

Ccent. 41/2015
Atlantic Gateway / TAP

Decisão de Não Oposição
da Autoridade da Concorrência

alínea b) do n.º 1 do artigo 50.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio

01/10/2015

**DECISÃO DE NÃO OPOSIÇÃO
DA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA**

Processo Ccent. 41/2015 – Atlantic Gateway / TAP

OPERAÇÃO NOTIFICADA

1. Em 20 de agosto de 2015, foi notificada à Autoridade da Concorrência (“AdC”), nos termos dos artigos 37.º e 44.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (doravante “Lei da Concorrência”), uma operação de concentração, que consiste na aquisição do controlo conjunto, pela HPGB, SGPS, S.A. (“HPGB”) e pela DGN Corporation (“DGN”), através da Atlantic Gateway, SGPS, S.A. (“Atlantic Gateway”), sobre a TAP – Transportes Aéreos Portugueses, SGPS, S.A. (“TAP”).
2. A operação notificada configura uma concentração de empresas na aceção da alínea b), do n.º 1 do artigo 36.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 as condições enunciadas nas alíneas a) e c) do n.º 1 do artigo 37.º do mesmo diploma.

AS PARTES

Empresas Adquirentes

3. Para efeitos da Lei da Concorrência, as empresas que, em resultado da presente operação de concentração, irão adquirir o controlo conjunto sobre a TAP são, indiretamente e através da Atlantic Gateway, a HPGB e a DGN.

HPGB

4. O grupo HPGB desenvolve a sua atividade principal no setor do transporte rodoviário de passageiros e carga dentro do território nacional e, de forma menos expressiva, para certos destinos na Europa. O grupo HPGB é controlado pelo Sr. Humberto Pedrosa.
5. No que respeita ao transporte rodoviário de passageiros, o grupo presta serviços de transporte regular em áreas urbanas e transporte regular interurbano entre várias cidades em Portugal, para além de serviços ocasionais (agências de viagens e operadores turísticos, escolas, entre outros).
6. No transporte de mercadorias, o grupo desenvolve a sua atividade em todo o território nacional e na União Europeia.
7. Finalmente, o grupo HPGB também está presente no transporte ferroviário de passageiros na área metropolitana de Lisboa (travessia ferroviária do rio Tejo, através da Fertagus, e metro sul do tejo).

Nota: indicam-se entre parêntesis retos [...] as informações cujo conteúdo exato haja sido considerado como confidencial.

8. Os volumes de negócios consolidados da HPGB, nos anos de 2012 a 2014, foram os seguintes.

Tabela 1 – Volume de negócios da HPGB (2012-14)

<i>Milhões Euros</i>	2012	2013	2014
Portugal	[>100]	[>100]	[>100]
EEE	[>100]	[>100]	[>100]
Mundial	[>100]	[>100]	[>100]

Fonte: Notificante.

DGN

9. Trata-se de uma sociedade de direito norte-americano, cuja atividade se desenvolve, através das suas participadas, nos setores da saúde, turismo e transporte aéreo de passageiros e de carga.
10. A DGN é uma sociedade detida exclusivamente pelo Sr. David Gary Neeleman.
11. Relativamente ao transporte aéreo, a DGN controla a sociedade de direito brasileiro Azul, Linhas Aéreas Brasileiras, S.A. (“Azul”), explorando diversas rotas domésticas no Brasil e três rotas internacionais — duas para o sul dos Estados Unidos da América e uma para a Guiana Francesa.
12. Os volumes de negócios consolidados da DGN, nos anos de 2012 a 2014, foram os seguintes.

Tabela 2 – Volume de negócios da DGN (2012-14)

<i>Milhões Euros</i>	2012	2013	2014
Portugal	-	[>5]	[<5]
EEE	-	[>100]	[<100]
Mundial	[>100]	[>100]	[>100]

Fonte: Notificante.

Atlantic Gateway

13. A Atlantic Gateway é uma sociedade gestora de participações sociais (*holding*), de direito português, constituída em 19 de junho de 2015. À data da presente operação de concentração, não possui quaisquer participações (de controlo ou financeiras) sobre quaisquer outras sociedades.
14. Os acionistas da Atlantic Gateway são a HPGB — com 51% do capital social (e respetivos direitos de voto), representado por ações ordinárias, que lhe conferem 25,53% dos lucros a distribuir — e a DGN — com 49% do capital social (e respetivos direitos de voto), representado por ações classe A, que lhe conferem 74,47% dos lucros a distribuir.
15. A Atlantic Gateway é, assim, uma empresa-comum-veículo, através da qual os seus acionistas exercerão o controlo conjunto da TAP

Nota: indicam-se entre parêntesis retos [...] as informações cujo conteúdo exato haja sido considerado como confidencial.

Empresa Adquirida — TAP – Transportes Aéreos Portugueses, SGPS, S.A.

16. A TAP SGPS, S.A. é uma sociedade gestora de participações sociais. Desenvolve, através das suas participadas — a mais relevante das quais a empresa TAP – Transportes Aéreos Portugueses, S.A. (“TAP, S.A.”) — atividades no transporte aéreo de passageiros e de carga, manutenção, reparação e inspeção de aeronaves, bem como outras atividades acessórias como comércio a retalho em aeroportos, *catering* para aviação, cuidados de saúde e consultoria informática.
17. Os volumes de negócios consolidados da TAP, nos anos de 2012 a 2014, foram os seguintes.

Tabela 3 – Volume de negócios da TAP (2012-14)

<i>Milhões Euros</i>	2012	2013	2014
Portugal	[>100]	[>100]	[>100]
EEE	[>100]	[>100]	[>100]
Mundial	[>100]	[>100]	[>100]

Fonte: Notificante.

NATUREZA DA OPERAÇÃO

18. A presente operação de concentração resulta do processo de reprivatização da TAP, através da venda de ações representativas de até 66% do seu capital social, tal como aprovado pelo Decreto-Lei n.º 181-A/2014, de 24 de dezembro.
19. A operação foi realizada nos termos do Caderno de Encargos aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 4-A/2015, de 20 de janeiro.
20. A HPGB e a DGN apresentaram, conjuntamente, uma proposta vinculativa a 15 de maio de 2015 e uma proposta vinculativa revista a 5 de junho de 2015, tendo o Governo selecionado, a 11 de junho, esta última como proposta vencedora¹.

Estrutura societária, de capital e de financiamento

21. Conforme referido *supra*, a Atlantic Gateway é uma sociedade gestora de participações sociais, constituída a 19 de junho de 2015, com o objetivo específico de adquirir as ações da TAP SGPS.
22. A estrutura societária, de capital e de financiamento da Atlantic Gateway encontram-se definidas nos Estatutos da empresa (“Estatutos”) e no Acordo Parassocial entre os acionistas DGN e HPGB (“Acordo Parassocial”).
23. O Capital Social da Atlantic Gateway encontra-se repartido da seguinte forma²:

¹ Resolução do Conselho de Ministros n.º 38-A/2015, de 11 de junho.

² Cfr. Artigo Quinto e Artigo Sétimo dos Estatutos e [CONFIDENCIAL – SEGREDO DE NEGÓCIO] do Acordo Parassocial.

- DGN: 49% do capital social e respetivos direitos de voto, representados pela totalidade das ações Classe A emitidas, que conferem o direito a 74,47% dos lucros distribuídos e dos bens distribuídos em caso de liquidação; e
 - HPGB: 51% do capital social, representado pela totalidade das ações ordinárias emitidas, que conferem o direito a 25,53% dos lucros distribuídos e dos bens distribuídos em caso de liquidação.
24. Para além do capital social, os acionistas da Atlantic Gateway estão obrigados à realização de prestações acessórias nos montantes de³:
- € 214.500.000, relativamente aos titulares das ações Classe A (ou seja, a DGN); e
 - € 12.000.000, relativamente aos titulares de ações ordinárias (ou seja, a HPGB).
25. Assim, de um total de € 226.500.000 de prestações acessórias estatutariamente previstas, a DGN será responsável pela realização de 94,9% do total.
26. Estas prestações acessórias, (para além do capital social) servirão para a injeção de cerca de € [CONFIDENCIAL] de capital na TAP, tal como previsto no Plano de Capitalização.⁴

Gestão e governo da sociedade

27. A gestão e o governo da sociedade encontram-se regulados, também, pelos já referidos Estatutos e Acordo Parassocial.
28. Nos parágrafos seguintes salientam-se os aspetos mais relevantes para a fundamentação da natureza de controlo conjunto sobre a TAP SGPS por parte da HPGB e da DGN.
29. A sociedade Atlantic Gateway tem como órgãos de governo societário: (i) a Assembleia-Geral (“AG”); (ii) o Conselho de Administração (“CA”); (iii) o Secretário da Sociedade e; (iv) um Fiscal Único ou Conselho Fiscal e Revisor Oficial de Contas (ou Sociedade de ROC) que não faça parte do Conselho Fiscal⁵.
30. Adicionalmente, a sociedade terá ainda um conjunto de comissões, [CONFIDENCIAL – SEGREDO DE NEGÓCIO]. As comissões em causa são a Comissão de Nomeações e Remunerações e a Comissão de Revisão⁶.
31. *In casu*, afigura-se particularmente relevante a composição e formas de deliberação, quer da AG, quer do CA.
32. No que diz respeito à AG, são as seguintes as matérias sobre as deliberações que exigem uma maioria qualificada de 60% do capital social com direito de voto (que inclui tanto as ações ordinárias, como as ações Classe A)⁷:

³ Cfr. Artigo Sexto dos Estatutos

⁴ Cfr. [CONFIDENCIAL – SEGREDO DE NEGÓCIO] do Acordo Parassocial: [CONFIDENCIAL – SEGREDO DE NEGÓCIO].

