

a contraparte pelo aumento dos custos (ou diminuição de receitas) daí resultante, em consonância com a equação custos e receitas inerentes à sua vontade de contratar. O que pode naturalmente não se traduzir num cálculo puramente aritmético e proporcional (...) se a modificação introduzida prejudicar a própria equação (e já não apenas o equilíbrio) do contrato (...)» (M. Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, 10.ª edição, Coimbra, 1973, pág. 618 e segs.).

A reposição do equilíbrio financeiro do contrato deve ter lugar quer quando a Administração exige do co-contratante prestações suplementares ou mais onerosas, quer na hipótese inversa, em que há uma diminuição das receitas, por força de uma modificação unilateral das prestações contratuais. O que interessa reter é, portanto, que a lei confere ao contratante privado o poder de se ressarcir da imposição unilateral de uma prestação quantitativamente diferente, se for afectado o equilíbrio financeiro do contrato.

Em regra os contratos de concessão estabelecem um regime próprio de reposição do seu equilíbrio financeiro. De entre os casos em que é normalmente reconhecido o direito da concessionária a essa reposição contam-se, nomeadamente, aqueles em que haja uma modificação unilateral, imposta pelo concedente, das condições de desenvolvimento das actividades integradas na concessão, desde que, em resultado directo da mesma, se verifique para a concessionária um aumento de custos ou uma perda de receitas.

Ora, tal como se conclui em resultado da presente análise, as modificações impostas unilateralmente, pelo concedente, aos estudos e projectos apresentados, com o objectivo de dar cumprimento a medidas de minimização determinadas pela DIA, traduzem o exercício de um poder de modificação unilateral do contrato e, como tal, conferem à concessionária o direito à reposição do equilíbrio financeiro, na medida em que tais modificações se traduzam num aumento de custos ou numa perda de receitas, para a concessionária.

Assim, neste caso, afiguram-se reunidos os pressupostos para que a concessionária solicite o início de negociações, com vista à reposição do justo equilíbrio financeiro da concessão.

Conclusão

O tema objecto da presente análise, da responsabilidade pelo risco ambiental e da sua repercussão

sobre o equilíbrio financeiro da concessão, não tem sido objecto de tratamento específico na doutrina e na jurisprudência portuguesas. Todavia, trata-se de uma questão da maior relevância em sede de execução dos contratos de concessão de obras públicas.

Com efeito, as recentes alterações ao regime jurídico da avaliação de impacto ambiental introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 197/2005 de 8 de Novembro, clarificam o carácter prévio e vinculativo da DIA no âmbito do processo de autorização ou aprovação de estudos e projectos susceptíveis de provocar efeitos significativos no ambiente.

A questão é da maior relevância nos contratos de concessão em que cabe à concessionária a tarefa de elaborar esses estudos e projectos, submetendo-os a aprovação da entidade concedente, já que essa aprovação pode resultar numa imposição de condicionamentos de natureza ambiental com os quais a concessionária não poderia razoavelmente contar e que afectam o equilíbrio financeiro da concessão na medida em que determinam um aumento dos custos inicialmente equacionados.

A conclusão a que chegámos, de que tais custos não podem ser integralmente suportados pela concessionária sem direito a qualquer contrapartida financeira, parte da análise do problema segundo uma perspectiva de razoabilidade e previsibilidade. Nestes casos a concessionária não pode suportar sozinha um risco com o qual não contou e que extravasa o âmbito das suas obrigações contratuais. O contrário nem seria aceitável, em face do princípio da protecção da confiança.

CLAUDIO MONTEIRO E TERESA MELO (*)

RECENTES DECISÕES DA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA NO SECTOR DA ELECTRICIDADE - OS CASOS «ENERNOVA»

1. Introdução

No final do ano de 2005, assistiu-se a um conjunto de decisões por parte da Autoridade da Concorrência («AdC»), no âmbito de operações de concentração, com impacto no mercado da produção da electricidade a nível nacional.

* Advogados do Departamento de Direito Público da Uría Menéndez (Lisboa).

