

AUDIÇÃO PROCESSO PRIVATIZAÇÃO TAP

Doc. entregue
pelo Presidente
de ANAC

14. Jun. 2016

Senhor Presidente da Comissão de Economia, Inovação e Obras Públicas
Dr. Hélder Amaral
Senhoras e Senhores Deputados

Gostaria, antes de mais, de agradecer esta oportunidade para clarificar a intervenção do Regulador da Aviação Civil em processos de alteração de estrutura accionista de transportadoras aéreas nacionais, de que a TAP e a PGA são exemplo.

Para o efeito, irei centrar-me, numa primeira fase, no enquadramento legal e regulamentar destas operações e, posteriormente, detalharei a tramitação daqueles processos concretos, clarificando, num capítulo final da minha intervenção, aqueles que serão os passos futuros, no que releva a intervenção da Autoridade Nacional da Aviação Civil ("ANAC").

Encontro-me, naturalmente, à disposição dos Senhores Deputados, para o esclarecimento e aprofundamento das matérias que entenderem.

1. Enquadramento legal e regulamentar

Nos termos Estatutários, a ANAC¹, é a autoridade de licenciamento das transportadoras aéreas nacionais, para efeitos do Regulamento (CE) n.º 1008/2008.

A atuação da ANAC, enquanto autoridade de licenciamento, não se esgota na verificação do cumprimento dos requisitos de licenciamento numa base *ab initio*. É efetuada uma supervisão continuada da atividade das transportadoras titulares de uma licença de exploração, verificando o

¹ Alínea d) do artigo 9.º e do n.º 1 e alínea a) do n.º 2 do artigo 32.º dos estatutos aprovados pelo Decreto-Lei n.º 40/2015, de 16 de março.

cumprimento dos requisitos que lhes permitem manter o título que as habilita ao exercício da actividade de transporte aéreo.

Atualmente, a ANAC supervisiona cerca de 24 empresas nacionais, titulares de licença de transporte aéreo.

A atuação da ANAC neste âmbito é enquadrada pelo Regulamento 1008/2008, que regula a concessão de licenças às transportadoras aéreas comunitárias.

Assume particular relevância o disposto na alínea f) e do artigo 4.º do referido Regulamento², que estabelece dois requisitos cumulativos, que devem ser cumpridos para a concessão e manutenção de uma licença de exploração, a saber, a empresa (i) ser detida em mais de 50% (cinquenta por cento) por Estados-Membros ou por nacionais de Estados-Membros e (ii) ser efetivamente controlada por Estados-Membros ou por Nacionais de Estados-Membros, em ambos os casos, exceto se diferentemente previsto num acordo com um país terceiro no qual a Comunidade seja parte³.

O Regulamento 1008/2008, caracteriza o conceito de “«Controlo efectivo⁴», como uma relação constituída por direitos, contratos ou quaisquer outros meios, que individual ou conjuntamente, e tendo em conta as circunstâncias de facto ou de direito envolvidas, conferem a possibilidade de exercer, directa ou indirectamente, uma influência determinante sobre uma empresa, em especial mediante:

- a) O direito de usufruto sobre a totalidade ou parte dos activos da empresa;
- b) Direitos ou contratos que confirmam uma influência determinante sobre a composição, as votações ou as decisões dos órgãos da

² Alínea f) e do artigo 4.º do Reg. 1008/2008: “Uma autoridade de licenciamento competente de um Estado-Membro só concede uma licença de exploração se: (f) Mais de 50% da empresa pertencer e for efectivamente controlada por Estados Membros e/ou nacionais de Estados Membros, directa ou indirectamente através de uma ou várias empresas intermediárias, excepto conforme previsto num acordo com um país terceiro no qual a comunidade seja Parte”.

³ Islândia Noruega e Suíça

⁴ n.º 9 do artigo 2.º Reg. 1008/2008.

empresa, ou que de outra forma confirmam uma influência determinante sobre a gestão da empresa”.

A Comissão Europeia conclui que “cada caso deve ser apreciado individualmente em função dos seus méritos próprios e que, numa perspectiva mais geral, o critério do controlo efetivo só pode ser aplicado numa base casuística⁶”.