⁵ Cfr. Cláusula 4 do Acordo Parassocial e Artigo Décimo dos Estatutos.

⁶ Cfr. [CONFIDENCIAL – SEGREDO DE NEGÓCIO] A Comissão de Revisão [CONFIDENCIAL – SEGREDO DE NEGÓCIO].

⁷ Cfr. Cláusula [CONFIDENCIAL – SEGREDO DE NEGÓCIO] do Acordo Parassocial e Artigo Décimo Quarto, ponto Dois e Quatro e Artigo Décimo Oitavo, dos Estatutos.

- Alterações aos Estatutos da Sociedade;
 - Fusão, cisão, transformação, dissolução e/ou liquidação da Sociedade;
 - Distribuição de dividendos e concessão ou reembolso de prestações acessórias ou suplementares, incluindo suprimentos de acionistas, bem como os respetivos termos e condições; e
 - Todas as matérias sujeitas a deliberação por maioria qualificada no CA que venham a ser submetidas a aprovação pela AG, pelas razões previstas no Acordo Parassocial.
33. Já no que se refere ao CA, o mesmo é composto por 9 membros, 5 dos quais designados pela HPGB e os 4 remanescentes pela DGN⁸.
34. Existe um conjunto de matérias sobre as quais as deliberações do CA exigem uma maioria qualificada de 7 dos seus 9 membros, de entre os quais se destacam⁹:
- Nomeação de membros dos órgãos sociais de subsidiárias da Atlantic Gateway ou de sociedades relacionadas com a Atlantic Gateway, incluindo a TAP SGPS;
 - Transações gerais de empréstimos, emissão de títulos de dívida e concessão de garantias de que sejam parte a Atlantic Gateway e/ou qualquer uma das suas subsidiárias, sempre que não estejam previstas no orçamento anual, individual ou consolidado, de montante superior a 30% dos ativos totais do Grupo TAP e realizadas fora do âmbito da gestão corrente da Atlantic Gateway;
 - Qualquer alteração às políticas internas da Atlantic Gateway, mas apenas quando não mantenha ou concretize práticas empresariais razoavelmente consideradas como sendo no melhor interesse da Atlantic Gateway, tendo em conta todos os critérios relevantes, incluindo, sem limitação, o interesse dos acionistas;
 - Investimentos não orçamentados ou outras despesas de capital de valor individual superior a 30% das receitas consolidadas do Grupo TAP, realizados fora do âmbito da gestão corrente da Atlantic Gateway;
 - Celebração, alteração ou cessação de contratos de parceria ou de *joint-ventures* de que sejam parte a Atlantic Gateway e/ou qualquer uma das suas subsidiárias, de valor individual superior a 30% das receitas consolidadas do Grupo TAP, realizada fora do âmbito da gestão corrente da Atlantic Gateway;
 - Aquisição, oneração ou venda de ativos da Atlantic Gateway e/ou qualquer uma das suas subsidiárias de valor individual superior a 30% das receitas consolidadas do Grupo TAP; realizadas fora do âmbito da gestão corrente da Atlantic Gateway e;
 - Aquisição ou alienação do controlo sobre qualquer outra sociedade de valor individual superior a 30% das receitas consolidadas do Grupo TAP.
35. Igualmente relevante para efeitos da qualificação de controlo conjunto, são as seguintes duas disposições do Acordo Parassocial:
- [CONFIDENCIAL – SEGREDO DE NEGÓCIO].

⁸ Cfr. Cláusulas [CONFIDENCIAL – SEGREDO DE NEGÓCIO] do Acordo Parassocial e Artigo Décimo Quinto dos Estatutos.

⁹ Cfr. Cláusula [CONFIDENCIAL – SEGREDO DE NEGÓCIO] do Acordo Parassocial e Artigo Décimo Oitavo, Ponto Dois, dos Estatutos.

- ¹⁰[CONFIDENCIAL – SEGREDO DE NEGÓCIO].
36. Decorre, pois, dos documentos de gestão e governo da sociedade que:
- A nomeação dos membros dos órgãos sociais da TAP SGPS e suas subsidiárias exige, por um lado, uma maioria qualificada de 7/9 (78%) do Conselho de Administração da Atlantic Gateway sendo que, [CONFIDENCIAL – SEGREDO DE NEGÓCIO] a decisão seja sujeita a deliberação da Assembleia Geral, por maioria qualificada de [CONFIDENCIAL – SEGREDO DE NEGÓCIO]% dos votos [CONFIDENCIAL – SEGREDO DE NEGÓCIO];
 - A aprovação do orçamento anual e/ou plano de negócios, embora não sujeita a maioria qualificada, [CONFIDENCIAL – SEGREDO DE NEGÓCIO];
 - Existe um conjunto de matérias referentes a investimentos, emissão de dívida, início ou extinção de acordos de parcerias e/ou de participações em *joint ventures* (de montantes superiores a um determinado limiar), sujeito a deliberação por maioria do CA e/ou da AG, em que se incluem também questões relacionadas com a remuneração dos acionistas e/ou com o financiamento dos acionistas à sociedade e suas subsidiárias.

Do controlo conjunto

37. Tanto a AdC, na sua prática decisória, como a Comissão Europeia (“Comissão”) têm considerado que *“Existe controlo conjunto quando duas ou mais empresas ou pessoas dispuserem da possibilidade de exercer uma influência decisiva sobre uma outra empresa”*¹¹. Assim, *“o controlo conjunto caracteriza-se pela possibilidade de uma situação de impasse decorrente do poder de duas ou mais empresas-mãe rejeitarem as decisões estratégicas propostas. Daí a necessidade de esses acionistas chegarem a acordo sobre a política empresarial da empresa comum e de colaborarem entre si.”*¹².
38. A forma mais evidente de controlo conjunto ocorre quando os acionistas controladores partilham, de forma equitativa, os direitos de voto na empresa comum.
39. Embora no presente caso tal não ocorra (participações no capital social de 49% e 51%) verifica-se, no entanto, que a HPGB e a DGN, por via dos Estatutos, e dada a maioria qualificada necessária (cfr. ponto 34), elegem, em conjunto, todos os órgãos sociais das participadas da empresa-veículo, ou seja, da TAP SGPS e das suas subsidiárias.
40. Esta eleição conjunta dos órgãos sociais é um elemento fundamental na caracterização da natureza do controlo na presente operação de concentração. A Comissão reforça essa relevância quando afirma que o *“poder de determinação conjunta da estrutura dos órgãos de gestão, como os membros do conselho de administração, confere em geral*

¹⁰ A cláusula [CONFIDENCIAL – SEGREDO DE NEGÓCIO] define as matérias sujeitas a deliberação pela AG por maioria qualificada de 60%, sendo a cláusula [CONFIDENCIAL – SEGREDO DE NEGÓCIO] referente à distribuição de dividendos e concessão ou reembolso de prestações acessórias ou suplementares, incluindo suprimentos de acionistas (cfr. ponto 32, da presente decisão).

¹¹ Cfr. Comunicação Consolidada, ponto 62.