As decisões em causa foram proferidas nos Processos Ccent. 16/2005 —*Enernova/Ortiga, Safra*, de 11 de Novembro de 2005, e Ccent. 60/2005 —*Enernova/Bolores, Eneraltius, Levante, Cabeço das Pedras e Malhadizes*, de 30 de Novembro de 2005. Estas duas operações têm em comum a aquisição pela Enernova —Novas Energias, S.A. («Enernova») — empresa do Grupo EDP que se dedica à exploração de parques eólicos e venda de energia eléctrica produzida com recurso à fonte de energia eólica — de sociedades com objecto social e actividade económica similar à adquirente.

A primeira decisão referida, *Enernova/Ortiga, Safra* (objecto principal do presente artigo), tratava da aquisição pela Enernova das empresas Ortiga, Energia Eólica, S.A. («Ortiga») e Safra – Energia Eólica, S.A. («Safra»), empresas que, de comum, tinham o facto de prosseguirem actividades relacionadas com o desenvolvimento de parques eólicos, não obstante, à data do processo, os projectos se encontrarem em fase de promoção, não tendo ainda sido encetadas as respectivas construções.

A expectativa existente em torno da decisão final neste processo residia no facto do Grupo EDP poder ser considerado pela AdC como detentor de uma posição dominante no mercado da produção de electricidade a nível nacional, o que acarretava uma grande contingência, nomeadamente quanto à eventual proibição da operação de concentração em causa ou, pelo menos, a sua aprovação sujeita à imposição de condições ou obrigações com vista a assegurar uma concorrência efectiva no território nacional.

Sublinhe-se a importância deste caso, não só pela análise exaustiva e aprofundada do mercado do produto relevante, mas também pela fixação de alguma prática decisória e/ou conceitos por parte da AdC. Destacamos o apuramento do conceito jus-concorrencial de «empresa», bem como a interpretação efectuada do limiar de notificação obrigatória relativo à quota de mercado, previsto na lei.

2. Conceito de «empresa». A falta de actividade não invalida tal qualificação

Durante o processo, a empresa adquirente suscitou dúvidas sobre a aplicabilidade do próprio regime nacional de controlo de concentrações à transacção, pelo facto de, no seu entender, as unidades objecto de alienação não se poderem considerar como «empresas» para efeitos de Direito da

Concorrência, uma vez que não tinham ainda iniciado a sua actividade e desenvolvido volume de negócios.

Fez notar a AdC que a noção de «empresa», tal como definida no art. 2.º da Lei n.º 18/2003 (DR 134, série I-A, de 2003-06-11) («Lei da Concorrência»), reflecte um conceito que deve ser interpretado de forma ampla, assentando numa interpretação abrangente de actividade económica, *i.e.*, oferta de bens ou serviços em determinado mercado, que uma qualquer «empresa» se propõe desenvolver.

Mais se enfatizou, que o carácter prospectivo do controlo de operações de concentração tem como elemento determinante, não tanto o momento de início da actividade mas sim se a natureza dessa mesma actividade implica uma oferta de bens ou serviços num determinado mercado. Segundo a AdC, poderá mesmo a entidade não ter exercido até então, ou num dado momento, qualquer actividade económica, bastando, para efeitos de integração do conceito jurídico em causa, a susceptibilidade de que possa exercer actividade no futuro, na medida em que disponha de activos que lhe permitam garantir o exercício de determinada actividade económica (a AdC recordou que tanto a Ortiga como a Safra já dispunham de «capacidade instalada» —uma das vertentes, refira-se, usada na prática decisória da AdC para cômputo de quotas de mercado ao nível de operações de concentração neste sector).

Desse modo, não tiveram acolhimento os argumentos expostos pela notificante, nem mesmo o argumento invocado de que às empresas-alvo ainda faltaria ultrapassar certas formalidades administrativas para efectivo início da sua actividade.

3. Limiar de notificação prévia referente a quotas de mercado. «Quotas futuras»

Nos termos do n.º 1 do art. 9.º da Lei de 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 (limiares):

- (i) 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 (alínea a);
- (ii) 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 realizado individualmente em Portugal por, pelo menos, duas dessas empresas seja superior a dois milhões de euros (alínea b).

Tendo em conta que a operação em causa não seria objecto de notificação prévia pelo critério referido na «alínea b», uma vez que as entidades objecto de aquisição não disponham de volume de negócios, foi a transacção considerada, no entanto, como enquadrável no critério da «alínea a» (i.e. criação ou reforço uma quota de mercado superior a 30% no mercado nacional).