Ainda sobre os critérios de licenciamento da actividade de transporte aéreo, o n.º 6 do artigo 8.º do referido Regulamento comunitário estabelece também como requisito, o cumprimento de condições financeiras, designadamente a capacidade de as transportadoras cumprirem as suas obrigações existentes e potenciais por um período de 12 meses, remetendo para um controlo rigoroso da situação financeira de uma transportadora aérea por parte das Autoridades de licenciamento.

O requisito legal da capacidade financeira está intrinsecamente relacionado com a garantia do cumprimento atempado dos compromissos das transportadoras aéreas, especificamente no que releva às matérias de segurança e de continuidade da exploração dos serviços aéreos oferecidos aos consumidores, reconhecendo a relação potencial entre a solidez financeira de uma transportadora aérea e a segurança do transporte aéreo.

Considera-se que uma transportadora aérea detém capacidade financeira quando apresenta equilíbrio financeiro de médio e longo-prazo, ou seja,

⁶ Na sua Decisão n.º 95/404/EC (Swissair/Sabena), a Comissão Europeia vem clarificar que o conceito de “Controlo Efectivo” obriga a que:
“o poder de tomada de decisão em matéria de gestão da transportadora em causa pertença em última instância aos Estados-membros e/ou nacionais de Estados-membros, individualmente ou em conjunto com outros Estados-membros ou nacionais de Estados-membros. Estes devem poder, direta ou indiretamente através da nomeação dos órgãos sociais fundamentais da transportadora, ter a última palavra relativamente a questões chave como, por exemplo, o plano de actividades da empresa, o seu orçamento anual ou os mais importantes projetos de investimento ou de cooperação. Esta possibilidade não pode depender em grande medida do apoio de nacionais ou empresas de países terceiros.”

quando as origens de fundos são suficientes para fazer face às aplicações projetadas e a exploração do negócio é economicamente sustentável.

No caso concreto da TAP e da PGA, a manutenção da licença de exploração das transportadoras aéreas, decorre do cumprimento dos requisitos legais referentes à **propriedade** e ao **controlo efetivo**, referidos na alínea f) do artigo 4.º e à **capacidade financeira**, a que se refere o n.º 6 do artigo 8.º, ambos do Regulamento (CE) n.º 1008/2008

A ANAC, enquanto Autoridade de licenciamento das transportadoras aéreas nacionais, deve, no estrito cumprimento das suas atribuições, verificar se se encontram cumpridos os requisitos necessários à manutenção de uma licença de transporte aéreo, circunscrevendo a sua atuação à emissão de uma decisão relativa ao cumprimento dos mesmos. Assim, importa sublinhar, no contexto desta audição, que não é competência da ANAC emitir opinião relativamente aos méritos do processo de privatização.

2. Tramitação processual das notificações da TAP e da PGA

A tramitação processual das notificações da TAP e da PGA e a consequente atuação da ANAC ocorreu em 4 momentos distintos que importa referir:

- o pedido de parecer prévio sobre o projeto de alteração da estrutura acionista das transportadoras aéreas, em 15 de julho de 2015;
- a deliberação de 12 de outubro de 2015 da ANAC relativa àquele pedido de parecer prévio;
- a notificação da alteração da estrutura acionista das transportadoras aéreas, em 25 de novembro de 2015;

- a deliberação de 19 de fevereiro de 2016 da ANAC que impõe medidas cautelares à gestão das transportadoras aéreas e, finalmente,
- a notificação de alterações substanciais da operação feita pelas transportadoras no passado dia 1 de junho de 2016.

Emissão de Parecer Prévio

Por carta de 15 de julho de 2015, a sociedade TAP, SGPS, na qualidade de acionista única das transportadoras TAP e PGA, notificou a ANAC do projeto de aquisição de ações representativas de 61% do seu capital social e respetivos direitos de voto pelo agrupamento, Atlantic Gateway, solicitando a emissão de um parecer prévio relativo à avaliação preliminar do cumprimento dos requisitos legais referentes à propriedade e controlo efetivo, bem como à capacidade financeira das transportadoras aéreas nos termos e para os efeitos do disposto na alínea b) do n.º 5 do artigo 8.º do Regulamento (CE) n.º 1008/2008⁷.