¹² Comunicação consolidada da Comissão em matéria de competência ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas (“Comunicação Consolidada”), publicada no JO n.º C95/2008, de 16 de abril.

ao seu detentor [do direito de veto ou de oposição] o poder de exercer uma influência decisiva sobre a política comercial de uma empresa.”¹³

41. Importa ainda, mais uma vez, referir o [CONFIDENCIAL – SEGREDO DE NEGÓCIO] existente para as matérias sujeitas a maioria qualificada no CA (entre as quais a designação dos órgãos sociais da TAP SGPS e suas subsidiárias), tal como se explicou no ponto 36.
42. Acresce que, existem ainda outros fatores relevantes que reforçam a conclusão quanto à natureza conjunta do controlo subjacente à presente operação de concentração.
43. De facto, como melhor se explicou *supra*¹⁴, é à DGN, enquanto acionista minoritário da empresa-veículo, que cabe o financiamento indireto da TAP SGPS, uma vez que é responsável por assegurar cerca de 95% do total de prestações acessórias sobre as quais assenta a injeção de capital no Grupo TAP.
44. Ora, a responsabilidade do financiamento por parte do acionista minoritário¹⁵ é um elemento relevante para se aferir da natureza conjunta do controlo. Nestes casos o cenário de controlo conjunto pode apresentar-se *“também quando um acionista maioritário depende acentadamente de um acionista minoritário. Isto pode acontecer quando a empresa comum depende económica e financeiramente do acionista minoritário, ou quando este último é o único que dispõe do saber-fazer necessário e é chamado a desempenhar um papel crucial na empresa comum...”*¹⁶
45. Assim, *in casu*, verifica-se a condição da ligação económica e financeira da HPGB (acionista maioritária da Atlantic Gateway) relativamente à DGN. O mesmo sucede com o saber-fazer referido na citação anterior, decorrente da experiência da DGN no setor do transporte aéreo.
46. A relevância dos critérios referidos anteriormente é particularmente reforçada quando a probabilidade de existência de interesses comuns é maior. Segundo a Comissão, tal sucede se *“a operação se realizar através de uma ação concertada.”*¹⁷
47. Mais uma vez se verifica que tal se aplica à presente operação de concentração. De facto, e até pela natureza do próprio processo de venda, a aquisição do capital social da TAP é, efetivamente, uma ação conjunta. Mais precisamente, as empresas HPGB e DGN agiram através do então agrupamento Gateway, concorrendo ao processo de venda direta de referência do capital social da TAP e apresentando duas propostas conjuntas vinculativas (cfr. pontos 19 e 20) indicando inequivocamente, dessa forma, a existência de interesses comuns.
48. Assim, em resumo, considerando que:
 - A ação conjunta de ambas as empresas, consubstanciada na apresentação de propostas conjuntas para aquisição do capital social da TAP, no âmbito do processo de reprivatização, indicia a existência de fortes interesses comuns e de alinhamento de incentivos;

¹³ Cfr. Comunicação Consolidada, ponto 68.

¹⁴ Cfr. Ponto 24.

¹⁵ Importa aqui recordar que a DGN é acionista minoritária da empresa-veículo Atlantic Gateway (cfr. ponto 23).

¹⁶ Cfr. Comunicação Consolidada, ponto 78.

¹⁷ *Idem*, ponto 79.

- Ambas as empresas-mãe, independentemente da participação concreta no capital social da Atlantic Gateway (empresa-veículo), elegem conjuntamente os órgãos sociais de todas as participadas (ou seja, da TAP SGPS e suas participadas);
- Existe um conjunto de matérias que podem ser consideradas estratégicas que estão dependentes de aprovação (quer no CA, quer na AG) por maiorias qualificadas que implicam a atuação conjunta;
- Existe uma forte ligação económica, financeira e operacional da acionista maioritária (HPGB) à acionista minoritária (DGN);

A AdC considera que a presente operação de concentração consiste na aquisição de controlo conjunto da TAP por parte da HPGB e da DGN, ainda que através da Atlantic Gateway

MERCADOS RELEVANTES

Mercado do Produto Relevante

Posição da Notificante

49. Para efeitos de determinação dos mercados relevantes, a Notificante toma como referência as atividades da adquirida.

Transporte aéreo de passageiros

50. Para definição dos mercados relevantes de produto, a Notificante socorre-se da extensa prática decisória da AdC e da Comissão¹⁸, adotando uma abordagem por par origem-destino (também designado por “par OxD”), em que cada par OxD constitui um mercado de produto relevante autónomo.
51. A Notificante reconhece que, em determinadas circunstâncias, poderão ser consideradas segmentações mais finas em função da sensibilidade dos passageiros ao tempo (passageiros sensíveis ao tempo e passageiros não-sensíveis ao tempo).
52. Ao mesmo tempo a Notificante aborda a possibilidade de, em algumas circunstâncias, os mercados definidos como pares OxD poderem incluir rotas indiretas (i.e. que envolvam escalas) e/ou mais do que um aeroporto (quando exista substituíbilidade entre aeroportos, do ponto de vista da procura).
53. Por outro lado, mais uma vez alicerçada na prática decisória referida, a Notificante considera não haver substituíbilidade entre modos de transporte em qualquer uma das rotas operadas pela adquirida (incluindo as rotas domésticas)¹⁹.

¹⁸ Referindo, a título de exemplo, as decisões nos processos nacionais Ccent 18/2009 – Air Berlin/CCB da TUlfly, de 23 de julho de 2009, Ccent n.º 57/2006 – TAP/PGA de 5 de junho de 2007 e, nos processos UE, M.6663 – Ryanair/Air Lingus III e M.7333 - Alitalia/Etihad.

¹⁹ Por referência, novamente à decisão da AdC no processo Ccent 57/2006, onde se considerou que o modo ferroviário não constituía, para o percurso Lisboa-Porto, uma alternativa ao transporte aéreo.

54. Dado o exposto, a Notificante define, como mercados relevantes, todas as rotas (diretas) operadas pela TAP e pela Portugália Airlines (“PGA”)²⁰, considerando que as definições dos mercados podem ser deixadas em aberto dada a ausência de problemas jusconcorrenciais decorrentes da presente operação.

Transporte aéreo de carga

55. A propósito do transporte aéreo de carga, a Notificante considera não ser adequada a abordagem por par OxD adotada no segmento do transporte aéreo de passageiros, uma vez que o mesmo tem características muito distintas, nomeadamente quanto à sensibilidade da carga ao tempo de transporte, entre outros fatores.
56. Considerando que não existe, segundo a Notificante, qualquer sobreposição horizontal ou relacionamento vertical entre as empresas envolvidas, a mesma propõe que o mercado seja deixado em aberto.

Manutenção, Reparação e Revisão Geral (“MRO” – Maintenance, Repair and Overhaul)

57. À semelhança dos mercados anteriores, a Notificante baseia-se na prática decisória da EU propondo, no entanto, que a definição concreta do mercado seja deixada em aberto.
58. Segundo esta mesma prática²¹, a atividade de reparação e manutenção já tem sido segmentada nos seguintes mercados: (i) serviços de manutenção de “base” ou “linha” (“*line maintenance*”), (ii) serviços de manutenção pesada (“*heavy maintenance*”); (iii) serviços de manutenção de motores (“*engine maintenance*”) e; (iv) serviços de manutenção de componentes (“*component maintenance*”).

Venda a retalho em aeroportos

59. A Notificante faz referência à atividade de venda a retalho de todo o tipo de artigos, em lojas ou *boutiques*, nos aeroportos, a passageiros domésticos e internacionais. No entanto, dada a ausência de qualquer sobreposição horizontal ou relacionamento vertical, considera que a definição, em concreto, deste mercado, pode ser deixada em aberto.

Catering de aviação

60. Trata-se, segundo a Notificante, de um mercado que inclui todo o fornecimento a bordo de refeições e bebidas, independentemente do tipo de alimentação (fria, quente, snacks ou refeições completas).
61. Mais uma vez, a Notificante considera que não é necessário definir-se, em concreto, o âmbito do mercado relevante de produto, na medida em que inexistem situações de sobreposição horizontal ou relacionamento vertical.

Venda Grossista de passagens aéreas a operadores turísticos

62. A venda grossista de passagens aéreas a operadores turísticos — os quais posteriormente as incluem nos produtos oferecidos aos consumidores finais (incluídas em

²⁰ Empresa integralmente detida e controlada pela TAP SGPS e ativa no setor do transporte aéreo de passageiros.

²¹ Cfr. decisões dos processos, e.g., M.5440 – Lufthansa / Austrian Airlines e M.5399 – Mubadala / Rolls Royce /JV.

“pacotes” de férias) — tem sido identificada pela Comissão como um mercado autónomo²².

63. A Notificante considera, no entanto, não haver motivos para definir este mercado como um mercado relevante distinto, dada a ausência de qualquer tipo de sobreposição horizontal ou relacionamento vertical.

