neste contexto, considera esta Autoridade que a presente operação não é susceptível de reforçar uma posição dominante da qual possam resultar entraves significativos à concorrência efectiva no mercado considerado como relevante.

V – PARECER DA ENTIDADE REGULADORA SECTORIAL

46. Em 26 de Maio de 2008, a AdC solicitou à ERSE o pedido de Parecer ao abrigo do artigo 39.º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, tendo a mesma se pronunciado em 19 de Junho.

47. Na sua apreciação, a ERSE salientou, entre outros, os seguintes aspectos:
- *“A organização do SNGN [(Sistema Nacional de Gás Natural)] e respectivo ordenamento jurídico impõem a separação de actividades de transporte, distribuição e comercialização de gás natural;*
 - *Os activos a transferir nesta operação estão geograficamente integrados na área de concessão atribuída à Tagusgás mas mantêm-se na posse de uma entidade jurídica integrada no grupo GALP Energia;*
 - *O enquadramento legal estabelece a transmissão dos activos correspondentes a gasodutos em média pressão que se encontrem dentro*

das áreas de concessão das concessionárias ou licenciadas de distribuição para a propriedade destas entidades;

- *Desde 1 de Janeiro de 2008, a abertura do mercado de gás natural legalmente definida compreende a elegibilidade de clientes com consumo anual igual ou superior a 1 milhão de m³ normais e que alguns destes clientes podem corresponder a pontos de medição fisicamente ligados à rede de média pressão."*

48. Neste contexto, concluiu que a operação em análise não parece constituir a criação ou reforço de uma posição dominante na distribuição de gás natural no conjunto de 39 concelhos dos distritos de Santarém, Portalegre e Leiria que integram a área de concessão da Tagusgás. Antes, esta operação corresponde ao cumprimento de um requisito legal na organização do sector do gás natural em Portugal e vem clarificar o eventual aparecimento de comercialização livre na mencionada área geográfica.
49. Assim sendo, a ERSE explicita a sua não oposição à concretização da operação supramencionada.

VI – DELIBERAÇÃO DO CONSELHO

50. 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, delibera, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 35.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, não se opor à presente operação de concentração, uma vez que a mesma não é susceptível de reforçar uma posição dominante da

qual possam resultar entraves significativos à concorrência efectiva no mercado da *distribuição de gás natural em Média Pressão e em Baixa Pressão na área geográfica da concessão atribuída à Tagusgás (região do Vale do Tejo)*.

Lisboa, 20 de Junho de 2008

O Conselho da Autoridade da Concorrência

Manuel Sebastião
(Presidente)

Jaime Andrez
Noronha
(Vogal)

João Espírito Santos
(Vogal)