Esse parecer prévio foi aprovado, por deliberação do Conselho de Administração da ANAC de 12 de outubro, tendo as respetivas conclusões e recomendações sido devidamente comunicadas às transportadoras aéreas:

- Quanto ao requisito legal relativo à propriedade, isto é, à participação maioritária no capital social da TAP, SGPS, S.A., por Estados-Membros e/ou nacionais de Estados-Membros, entendeu-se que o mesmo se encontrava em conformidade com o disposto na alínea f) do artigo 4.º do Regulamento (CE) n.º 1008/2008;
- Quanto ao requisito legal relativo ao controlo efetivo por Estados-Membros e/ou nacionais de Estados-Membros, e por forma a assegurar

7

a conformidade da operação com o disposto na alínea f) do artigo 4.º do Regulamento (CE) n.º 1008/2008, foram as Partes convidadas a:

- Rever os Estatutos da Atlantic Gateway no sentido de as deliberações do respetivo Conselho de Administração relativas à nomeação dos membros dos órgãos sociais da TAP, SGPS, S.A. e suas subsidiárias terem como requisito de aprovação a maioria simples;
- Densificar as disposições constantes dos Estatutos da Atlantic Gateway, do Acordo Parassocial, bem como do projeto de alteração dos Estatutos da TAP, SGPS, S.A., no sentido de concretizar o modelo de *governance* aplicável à nomeação, organização e funcionamento do Administrador Delegado e da Comissão Executiva das sociedades Atlantic Gateway, TAP, SGPS, S.A., TAP, S.A., de modo a demonstrar inequivocamente que a gestão corrente daquelas sociedades é efetivamente controlada pela HPCB, SGPS, S.A., através de administradores detentores de experiência profissional relevante;
- Eliminar ou rever as cláusulas do Acordo Parassocial da Atlantic Gateway relativas à resolução das denominadas “Situações de Bloqueio” e “Situações de Divergência”, de modo a garantir iguais direitos a ambas as Partes;
- Garantir que os direitos que venham a ser reconhecidos a eventuais credores obrigacionistas em matérias reservadas à Assembleia Geral ou ao Conselho de Administração da TAP, SGPS, S.A. ou das suas subsidiárias, não excedam os direitos já conferidos a não nacionais de Estados-Membros da União Europeia, no âmbito da documentação analisada e por esta Autoridade considerados compatíveis com a regulamentação europeia.

- Quanto ao requisito legal relativo à capacidade financeira, verificou-se que, de acordo com as demonstrações financeiras previsionais apresentadas e respetivos pressupostos, a operação de aquisição, tal como fora apresentada para efeitos de emissão de parecer prévio, não colocava em causa o cumprimento dos requisitos de capacidade económica e financeira previstos no n.º 6 do artigo 8.º do Regulamento (CE) n.º 1008/2008.

Notificação da alteração da estrutura acionista: alínea c) do n.º 5 do artigo 8.º do Regulamento (CE) n.º 1008/2008

Por carta datada de 25 de novembro de 2015, a TAP, SA e a PGA notificaram a ANAC da alteração da estrutura acionista da sociedade gestora de participações a que pertencem.

Esta notificação, decorreu da imposição legal prevista na alínea c) do n.º5 do artigo 8.º do Regulamento (CE) n.º1008/2008, dado que no dia 12 de novembro de 2015⁸ ocorreu a transmissão efetiva de 61% do capital social da TAP SGPS para a Atlantic Gateway - sociedade detida pelas empresas HPGB, com 51% do capital social e DGN Corporation, com 49% do capital social, executando assim as disposições do Acordo de Venda Direta, celebrado em 24 de junho de 2015.