Outros mercados

64. A Notificante define ainda como relevantes dois outros mercados, com base no facto de o grupo TAP prestar um conjunto de serviços que, embora maioritariamente dirigidos ao próprio grupo, são também prestados, ainda que marginalmente, a empresas terceiras: (i) a prestação de serviços de medicina, higiene e segurança no trabalho (através da participada UCS – Cuidados Integrados de Saúde, S.A.) e; (ii) a prestação de serviços de tecnologias de informação (através da participada Megasis, S.A.).
65. No entanto, quer pelo seu carácter marginal no seio do grupo TAP²³, quer pelo peso, igualmente marginal da prestação de serviços a terceiros, bem como pela total ausência de sobreposição horizontal e relacionamento vertical entre as partes, a Notificante considera que estes mercados podem ser deixados em aberto.

Posição da Autoridade

Transporte aéreo de passageiros

66. A AdC reconhece, com base prática decisória nacional e da Comissão, que a abordagem por par OxD corresponde à abordagem mais correta para a definição dos mercados relevantes no caso do transporte aéreo de passageiros.
67. Nesta, cada par OxD constitui um mercado relevante, tendo em consideração a substituíbilidade do lado da procura, na medida em que os consumidores para se deslocarem de um determinado ponto de origem para um determinado ponto de destino não podem encarar como substitutos outros pares OxD.
68. Embora no caso de companhias ditas “de bandeira”, que operam em rede (sistema de *hub-and-spoke*) possam, em determinadas circunstâncias, ser considerados para efeitos de definição de mercado, elementos do lado da oferta — tais como a concorrência entre as redes exploradas pelas companhias aéreas — a Comissão considerou que, na maior parte dos casos, o que realmente releva para efeitos de escolha do lado do consumidor é encontrar a forma mais rápida/barata de viajar do ponto A para o ponto B.²⁴

Substituibilidade entre aeroportos

69. Por seu turno, a existência de substituíbilidade entre aeroportos em determinadas cidades (i.e., uma cidade servida por mais do que um aeroporto) faz com que o conceito “par OxD” possa incluir, não apenas uma rota entre um par de aeroportos, mais sim

²² Cfr. decisões dos processos, e.g., M.5440 – Lufthansa / Austrian Airlines e M.5141 – KLM / Martinair.

²³ No volume de negócios do grupo TAP o peso da UCS corresponde a cerca de [0-5]% e da Megasis a [0-5]%.

²⁴ Cfr., e.g., decisão do processo COMP/M.3280 – Air France/KLM.

todas as rotas que operam entre um par de cidades ou um par de localizações servidas por mais do que uma única infraestrutura aeroportuária²⁵.

70. Na presente operação a questão da substituibilidade entre aeroportos não é relevante, na medida em que não há sobreposição horizontais nem efeitos verticais, pelo que não será analisada em pormenor.

Ligações diretas vs. ligações indiretas

71. No que se refere à substituibilidade entre voos diretos e voos indiretos, para os mesmos pares OxD, a mesma será tendencialmente menor em voos de curto ou médio curso do que em voos de longo curso.
72. Com efeito, os voos indiretos implicam uma paragem e, em consequência, envolvem um tempo médio de viagem superior ao de um voo direto para o mesmo par OxD, pelo que os voos indiretos são, normalmente, considerados como sendo mais inconvenientes e, como tal, menos atrativos para a generalidade dos passageiros.
73. Já num voo de longo curso, a diferença de tempos de viagem entre um voo direto e um voo indireto tenderá a ser relativamente menor, pelo que nestes casos os voos diretos e os voos indiretos serão, tendencialmente, produtos substitutos.
74. Diga-se que a Comissão Europeia apenas em circunstâncias excecionais tem admitido a possibilidade de, em rotas de curta distância (duração inferior a 6 horas), os voos indiretos poderem ser considerados como substituíveis dos voos diretos. Ou seja, tal verifica-se apenas nos casos em que, devido ao número de frequências dos voos em causa, apenas o voo indireto (embora mais demorado) permite a ida e a volta no mesmo dia.
75. Neste cenário, a comparação entre um voo direto menos demorado e um voo indireto que permite uma viagem de ida e de volta no mesmo dia, poderá dar origem a um conjunto de passageiros marginais que os consideram como produtos substituíveis.²⁶
76. Na presente operação de concentração, as rotas de longo curso da TAP, nomeadamente as ligações ao Brasil, poderão fazer parte de mercados que incluam rotas indiretas.
77. Todavia, uma vez que a AdC considera que, dada a ausência de sobreposição horizontal ou efeitos verticais, o resultado da avaliação jusconcorrencial não está dependente desta questão, podendo a mesma pode ser deixada em aberto.

Substituibilidade intermodal

78. No que se refere à eventual substituibilidade entre diferentes modos de transporte (transporte aéreo, ferroviário, rodoviário e marítimo), qualquer análise deve ser feita caso a caso, tendo em conta, designadamente, o tempo total da viagem, o número de frequências do serviço e os preços.
79. De acordo com a prática decisória da Comissão, apenas o comboio de alta velocidade tem sido, em determinadas rotas de curto curso, considerado como uma alternativa ao transporte aéreo.

²⁵ *Idem*.

²⁶ Cfr. decisões dos processos M.6607 – US Airways / American Airlines, M.5440 – Lufthansa / Austrian Airlines, M.7333 Alitalia / Etihad e Ccent n.º 57/2006 – TAP / PGA.

80. Na presente operação, a questão apenas se poderia colocar em relação a rotas domésticas continentais, nomeadamente nas rotas Lisboa-Porto e Lisboa-Faro.
81. Considerando que os aeroportos nacionais não são ainda servidos por ligações ferroviárias de alta velocidade, a AdC concluiu, no passado²⁷, não dever incluir o transporte ferroviário nos mercados relevantes analisados.
82. *In casu*, uma vez que não existe sobreposição horizontal ou relacionamento vertical entre as partes, a questão pode ser deixada em aberto.
83. Já no que diz respeito ao transporte rodoviário — que é referido no parecer do regulador setorial²⁸ — desconhece-se a existência de qualquer precedente nacional ou europeu que considere, seja qual for a circunstância, um serviço de transporte público rodoviário como fazendo parte do mesmo mercado relevante do serviço de transporte aéreo para determinado par OxD, atentas as características dos serviços (como o número de frequências do serviço ou o tempo de viagem) e a respetiva estrutura de preços.

Outros mercados

84. A AdC não se opõe às definições de mercado relevantes apresentadas pela Notificante, sendo possível deixar as mesmas em aberto dada a inexistência de qualquer tipo de sobreposição entre as atividades das Partes.
85. Assim, considera-se, apenas para efeitos de referência na presente operação de concentração, os seguintes mercados relevantes: (i) o mercado do transporte aéreo de carga; (ii) o mercado da manutenção, reparação e revisão geral (MRO); (iii) o mercado da venda a retalho em aeroportos; (iv) o mercado dos serviços de *catering* para aviação e; (v) o mercado da venda grossista de passagens aéreas a operadores turísticos.
86. A AdC entende ainda não ser necessário analisar os mercados propostos pela Notificante relativamente à prestação de serviços de medicina, higiene e segurança no trabalho e à prestação de serviços de tecnologias de informação, dada a ausência de sobreposição horizontal ou efeitos verticais entre as Partes.²⁹

Mercado Geográfico Relevante

Posição da Notificante

87. A Notificante considera, com base em toda a prática decisória nacional e europeia, que o mercado do transporte aéreo de passageiros, ao ser definido em termos de pares OxD, engloba, necessariamente, o seu âmbito geográfico, que é constituído pelo trajeto em causa.
88. No que diz respeito aos restantes mercados, a Notificante entende que os respetivos âmbitos geográficos podem ser deixados em aberto. Não obstante, e mais uma vez com base na prática decisória nacional e/ou comunitária, propõe o que se segue:

²⁷ Cfr. decisão do processo Ccent n.º 57/2006 – TAP/PGA, pontos 52 a 69.

²⁸ Cfr. Parecer da Autoridade Nacional da Aviação Civil, emitido em 9 de setembro, em resposta ao pedido da AdC nos termos e para os efeitos do artigo 55.º da Lei da Concorrência.

²⁹ Cfr., também, nota de rodapé n.º 23

- a) Mercado do transporte aéreo de carga, com um âmbito geográfico equivalente ao Espaço Económico Europeu (EEE);
- b) Mercado da manutenção, reparação e revisão geral: a prática decisória tem definido um âmbito geográfico infranacional para o segmento das reparações de “base” ou de “linha” (*line maintenance*), sendo o âmbito geográfico dos restantes segmentos equivalente, pelo menos, ao EEE;
- c) Mercado da venda a retalho em aeroportos: âmbito geográfico correspondente ao EEE;
- d) Mercado dos serviços de *catering* para aviação: âmbito geográfico correspondente ao território nacional;
- e) Mercado da venda grossista de passagens aéreas a operadores turísticos: mercado de âmbito nacional.