Refira-se que, não obstante, a notificante terá argumentado que o mercado do produto/serviço relevante em causa na operação de concentração deveria corresponder unicamente ao mercado da produção de energia eléctrica em regime especial («PRE») —i.e. produção de electricidade em cogeração, mini-hídricas e outras renováveis (eólicas), de resíduos e produção em baixa tensão—, por oposição à geração em regime de Produtor em Regime Ordinário («PRO»), e que, como tal, a operação em causa não se encontraria sujeita à obrigatoriedade de notificação prévia, uma vez que dela não resultaria uma criação ou um reforço de uma quota de mercado superior a 30% caso o mercado relevante do produto fosse delineado desse modo.

Por outro lado, referiu a notificante que a AdC calculou as quotas de mercado das adquiridas com base em estimativas futuras, o que para aquela não seria correcto.

De facto, tendo a AdC definido o mercado do produto/serviço relevante como o mercado da produção de energia eléctrica (no seu todo, englobando PRE e PRO), onde a EDP teria uma quota bastante superior a 30%, entre 50 a 60%, foi, no mesmo processo, considerado que se cumpria o limiar de notificação previsto na Lei da Concorrência pelo preenchimento do critério referente às quotas de mercado (*criação ou um reforço de quota de mercado superior a 30%*). Para tal conclusão, a AdC efectivamente recorreu a estimativas de «quotas futuras» para as empresas-alvo (tendo em conta de que estas ainda não tinham iniciado a sua actividade), estimando-se menos de 1% de quota para cada uma dessas empresas.

Em consequência da sua realização, a operação de concentração para a AdC resultaria num reforço da quota do Grupo EDP (superior a 30%) no mercado nacional da produção de energia eléctrica.

4. Mercado do Produto Relevante. A produção PRE eólica insere-se sempre no mercado (global) da produção de energia eléctrica

Como se constatou *supra*, a notificante sustentou que o mercado do produto relevante, para efeitos da operação de concentração, corresponderia ao da produção de energia eléctrica em regime PRE. Isto, na medida em que a procura se encontraria garantida e de que os preços seriam regulados administrativamente, não se formando estes livremente pela normal interacção entre a oferta e a procura. Mais argumentou que o sentido da reforma em curso do sector eléctrico em Portugal não afectaria os produtores no regime PRE, uma vez que estes continuarão a beneficiar de garantia de compra pela Rede Eléctrica Nacional («REN») e de tarifas administrativamente fixadas.

No caso em apreço, a AdC, reiterando a sua linha decisória desde 2003 (v.g., desde logo no âmbito do Processo Ccent. 10/2003 - *Enersis/HE70*, de 20 de Junho de 2003), concluiu que a produção de energia eléctrica em PRE e com base no regime PRO deveriam ser considerados como substitutos aquando da satisfação da procura grossista de electricidade e, assim, as duas formas de produção deverão integrar um único mercado, cuja actividade corresponde à da produção de energia eléctrica.

Refira-se que tal posição é igualmente consistente com a posição adoptada pela Comissão Europeia em diversos casos, na medida em que tem considerado que o mercado da energia eléctrica se subdivide em quatro actividades: (i) produção de electricidade, (ii) transporte, (iii) distribuição, e (iv) comercialização/fornecimento ao cliente final (*vide*, por exemplo, as Decisões COMP. IV/M.1346 —*EDF/London Electricity*; COMP. IV/M.1606 — *EDF/South Western Electricity*; e COMP/M.2801 —*RWE/INNOGY*).

Foram ainda sublinhadas pela AdC, de modo a substanciar a agregação dos dois subsistemas num único mercado de produção: (i) a inter-influência entre as formas de produção PRE e PRO, onde concluiria que a comercialização da PRE eólica seria susceptível de interferir de igual modo ao nível da formação dos preços e quantidades no âmbito de um mercado organizado; e (ii) a homogeneidade do Produto proveniente dos dois subsistemas, salientando que as transacções no âmbito de um mercado organizado se processariam de forma anónima, ou seja, tanto do lado da procura como do lado da oferta, os agentes participantes desconhecariam a respectiva contraparte negocial, tratando-se assim de um Produto homogéneo, não fazendo por isso

sentido uma distinção entre a energia eléctrica produzida em sede de PRE e a produzida de acordo com o regime PRO.