Para além da notificação da aquisição de 61% do capital social da TAP, SGPS, foi a ANAC notificada de que a sociedade Azul, S.A. iria subscrever obrigações convertíveis em ações preferenciais com direito a dividendo especial correspondente a 55% dos lucros distribuíveis em cada ano económico, até 6,4% do capital social da TAP, SGPS e dos correspondentes direitos de voto. Segundo essa notificação, as obrigações, no montante de 120 milhões de Euros, reembolsáveis e exigíveis em 31 de dezembro

⁸ Resolução do Conselho de Ministros 91-A/2015, de 12 de novembro

de 2025, poderiam ser convertíveis em acções preferenciais a todo o tempo, ficando condicionada essa conversão ao respeito pelos requisitos do Regulamento (CE) n.º1008/2008 e pelas regras do processo de reprivatização da TAP, SGPS.

A notificação efetuada estava incompleta, tendo sido finalizada a entrega de todos os elementos necessários à emissão da decisão da ANAC em 16 de março de 2016.

As alterações comunicadas ao abrigo da referida notificação foram avaliadas como tendo impacto significativo na estrutura acionista e na situação financeira das transportadoras aéreas, à luz da alínea f) do artigo 4.º do Regulamento (CE) n.º 1008/2008, sendo, por isso, consideradas suficientemente relevantes para a ANAC decidir, nos termos no artigo 8.º do referido Regulamento se se mantêm cumpridos os requisitos relativos à titularidade de uma licença de transporte aéreo previstos no Regulamento (CE) n.º 1008/2008.

Esta notificação encontra-se, na presente data, pendente de decisão, para a qual relevam os elementos, entretanto apresentados, no passado dia 1 de junho de 2016. A decisão da ANAC será fundamentada na avaliação do cumprimento dos requisitos legais referentes à **propriedade e controlo efetivo**, referidos na alínea f) do artigo 4.º e à **capacidade financeira**, a que se refere o n.º 6 do artigo 8.º, ambos do Regulamento (CE) n.º 1008/2008.

Deliberação da ANAC de 19 de fevereiro – imposição de medidas cautelares

A operação notificada em 25 de novembro assumiu contornos estruturalmente diferentes da operação que foi objeto do parecer prévio, destacando-se a concretização de uma estrutura de governance que não tinha sido apresentada anteriormente, a diferente estrutura de

financiamento da TAP, SGPS que pressupunha agora a subscrição de obrigações convertíveis pela companhia de aviação brasileira Azul, S.A., a própria forma jurídica da sociedade adquirente, a Atlantic Gateway, que se transformou de uma sociedade anónima para uma sociedade por quotas, além de outras alterações introduzidas no Acordo Parassocial.

Apesar de à data não ter sido concluída a entrega da documentação necessária à análise do processo, após uma análise dos elementos que foram apresentados à ANAC, entendeu-se não resultar da mesma evidência inequívoca da existência de controlo efetivo das transportadoras aéreas por parte de um nacional de um Estado-Membro, em especial, tendo em conta as seguintes quatro situações:

- (i) desequilíbrio nas obrigações de capitalização e financiamento da atividade da TAP SGPS assumidas pelos sócios;
- (ii) governo societário;
- (iii) situações de bloqueio decisório; e
- (iv) direitos especiais atribuídos ao sócio minoritário.

Ora, em face dos referidos indícios a ANAC entendeu que se revelava fundamental a imposição de medidas provisórias ou cautelares tendo em vista assegurar que, até à prolação da decisão final, não se constituísse uma situação de facto consumado e que não se produzissem ou agravassem prejuízos de difícil reparação para o interesse público de proteção do mercado interno europeu de transporte aéreo e, no limite, para o interesse público de proteção dos passageiros.

Por outro lado, a decisão de imposição de medidas provisórias ou cautelares destinadas a garantir o controlo exclusivo em termos conformes aos previstos no Regulamento 1008/2008, afigurava-se também adequada a assegurar a manutenção da estabilidade na atividade da TAP, S.A. e da PGA, no interesse de todos os seus stakeholders

Neste sentido, a ANAC entendeu ser adequado, necessário e razoável, a adoção de medidas, algumas com o propósito de limitar os atos que

podem ser praticados pelas transportadoras aéreas até à decisão final e outras com o objetivo de acompanhar e monitorizar a atividade destas.