Posição da AdC

89. A AdC concorda que, no que diz respeito ao transporte aéreo de passageiros, que o mercado geográfico relevante é definido pelo par de localizações (par OxD) que define o mercado de produto.
90. Assim, cada par OxD tem um âmbito geográfico equivalente ao percurso da rota em causa.
91. No que diz respeito aos restantes mercados de produto relevantes, a AdC considera que o seu âmbito geográfico pode ser deixado em aberto, dada a inexistência de sobreposições horizontais e/ou verticais e, conseqüentemente, de efeitos jusconcorrenciais.

Conclusão quanto aos mercados relevantes

92. Dado o exposto, a AdC considera como relevantes, os seguintes mercados:
 - Os mercados de transporte aéreo de passageiros, sendo cada mercado definido por par OxD;
 - O mercado do transporte aéreo de carga, ficando em aberto o âmbito geográfico concreto deste mercado;
 - O mercado da manutenção, reparação e revisão geral de aeronaves, ficando em aberto o âmbito geográfico concreto deste mercado;
 - O mercado da venda a retalho em aeroportos, ficando em aberto o âmbito geográfico concreto deste mercado;
 - O mercado dos serviços de *catering* para aviação, ficando em aberto o âmbito geográfico concreto deste mercado;
 - O mercado da venda grossista de passagens aéreas para operadores turísticos, ficando em aberto o âmbito geográfico concreto deste mercado.
93. Tal como referido anteriormente, a AdC considera que as demais atividades da adquirida, quer pelo seu caráter duplamente marginal, quer pela sua irrelevância para efeitos de avaliação jusconcorrencial, não serão objeto de análise adicional

AVALIAÇÃO JUS-CONCORRENCIAL

94. Não existem sobreposições horizontais ou verticais entre as atividades das empresas adquirentes e da empresa adquirida.
95. A HPGB, empresa do Grupo Barraqueiro, exerce atividades de transporte rodoviário urbano e interurbano de passageiros e transporte rodoviário de mercadorias. Para além disso, explora duas concessões de transporte ferroviário de passageiros (a travessia ferroviária do rio Tejo, em Lisboa e o sistema de metro ligeiro na margem sul do rio Tejo).
96. Já a DGN controla uma empresa de transporte aéreo de passageiros, de direito brasileiro — a Azul — cuja atividade se centra no transporte aéreo doméstico de passageiros, pese embora a sua rede já inclua, no presente, duas rotas para o sul dos EUA e uma rota para a Guiana Francesa.
97. Nenhuma das rotas exploradas pela Azul coincide com rotas da TAP.³⁰
98. Neste sentido, a transação ora em análise resultará numa mera transferência das quotas de mercado que a TAP já detém em cada um dos pares OxD (mercados relevantes).
99. No entanto, no caso específico do transporte aéreo, e seguindo quer a prática decisória nacional quer a europeia, houve que analisar até que ponto a Azul não poderia constituir um concorrente potencial nas ligações transatlânticas (destinos em Portugal e destinos no Brasil).
100. Sobre este ponto há que começar por destacar que os direitos de transporte aéreo (vulgarmente designados como “liberdades do ar”) de que as companhias aéreas podem usufruir noutros países são regulados, normalmente, por Acordos de Serviço Aéreo (“ASA”).
101. No caso em apreço, e em termos muito gerais, o ASA entre Portugal e o Brasil³¹ estabelece que cada um dos estados signatários tem o direito de designar duas companhias. O acordo regula ainda as rotas possíveis (e as escalas) bem como o tipo de direitos de tráfego (“liberdades do ar”) que cada companhia designada por cada estado terá no outro estado signatário³².

³⁰ Importa a este propósito referir que o Acordo de Serviço Aéreo (“ASA”) entre Portugal e o Brasil não concede liberdade às companhias designadas por cada um dos Estados de efetuar cabotagem aérea no outro país signatário (transportar passageiros entre dois pontos domésticos – 9ª liberdade do ar – nem mesmo como parte de uma secção de uma ligação internacional com escala – 8ª liberdade do ar). Assim, a título meramente exemplificativo, segundo o ASA atualmente em vigor, a TAP (uma das companhias designadas pelo Estado Português) não poderia transportar passageiros com origem em Brasília e destino em São Paulo, mesmo que no âmbito de uma hipotética rota Lisboa-Brasília-São Paulo. Neste caso, seria impossível que houvesse coincidência, mesmo que parcial, entre as rotas domésticas da Azul e as rotas da TAP.

³¹ Acordo assinado a 11 de novembro de 2002 e aprovado por Resolução da Assembleia da República n.º 38/2003, de 16 de maio de 2003. O acordo entrou em vigor a 3 de janeiro de 2007, após cumprido o disposto no seu artigo 24.º

³² O acordo refere ainda que as empresas designadas “*deverão ter em consideração os interesses das empresas designadas da outra Parte Contratante, por forma a não afetar indevidamente os serviços prestados por estas últimas na totalidade ou parte das mesmas rotas.*” (n.º 2 do artigo 12.º) e ainda que “*A capacidade a ser proporcionada nas rotas a operar pelas empresas designadas das duas Partes Contratantes será a que for determinada, de tempos em tempos, conjuntamente por ambas as Partes.*”

102. Do lado português, estão designada as empresas TAP, SATA e, a título excecional e com caráter provisório, a Euroatlantic Airways. Pela parte brasileira estão designadas a GOL Linhas Aéreas Inteligentes S.A. (“GOL”), a BRA, Transportes Aéreos, Ltda (mas apenas para a realização de voos não regulares) e a TAM Linhas Aéreas, S.A. (“TAM”) designada para participar, em código partilhado, das operações realizadas pela TAP entre Portugal e o Brasil, mas cujo acordo terminou em novembro de 2013, não se encontrando, portanto, em vigor³³.
103. Importa ainda referir que a TAP submeteu à Autoridade Nacional da Aviação Civil (“ANAC”) um projeto de *code-share* entre a TAP e a Azul “*que visa a colocação de código por cada uma das empresas nas operações da sua parceria, num escopo que se pretende que abarque todos os serviços operacionalizados pela Azul, ambas comercializando os serviços acordados nas rotas combinadas*”. Esta designação implica a substituição da TAM pela Azul.
104. Verificando-se, portanto, que existe a possibilidade de a Azul adquirir direitos de tráfego internacional de passageiros para destinos em Portugal (por via de acordo de *code-share* com a TAP), existem, não obstante, outros fatores que indicam que a Azul não representa uma verdadeira concorrência potencial que vá ser eliminada em consequência da operação de concentração ora em apreço.
105. A Azul é uma empresa de transporte aéreo *low cost* (“LCC” – *Low Cost Carrier*), vocacionada para o mercado interno (brasileiro) e que explora atualmente apenas 3 rotas internacionais (duas para o estado da Florida, nos EUA e uma para a Guiana Francesa).
106. Esta empresa possui uma frota que, na sua maior parte, é constituída por aparelhos de pequena dimensão, adequados ao transporte regional (das 154 aeronaves operadas pela Azul constantes do Registro Aeronáutico Brasileiro³⁴, apenas 6 são aeronaves adequadas ao transporte internacional³⁵).
107. Para além disso, a Azul tem divulgado publicamente que a sua estratégia consiste no desenvolvimento do mercado doméstico/regional³⁶, em detrimento de uma concorrência direta com as empresas a GOL e TAM.

(n.º 5 do mesmo artigo). Em termos gerais, às empresas designadas por um dos estados são concedidas as 4ª e 5ª liberdade do ar no espaço do outro estado signatário, ou seja, (i) o direito de sobrevoar o território do outro estado signatário; (ii) o direito de fazer escalas no referido território para fins não comerciais; (iii) o direito de embarcar e desembarcar no seu território passageiros, bagagens, carga e correio, separadamente ou em combinação, destinados a ou originados em pontos no território do outro estado signatário; (iv) o direito de embarcar e desembarcar nos territórios de terceiros países, nos pontos especificados, passageiros, bagagens, carga e correio, separadamente ou em combinação, destinados a ou originados em pontos no território do outro estado signatário, sujeito às provisões contidas no anexo ao acordo, quanto aos direitos de tráfego acessório aí concedidos.

³³ Cfr. Parecer da ANAC, pág. 6. No que respeita especificamente à TAM, esta foi designada para participar, em código partilhado, das operações realizadas pela TAP entre Portugal e o Brasil, mas cujo acordo terminou em novembro de 2013, não se encontrando, portanto, em vigor.