Em face do exposto, a AdC considerou que o mercado relevante, para efeitos da operação de concentração em causa, corresponderia precisamente ao mercado da produção de energia eléctrica.

5. Mercado Geográfico Relevante. Manutenção da definição como «nacional»

Tendo sido definido o mercado do produto relevante, conforme referido antes, correspondendo ao mercado da produção de energia eléctrica, procedeu a AdC subsequentemente à análise da sua definição em termos geográficos, tendo reafirmado a sua prática decisória, bem como a da Comissão Europeia, sobre a dimensão geográfica destes mercados. Manteve-se, desse modo, a linha de definição apontando para a limitada expressão dos fluxos de importação e exportação entre Portugal e Espanha, resultante, em grande medida, das limitadas inter-conexões físicas existentes entre os dois países, sendo que, nessa acepção, a definição geográfica do mercado de produção de energia eléctrica deveria ser entendida necessariamente como «nacional».

Com o intuito de responder à argumentação da notificante, de que se teria desconsiderado as modificações profundas em que se encontraria o sector energético nacional, com vista à projectada criação do MIBEL, a AdC, sublinhando aliás as conclusões apresentadas pela Comissão Europeia no Caso COM/M.3440 – EDP/ENI/GDP, de 9 de Dezembro de 2004, concluiu que não se afigura claro que a criação de um mercado organizado com regras comuns em Portugal e Espanha se apresente como susceptível de alterar significativamente as condições concorrenciais da produção de energia eléctrica em Portugal continental, determinadas pela capacidade de importação existente e pela estrutura de oferta em Portugal.

6. Possibilidade de pressão concorrencial sobre o Grupo EDP

Entendeu a AdC, que a posição do Grupo EDP no mercado nacional da produção de energia eléctrica seria dominante (entendimento reflectido em decisões anteriores, não somente da AdC, mas também da Comissão Europeia, v.g. Caso COM/M.3440 – EDP/ENI/GDP, de 9 de Dezembro de 2004).

Para a mesma entidade, a presença nos dois sistemas —PRE e PRO— permitiria ao Grupo EDP actuar de forma independente dos seus concorrentes (v.g., a AdC inclusive afirma de que o Grupo EDP teria capacidade de fixar os preços no âmbito do mercado organizado, num cenário pós extinção dos CAE —«Contratos de Aquisição de Energia», que ligam os produtores vinculados à REN).

Notou ainda a AdC, que uma operação de concentração que seja susceptível de reforçar uma posição já dominante, suscitará especiais preocupações de natureza jus-concorrencial no mercado considerado relevante. Para esta entidade, a aparente capacidade da EDP em fixar os preços no mercado da produção de energia eléctrica e a possível interferência da produção de origem eólica nas condições da oferta no âmbito de um mercado organizado, são susceptíveis de definir condições para que a EDP, presente tanto na PRO como na PRE, possa adoptar comportamentos estratégicos neste último subsistema em benefício da sua produção PRO.

Atente-se ainda, que a operação de concentração em causa envolveria a aquisição de duas empresas que não se encontravam em actividade, sendo tal situação para a AdC bastante para se considerar que se eliminaria uma força concorrencial potencial no mercado da produção de energia eléctrica.

Segundo a Comissão Europeia, uma concentração envolvendo uma empresa que já desenvolve uma actividade no mercado relevante e um concorrente potencial, pode ter efeitos anti-concorrenciais semelhantes aos de uma concentração entre duas empresas que já desenvolvem actividades no mesmo mercado, podendo resultar em entraves significativos à concorrência efectiva —in Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controlo de concentrações de empresas (JOUE C 31, de 5 de Fevereiro de 2004). Contudo, esta premissa somente será válida se, *prima facie*, não existir um número razoável de outros concorrentes susceptíveis de manter uma pressão concorrencial suficiente após a concentração.