Esta decisão foi notificada à TAP, S.A. e à PGA no dia 19 de fevereiro de 2016.

A imposição das medidas cautelares teve como efeito balizar a atuação da gestão na pendência da avaliação da operação à luz dos princípios que referi, que nortearam igualmente a intervenção da ANAC quando foi convocada a decidir sobre concretas atuações que lhe foram notificadas.

Notificação de alterações substanciais à notificação da transação apresentada à ANAC em 25 de novembro de 2015

Por comunicação de 1 de junho, foi a ANAC notificada de alterações substanciais à estrutura contratual objecto da notificação da operação, as quais têm como objectivo resolver as questões suscitadas pela ANAC na deliberação de 19 de fevereiro de 2016.

Em concreto, foi a ANAC notificada da:

- Alteração ao acordo Parassocial da Atlantic Gateway, celebrado em 24 de junho de 2015 e alterado em 13 de novembro de 2015;
- Alteração da composição da gerência da Atlantic Gateway;
- Alteração da composição do Conselho de Administração da TAP.

Os elementos que aqui identifiquei estão a ser objecto de análise, para verificar da sua adequabilidade ao cumprimento dos requisitos de propriedade e controlo estabelecidos na regulamentação comunitária.

Consideramos que a documentação apresentada consubstancia uma alteração substancial à operação notificada em 25 de novembro de 2015, pelo que a mesma terá como consequência o reinício do prazo indicativo de 3 meses, previsto no Regulamento nº1008/2008, para a ANAC adotar uma decisão.

3. Considerações finais

A ANAC irá emitir, conforme já explanado em pontos anteriores da minha intervenção, uma decisão relativa ao cumprimento dos requisitos legalmente impostos para manutenção da titularidade das licenças de exploração de que são titulares as transportadoras aéreas TAP, S.A. e PGA e que são os títulos que habilitam a TAP, S.A: e a PGA a exercer a actividade de transporte aéreo.

Esta decisão, que será notificada às transportadoras aéreas, em cumprimento dos normativos legais aplicáveis, irá basear-se na análise dos elementos notificados a 1 de junho e terá como objetivo avaliar o cumprimento dos requisitos de propriedade, controlo efetivo e capacidade financeira, relativos à alteração da estrutura accionista da TAP, SGPS, única acionista das transportadoras aéreas, por via da transmissão efetiva de 61% do capital social para a Atlantic Gateway - sociedade detida pelas empresas HPGB, com 51% do capital social e DGN Corporation, com 49% do capital social.

Importa esclarecer, também, que a emissão de uma decisão da ANAC, em resposta à notificação de 25 de novembro e aditamento de 1 de junho não prejudica a obrigação das transportadoras de cumprirem, a todo o momento, os requisitos da legislação comunitária, nem preclude a supervisão contínua, pela ANAC, do cumprimento dos referidos requisitos legais.

[Nesta linha, a ANAC tem vindo, ao longo de todo o processo de notificação, a desempenhar um papel ativo no sentido de, por decisão formal ou por via de contributo informal, esclarecer as entidades intervenientes no processo dos aspetos principais a acautelar na configuração da operação, estando essas iniciativas - a par de outras decorrentes da configuração negocial da operação entre as Partes - na origem das notificações de 25 de novembro de 2015 e de 1 de junho de 2016. Iremos agora avaliar em que medida, a operação configurada

como um todo, incluindo as alterações recentemente introduzidas, assegura o cumprimento dos requisitos da legislação comunitária.]

Importa, em termos de considerações finais, salientar que, quaisquer outras alterações indirectas na estrutura accionista das transportadoras, que ocorram por via da alteração da estrutura acionista da TAP, SGPS deverão ser formalmente notificadas à ANAC e objecto de decisão similar, designadamente as que decorram da concretização do memorando de entendimento e do acordo de compra e venda de ações celebrado entre a Atlantic Gateway e o Estado Português.

Muito obrigado.