³⁴ Disponível em: http://www2.anac.gov.br/rab/servicos/certidao_inteiro.asp

³⁵ Airbus A330, como capacidade superior a 250 passageiros.

³⁶ Por exemplo, em declarações aquando do anúncio da aquisição da Trip, o então diretor de marketing afirmava que “*Não, o nosso objetivo não é esse [concorrer com a TAM e com a GOL], elas operam num setor diferente do nosso e voam com aviões maiores. Nós pretendemos continuar crescendo, mantendo-nos líderes no nosso mercado*” e que “*As duas companhias [Azul e Trip] são fortes em voos regionais, atendendo a aeroportos de pequeno porte com os aviões mais apropriados para isso. As* **Nota: indicam-se entre parêntesis retos [...] as informações cujo conteúdo exato** ¹⁶
haja sido considerado como confidencial.”

108. Estas duas empresas são ambas de maior dimensão e operam largas dezenas de rotas internacionais que, no caso da TAM, incluem várias rotas para a Europa.
109. Não existe, portanto, qualquer indicação que permita concluir que a Azul constitui um concorrente potencial da TAP nas ligações transatlânticas (entre Portugal e o Brasil) e que, portanto, com da operação de concentração resulta a eliminação de um constrangimento concorrencial.
110. Essa conclusão é reforçada pelo carácter complementar do acordo de *code-share* submetido à ANAC e referido *supra*.
111. Recorde-se, a este propósito, o relatório *Mergers and alliances in civil aviation*, elaborado pela *European Competition Authorities (ECA)*³⁷, em concreto pelo grupo de trabalho sobre transporte aéreo. No mesmo, refere-se que “*Do ponto de vista económico, a companhia que não está presente no mercado deve ser considerada como concorrente potencial apenas no caso de existir uma real e concreta possibilidade de concorrer com a empresa que está presente no mercado num futuro previsível (i.e., que exista uma real possibilidade de entrada). Uma mera possibilidade teórica de entrada é em geral insuficiente*” (tradução nossa).
112. Em face do exposto, e considerando que;
- não existe sobreposição horizontal ou relacionamento vertical entre as atividades das partes;
 - no que diz respeito ao transporte aéreo de passageiros, as partes não são concorrentes potenciais; e
 - o eventual acordo de *code-share* entre a Azul e a TAP não tem, segundo a ANAC, consequências ao nível da capacidade instalada nos mercados transatlânticos operados pela TAP;

conclui-se que a operação em análise envolve meras transferências de quotas de mercado, pelo que a AdC considera que a presente operação de concentração não é suscetível de criar entraves significativos à concorrência efetiva em qualquer um dos mercados relevantes considerados, dispensando a AdC elencar exaustivamente os mesmos e as respetivas quotas de mercado e estruturas de oferta.

PARECER DA ENTIDADE REGULADORA SETORIAL

113. Em 26 de agosto de 2015, em cumprimento do disposto no n.º 1 do artigo 55.º da Lei da Concorrência, a AdC solicitou à ANAC – Autoridade Nacional da Aviação Civil parecer sobre a presente operação de concentração, tendo-se a mesma entidade reguladora pronunciado a 9 de setembro de 2015.

duas empresas possuem rotas complementares e se focarão em destinos mais regionais, com o objetivo de aliar baixo custo com serviço de qualidade, já que nas grandes cidades é difícil brigar com a TAM e a Gol.”, in AEROMagazine, n.º 127 de junho de 2012, disponível em: http://aeromagazine.uol.com.br/artigo/hegemonia-regional_553.html.

³⁷ ECA (2004), “*Mergers and alliances in civil aviation*”. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/eca/report.pdf>

114. Em termos sumários, a ANAC conclui “*que a presente operação de concentração não é suscetível de criar entraves significativos à concorrência efetiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste*”.
115. Como sustentação da sua conclusão, a ANAC considerou que não existe uma sobreposição horizontal entre “*as empresas associadas da TAP SGPS (TAP, S.A. e Portugal, S.A.) e as empresas associadas ao consórcio Atlantic Gateway (Grupo Barraqueiro e Azul)*”.
116. Considerou ainda, no que ao transporte aéreo diz respeito, que a possibilidade de um acordo de code-share entre a TAP e a Azul “*não tem impacto na capacidade instalada nos mercados de serviços aéreos entre Portugal e o Brasil*” e ainda que semelhante acordo, a ocorrer, “*não limita o acesso ao mercado doméstico intracomunitário por parte das transportadoras aéreas comunitárias*”.
117. No que diz respeito aos transportes terrestres, a ANAC considerou não dispor “*de informação relevante sobre a estrutura de mercado do transporte rodoviário que permita avaliar o impacto da presente operação na estrutura de mercados em referência*”.

OBSERVAÇÕES DE TERCEIROS

Posição do Agrupamento SAGEF

118. O Agrupamento SAGEF (“SAGEF”) é constituído pela sociedade Synergy Aerospace, Corp. e pelo Sr. German Eframovich Alter. A primeira é uma *holding* que controla diversas empresas de aviação e manutenção aérea, incluindo as empresas de transporte aéreo Avianca TACA e Avianca Brasil.
119. As observações apresentadas consistem numa carta-resumo introdutória, seguida de cópia de um memorando enviado à Direção Geral de Mobilidade e Transportes da Comissão (“DGMOVE”).
120. Na carta introdutória, para além da referência aos assuntos abordados no memorando, o terceiro interessado refere-se a um financiador da DGN — um fundo de investimento norte-americano denominado Cerberus — sendo pedida uma diligência complementar de prova que consiste na auscultação dos responsáveis deste fundo.

Do controlo

121. O Agrupamento SAGEF considera que a operação de concentração em apreço constitui uma aquisição de controlo conjunto da TAP, SGPS, S.A. e que, nessa medida, existe “*uma manifesta violação da alínea f) do artigo 4º do Regulamento (CE), n.º 1008/2008 do Parlamento e do Conselho, de 24 de setembro de 2008, relativo a regras comuns de exploração dos serviços aéreos na Comunidade.*”³⁸.
122. O terceiro interessado apresenta diversos argumentos a favor da tese de controlo conjunto que, no seu entendimento, constituem, como citado anteriormente, uma violação do *supra* referido Regulamento n.º 1008/2008.

³⁸ Cfr. Observações, pág. 3.

Da violação das regras de auxílios de Estado

123. A segunda parte do memorando incide sobre eventuais auxílios de Estado não notificados à Comissão.
124. Na sua exposição, o terceiro interessado conclui que existem fortes probabilidades de existirem auxílios de Estado ilegalmente concedidos pelo Estado Português, “*ao arripio do artigo 107.º do TFUE*”³⁹, consubstanciados em (i) auxílios concedidos à TAP SGPS, S.A. através de garantias estatais nos créditos/empréstimos/financiamentos em que a TAP é mutuária; (ii) auxílios concedidos à TAP SGPS, S.A. “*no cenário de o Estado Português ter de assumir parte da dívida da TAP SGPS, S.A.*”⁴⁰; (iii) auxílio de estado aos bancos credores/financiadores da TAP SGPS, S.A. e; (iv) auxílios de Estado “*de outra natureza, típicos de uma privatização efetuada através de venda direta*”⁴¹.
125. Mais, acresce que tais auxílios não foram devidamente notificados à Comissão pelo que requer que a mesma, para além de declarar verificada a violação do Regulamento (CE) n.º 1008/2008; “*desencadeie os mecanismos previstos nos artigos 10.º e seguintes do Regulamento n.º 659/1999 do Conselho, de 22 de março*”⁴² de forma a analisar os auxílios e, eventualmente, decretar a sua suspensão ou recuperação.

Posição da AdC

Do controlo

126. Tal como melhor se explicou no Capítulo 3 da presente decisão, a AdC, à semelhança do terceiro interessado, também considera que a presente operação de concentração consiste na aquisição de controlo conjunto, a final, pela HPGB e pela DGN, sobre TAP SGPS, S.A..
127. Contudo, ao contrário do que parece pretender a SAGEF, o espectro legal com base no qual a AdC procede à análise da presente operação de concentração decorre de princípios e regras jurídicas patentes na Lei da Concorrência e no Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto, que aprovou os estatutos da AdC.
128. Não cabe, pois, no âmbito das atribuições e competências legalmente conferidas à AdC, verificar se se encontram cumpridos ou não quaisquer requisitos ao abrigo de qualquer outra lei ou regulamento (*in casu*, o Regulamento (CE) n.º 1008/2008, de 24 de setembro).