Nesse mesmo sentido, e tendo em conta os elementos recolhidos na fase de Investigação Aprofundada do processo, a AdC acabou por considerar que os efeitos derivados da operação em causa seriam negligenciáveis, apesar de existir uma probabilidade acentuada das empresas a adquirir poderem vir a transformar-se numa força de concorrência efectiva. Tal se deveu ao facto de, para a AdC, já existir um número de outros concorrentes que se esperaria

virem a exercer uma pressão concorrencial sobre a empresa entendida como dominante (decorrente de um forte crescimento no mercado relevante, em especial com o perspectivado aumento da produção PRE).

A AdC acabaria por concluir, desse modo, que seria reduzida a probabilidade de um comportamento estratégico pela EDP, ao nível da PRE, não ser detectado, desde que, note-se, existisse informação suficiente que permitisse à AdC monitorizar esse mesmo comportamento.

7. Compromissos e obrigações. Decisão de não oposição à operação.

No sentido de salvaguardar as preocupações jus-concorrenciais apresentadas durante o processo, a AdC considerou aconselhável a imposição de determinados compromissos e correspondentes obrigações à notificante.

A notificante apresentou subsequentemente uma proposta de compromissos, visando a aprovação da operação de concentração, de onde se destacaria: (i) o compromisso em não utilizar estrategicamente os activos de geração eólica com vista a obter hipotéticos benefícios através da distorção das práticas competitivas no mercado, designadamente, através da indução injustificada de imobilizações na produção; (ii) a manutenção da disponibilidade de produção dos activos de geração eólica; e (iii) a disponibilização periódica de um determinado conjunto de informação à AdC para efeitos de monitorização.

As obrigações referidas produziram efeitos a partir de 1 de Janeiro de 2006, devendo prolongar-se até ao final do ano de 2010 (período de tempo considerado suficiente para abarcar o «arranque produtivo» das empresas-alvo; e durante o qual se estima ocorrer um crescimento assinalável da produção de electricidade de origem eólica no mercado nacional).

Na óptica da AdC, os compromissos apresentados iriam salvaguardar as preocupações manifestadas durante o processo, tendo nessa medida decidido aprovar a operação de concentração em causa.

8. Conclusões

Destacar-se-á a precisão efectuada pela AdC ao termo jus-concorrencial de «empresa», onde se sublinha a aplicabilidade da Lei da Concorrência a entidades que, apesar de aptas para tal, ainda não iniciaram a sua actividade económica.

Sublinhou-se ainda nesta decisão, a possibilidade de se perspectivarem quotas de mercado «futuras», para efeitos de interpretação do limiar de notificação obrigatória relativo às quotas de mercado.

Manteve-se também a doutrina da AdC, ao incluir-se a produção PRE eólica no mercado do produto relevante da produção de energia eléctrica, bem como a definição geográfica de tal mercado como de âmbito nacional. No entanto, no que concerne a esta última definição, parece-nos esta abordagem algo criticável, uma vez que a aproximação das condições de concorrência e da penetração dos agentes económicos no conjunto do mercado ibérico obrigará os mesmos a desenvolver estratégias integradas.

Por fim, chamamos a atenção para o enfoque dado à possibilidade de existência de pressão concorrencial sobre o Grupo EDP por parte de outros operadores. Tal argumento veio contribuir para a aprovação da operação, aceites que fossem os compromissos de índole comportamental por parte da entidade notificante.

Notou-se que, aparentemente, esta linha decisória foi mantida na subsequente operação, relativa ao outro processo em que a Enernova intervinha como adquirente de empresas promotoras de parques eólicos —Processo Ccent. 60/2005 - *Enernova/Bolores, Eneraltius, Levante, Cabeço das Pedras e Malhadiques*—, nomeadamente quanto ao idêntico teor dos compromissos assumidos pela notificante.

JOAQUIM CAIMOTO DUARTE (*)

LATINOAMÉRICA

EL FIDEICOMISO COMO HERRAMIENTA PARA LA INVERSIÓN INMOBILIARIA EN ARGENTINA

Entre las consecuencias de la crisis política, económica y social que sufrió la Argentina a finales de 2001, se produjo una desnaturalización del sistema bancario que trajo un encarecimiento y, en ocasiones, hasta una falta, de crédito bancario. Eso hizo que quienes buscaban financiación volvieran sus

* Abogado del Departamento de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Lisboa).