Da violação das regras de auxílios de Estado

129. A análise desta questão sai do âmbito da competência da AdC em sede de controlo de concentrações. De facto, verifica-se que a entidade competente (Comissão) já foi devidamente alertada, uma vez que o Memorando ora referido dirigia-se, originalmente, a esta entidade.

³⁹ Cfr. Memorando à DGMOVE, pág. 44.

⁴⁰ Cfr. Memorando à DGMOVE, pág. 45.

⁴¹ *Idem*.

⁴² *Idem*.

130. Cumpre ainda acrescentar que a avaliação jusconcorrencial deve ser específico à operação, i.e., as questões suscitadas devem decorrer da operação de concentração em causa e do impacto que a mesma possa vir a ter na estrutura de mercado.
131. Ora, neste caso, como o próprio terceiro interessado afirma, por diversas vezes, no seu memorando, qualquer renegociação é prévia à operação de concentração em apreço e independente do vencedor de concurso: “*Tal renegociação [da dívida da TAP] foi acordada como condição precedente à conclusão da venda direta da TAP*” ou “*A questão da renegociação da dívida da TAP é uma matéria de que a imprensa já dava eco antes mesmo da escolha do consórcio vencedor (...)*”, ou ainda “*Ainda antes da escolha do Agrupamento Gateway, ‘fonte ligada ao processo negocial’ citada pela imprensa (...)*”.⁴³
132. Ora, as questões apresentadas, relacionadas com o modelo de reprivatização do Grupo TAP escolhido pelo Estado constituem, para efeitos da presente avaliação, um dado estrutural do mercado de natureza exógena, que ocorreriam independentemente do resultado do processo de reprivatização, pelo que não influem no resultado da avaliação jusconcorrencial efetuada.

Da diligência complementar de prova

133. Tal como referido anteriormente, o terceiro interessado requereu a audição dos responsáveis do fundo norte-americano Cerberus, no seu papel de financiador da TAP SGPS, S.A.
134. Fundamenta o seu pedido com base no desconhecimento do “*Term Sheet*” do referido financiamento.
135. Ora, em primeiro lugar, a AdC teve, e tem, acesso a toda a documentação referente ao financiamento que, previsivelmente a Cerberus concederá à TAP SGPS, S.A., sendo que tal financiamento consiste [CONFIDENCIAL – SEGREDO DE NEGÓCIO].
136. [CONFIDENCIAL – SEGREDO DE NEGÓCIO] estando sujeita ao cumprimento do disposto no Regulamento (CE) n.º 1008/2008 e das demais disposições, em concreto, do n.º 4 do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 181-A/2014, de 24 de dezembro e do n.º 1, artigo 21.º da Resolução de Conselho de Ministros n.º 4-A/2015, de 20 de janeiro.
137. [CONFIDENCIAL – SEGREDO DE NEGÓCIO] o que releva para a AdC, é se tal exercício altera, *de jure* ou *de facto*, a natureza do controlo sobre a TAP SGPS, S.A. o que, se e quando ocorrer, não deixará de constituir uma alteração da natureza do controlo notificável à AdC ou à Comissão (em função do preenchimento dos critérios de notificabilidade).
138. Assim, atentos os elementos relevantes de que dispõe, a AdC não considera que a questão seja pertinente do ponto de vista, quer de qualificação do controlo, quer de avaliação jusconcorrencial, considera-se desnecessária a realização de qualquer diligência complementar de prova.

Posição da Associação “Peço a Palavra”

139. A Associação “Peço a Palavra” (“APP”) apresenta um conjunto de observações cujo conteúdo seguidamente se resume.

⁴³ Cfr. Memorando, págs. 25 e 26.

Da jurisdição

140. A APP argumenta que os volumes de negócios das empresas envolvidas na presente operação de concentração são suficientes para que a avaliação prévia da mesma seja competência da Direção Geral da Concorrência da Comissão Europeia e que “o caso não pode ser alocado à autoridade portuguesa”.

Do controlo

141. A APP, com base numa análise da estrutura societária e de capital e nos Estatutos da Atlantic Gateway argumenta que o controlo desta empresa será exercido, em exclusivo, pelo Sr. David Neeleman e, consequentemente sobre a TAP.
142. No seu entendimento, tal controlo exclusivo constitui uma violação do Regulamento (CE) n.º 1008/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de setembro.

Outras questões

143. A APP, nas suas observações inclui ainda diversas considerações sobre os mais variados temas, tais como a violação dos princípios da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, a idoneidade dos dirigentes do regulador setorial, a ANAC, a defesa da propriedade pública da TAP e do interesse público, a fuga dos capitais da TAP para a América Latina, bem como diversas considerações sobre a evolução histórica dos negócios da TAP, como a aquisição da VEM (empresa de manutenção brasileira) e da PGA.
144. No penúltimo capítulo, a APP tece diversas considerações sobre as eventuais estratégias dos adquirentes para rentabilizar os investimentos, vendas de ativos, operações de *sale and lease-back*, vendas de *slots*, entre outras.
145. Por fim, a APP termina tecendo considerações diversas quanto à inadequabilidade do caderno de encargos em proteger a economia portuguesa e a atividade turística, o Hub de Lisboa, bem como quanto à inadequabilidade do sistema de monitorização, do sistema de proteção (por não exigir garantias bancárias), entre outras.

Posição da AdC

146. No que diz respeito à jurisdição, a AdC salienta que é conhecimento público que a Comissão Europeia considerou que a presente operação de concentração não estaria sujeita a notificação prévia à Direção Geral de Concorrência ao abrigo do Regulamento 139/2004.
147. Ora, não estando sujeita a notificação prévia à Direção Geral de Concorrência da Comissão Europeia, as autoridades de concorrência nacionais assumem a jurisdição quando estejam cumpridos os respetivos critérios de notificação. Tal é o caso em Portugal, sendo pois a AdC a autoridade competente para o fazer, nos termos dos seus Estatutos, e dado o cumprimento dos critérios de volume de negócios e quotas de mercado previstos na Lei da Concorrência.

148. No que se refere ao controlo, no Capítulo 3 da presente decisão, a AdC explica, com grande detalhe, porque considera que existe um controlo conjunto para efeitos de avaliação de operações de concentração, pelo que se remete para a posição da AdC patente nos pontos 126 a 128 **Erro! A origem da referência não foi encontrada.**
149. Quanto às restantes questões suscitadas pela APP, importa lembrar, por um lado, que a avaliação jusconcorrencial deve ser específica à operação, como melhor *supra* se explicou (cfr. pontos 130 e 132).
150. Por outro lado, as restantes questões suscitadas prendem-se com outra ordem de valores que não são tutelados pela AdC, cujo âmbito de atuação é definido, muito claramente, nos seus Estatutos e na Lei da Concorrência

AUDIÊNCIA PRÉVIA

151. Nos termos do n.º 1 do artigo 54.º da Lei da Concorrência, promoveu-se a Audiência Prévia, tendo sido comunicado à Notificante, ao contrainteressado Agrupamento SA-GEF e à Associação Peço a Palavra o Projeto de Decisão da AdC em 15 de setembro de 2015.
152. Elabora-se, *infra*, um resumo das observações submetidas pela Notificante e pelos contrainteressados, procedendo-se à descrição e análise das mesmas.

Notificante

153. A Notificante apresentou as suas observações a 30 de setembro⁴⁴. Nelas concorda com o teor e com a análise vertida no projeto de decisão.
154. Em particular, sobre a questão da natureza do controlo, a Notificante reitera que “*a qualificação como controlo conjunto foi feita exclusivamente no âmbito do processo de controlo de concentrações, em particular dos artigos 36.º e seguintes da LdC e que, pese embora esta matéria não faça parte das atribuições da AdC, estão preenchidos todos os requisitos de propriedade e controlo previstos no Regulamento (CE) n.º 1008/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de setembro de 2008, relativo a regras comuns de exploração dos serviços aéreos na Comunidade (JO L93 de 31.10.2008)*”.

Terceiros interessados admitidos a intervir no procedimento

155. O Agrupamento SAGEF⁴⁵ comunicou à AdC que não iria tomar qualquer posição adicional, pelo que o resumo das observações dos terceiros interessados admitidos a intervir no procedimento cinge-se às observações apresentadas pela Associação “Peço a Palavra” (“APP”).

⁴⁴ E-AdC/2015/5679.

⁴⁵ E-AdC/2015/5669 de 29 de setembro.

156. A APP⁴⁶ considera que as empresas envolvidas direta ou indiretamente na operação são a Azul, a TAP e a United Airlines, empresa de transporte aéreo norte-americana que adquiriu, recentemente, 5% do capital social da Azul.
157. Alega a APP que, após o desfecho do concurso de venda da TAP, a Azul comunicou à comunicação social, trabalhadores e clientes que pretende iniciar a realização de voos internacionais e que, como a Azul tem rotas para os EUA, se pode afirmar “*com um elevado grau de certeza*”, que os voos internacionais terão como destino a Europa.
158. Também terá sido anunciado que a Azul iria adquirir diversos aparelhos que “*são apenas utilizados em voos de longo curso*”.
159. Tece depois várias considerações sobre hipotéticas futuras transações entre a Azul e a TAP referentes à aquisição de aviões, que constituem “*transações entre partes relacionadas*” e que as mesmas não seriam realizadas a preços de mercado, havendo um ganho para a Azul em prejuízo da TAP.
160. Assim, a Azul ficaria com uma frota de aviões de longo curso equivalente à da TAP “*o que apresenta um perigo de concorrência mais do que efetivo*”.
161. Daqui a APP conclui que “*a entrada da Azul no mercado internacional, e especificamente no mercado europeu, não é uma mera possibilidade teórica, mas sim uma situação iminente.*”.
162. De seguida refere que o negócio deve ser enquadrado com a aquisição de 5% da Azul por parte da United Airlines e que, após essa aquisição, as duas empresas assinaram um acordo de *interlining*⁴⁷, pelo que, juntas, “*Azul e United irão oferecer ligações para mais de 450 destinos e mais de 6 mil voos diários.*”.
163. Considerando o exposto, a APP entende que a presente operação de concentração “*é suscetível de criar, num futuro próximo, entraves significativos a uma concorrência efetiva nos mercados apresentados, pelo que, na opinião da APP, não estariam preenchidos os critérios para a apresentação de um formulário simplificado.*”.
164. A APP considera, portanto, que “*em virtude de se estar perante uma sobreposição horizontal*”, “*não estão preenchidos os pressupostos descritos no n.º 3 do artigo 41.º da Lei da Concorrência.*”.
165. Considera ainda que “*esta Tríade composta pelas empresas TAP, Azul e United Airlines tem quotas de mercado suficientes para eliminarem a concorrência efetiva.*”, atingindo quotas conjuntas de “*40% no mercado interno brasileiro, 60% do mercado O/D Portugal/Mundo, 50% da rota Brasil/Portugal e 40% da rota América do Norte/Portugal.*”
166. Assim, as três empresas passariam a deter, em conjunto, “*uma grande quota-parte do mercado O/D América do Sul / Europa e vice-versa; América do Norte / Europa e vice-versa e América do Sul / América do Norte e vice-versa*”.
167. A APP considera, assim, que estas empresas passariam a ter capacidade para aumentar preços, reduzir escolhas ou qualidade, “*ou influenciarem de forma negativa outros parâmetros da concorrência.*”

⁴⁶ E-AdC/2015/5677 de 29 de setembro.

⁴⁷ Em termos simplificados, *interlining* é um acordo comercial voluntário entre duas ou mais empresas de transporte aéreo para lidar com passageiros que percorram itinerários que envolvam mais do que uma empresa. Permite, nomeadamente, a aquisição de um único bilhete para todo o itinerário.

168. Por tudo o exposto, a APP requer que a AdC investigue aprofundadamente “*qual o plano de negócio que a Azul e a United Airlines têm em conjunto com a TAP e especificamente a forma como serão comercializadas as rotas com O/D Portugal, América do Sul, América do Norte e Europa (...)*”.

Análise da AdC

169. Em primeiro lugar cumpre esclarecer que, como se pode verificar dos autos, a Notificante procedeu à notificação prévia da presente operação de concentração nos termos da Lei da Concorrência, através da entrega de um formulário de notificação completo, e não de um formulário de notificação simplificado, pelo que não se entende a referência a este último por parte da APP.
170. Em segundo lugar, cumpre esclarecer que a avaliação da Azul como eventual concorrente potencial da TAP é uma avaliação do posicionamento da Azul antes da operação de concentração. Ou seja, o que a AdC pretendeu fazer foi analisar em que medida a operação seria suscetível de eliminar um concorrente potencial na situação pré-concentração, uma vez que claramente, como melhor se demonstrou, a Azul não era um concorrente efetivo da TAP em nenhum mercado relevante (par Origem-Destino).
171. É evidente que a Azul, por via da operação de concentração “estende” a sua atividade às rotas internacionais que são, nada mais, nada menos, as rotas da empresa adquirida. Trata-se, no entanto, de uma mera transferência de quota de mercado da adquirida para as adquirentes.
172. Refira-se, a propósito dos mercados relevantes, que a AdC não pode concordar com a avaliação apresentada pela APP, que define mercados em termos de Origens-Destino desconsiderando a extensa prática nacional e comunitária amplamente citada na presente decisão.
173. De facto, não se pode pretender analisar os efeitos concorrenciais desta operação com base em mercados definidos como pares Origem-Destino “Portugal/Mundo” ou “Europa/América do Norte”.
174. A AdC reafirma, portanto, que, ao contrário do que a afirma a APP, não existe qualquer sobreposição horizontal entre as rotas (definidas por pares Origem-Destino) exploradas entre a Azul e a TAP.
175. Por seu turno, o acordo de *interlining* da Azul com a United Airlines em nada influencia a avaliação jusconcorrencial efetuada, constituindo tais acordos prática perfeitamente comum na indústria.

Conclusão da Audiência Prévia

176. Nos termos *supra*, entende a Autoridade da Concorrência que as Observações apresentadas em sede de Audiência Prévia não vêm alterar o sentido proposto no Projeto de Decisão da AdC de 15 de setembro de 2015.

DELIBERAÇÃO DO CONSELHO

177. Face ao exposto, o Conselho da Autoridade da Concorrência, no uso da competência que lhe é conferida pela alínea d) do n.º 1 do artigo 19.º dos Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto, delibera adotar uma decisão de não oposição à presente operação de concentração, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 50.º da Lei da Concorrência, uma vez que a mesma não é suscetível de criar entraves significativos à concorrência efetiva nos mercados relevantes considerados.

Lisboa, 1 de outubro de 2015

O Conselho da Autoridade da Concorrência,

X

António Ferreira Gomes
Presidente

X

Nuno Rocha de Carvalho
Vogal

Índice

1. OPERAÇÃO NOTIFICADA.....	2
2. AS PARTES	2
2.1. Empresas Adquirentes.....	2
2.1.1. HPGB.....	2
2.1.2. DGN	3
2.1.3. Atlantic Gateway.....	3
2.2. Empresa Adquirida — TAP – Transportes Aéreos Portugueses, SGPS, S.A.....	4
3. NATUREZA DA OPERAÇÃO	4
3.1. Estrutura societária, de capital e de financiamento	4
3.2. Gestão e governo da sociedade	5
3.3. Do controlo conjunto.....	7
4. MERCADOS RELEVANTES.....	9
4.1. Mercado do Produto Relevante	9
4.1.1. Posição da Notificante	9
4.1.2. Posição da Autoridade.....	11
4.1.2.1. Transporte aéreo de passageiros	11
4.1.2.2. Outros mercados	13
4.2. Mercado Geográfico Relevante	13
4.2.1. Posição da Notificante	13
4.2.2. Posição da AdC.....	14
4.3. Conclusão quanto aos mercados relevantes	14
5. AVALIAÇÃO JUS-CONCORRENCIAL	15
6. PARECER DA ENTIDADE REGULADORA SETORIAL	17
7. OBSERVAÇÕES DE TERCEIROS.....	18
7.1. Posição do Agrupamento SAGEF.....	18
7.1.1. Do controlo	18
7.1.2. Da violação das regras de auxílios de Estado	19
7.2. Posição da AdC.....	19
7.2.1. Do controlo	19
7.2.2. Da violação das regras de auxílios de Estado	19
7.2.3. Da diligência complementar de prova	20
7.3. Posição da Associação “Peço a Palavra”.....	20
7.3.1. Da jurisdição.....	21
7.3.2. Do controlo	21
7.3.3. Outras questões	21
7.4. Posição da AdC.....	21
8. AUDIÊNCIA PRÉVIA	22
8.1. Notificante.....	22
8.2. Terceiros interessados admitidos a intervir no procedimento.....	22
8.3. Análise da AdC	24
8.4. Conclusão da Audiência Prévia	24
9. DELIBERAÇÃO DO CONSELHO	25

Índice de Tabelas

Tabela 1 – Volume de negócios da HPGB (2012-14).....	3
Tabela 2 – Volume de negócios da DGN (2012-14).....	3
Tabela 3 – Volume de negócios da TAP (2012-14).....	4