ARTICULAÇÃO ADC-ERC NO ÂMBITO DO ARTIGO 55.º DO REGIME JURÍDICO DA CONCORRÊNCIA: CENAS DOS PRÓXIMOS CAPÍTULOS

*Ricardo Bayão Horta**

Abstract *Article 55 of the Portuguese Competition Act stipulates that whenever a merger is likely to have an impact in a regulated sector the AdC is obliged to request a formal opinion to the relevant sectorial regulator. To the extent that the opinion to be issued by the media regulator ERC may be legally binding on the AdC, this article examines both the constitutional and legal frameworks in which that may occur, and how it has been reflected on ERC's past opinions. Faced with different possible outcomes, the article explores how can/should the AdC react to each one of ERC's possible opinions.*

Sumário 1. Introdução. 2. Estrutura da exposição. 3. Articulação AdC – Entidades Reguladoras Sectoriais (artigo 55.º RJC) – Caso específico do parecer potencialmente vinculativo da ERC. 3.1. Vinculatividade do parecer – Perspetiva constitucional e legal. 3.2. A Vinculatividade do parecer: Perspetiva administrativa/regulatória da ERC no âmbito da cooperação com a AdC: as deliberações. 4. Cenários (possíveis) decorrentes da atuação da ERC – Análise e resposta/reação a adotar pela AdC. 4.1. Cenários. 4.2. Análise dos cenários e correspondente resposta da AdC. 5 – Síntese conclusiva

1. INTRODUÇÃO

Quando uma operação de concentração possa ter incidência em mercados sujeitos a regulação sectorial o artigo 55.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio ("RJC" ou "Lei da Concorrência") estipula que a Autoridade da Concorrência ("AdC" ou "Autoridade") solicite à relevante entidade reguladora sectorial que emita parecer sobre a operação notificada.

---

* Jurista no Departamento de Controlo de Concentrações da Autoridade da Concorrência. As opiniões expressas neste texto são da exclusiva responsabilidade do Autor e não vinculam, a qualquer título, a Autoridade da Concorrência.

Atualmente, a Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, aprovada pela Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto (na sua versão atualizada de 2017), identifica um conjunto de entidades administrativas independentes que qualifica, para efeitos daquele diploma, como Entidades Reguladoras Sectoriais (artigo 3.º, n.º 3). Ainda que o n.º 4 do mesmo artigo 3.º exclua a Entidade Reguladora da Comunicação Social ("ERC") do âmbito de aplicação da Lei-Quadro, o correspondente estatuto de entidade reguladora sectorial é-lhe, material e universalmente, reconhecido, incluindo para efeitos dos artigos 55.º do RJC e 9.º dos Estatutos da AdC, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto.

Na medida em que o parecer da ERC possa ser de *oposição* à realização da operação de concentração, e adotar um caráter *vinculativo* para a AdC – assim condicionando a atuação desta na adoção da decisão final – torna-se importante refletir sobre quais os vários possíveis cenários decorrentes da atuação da ERC e correspondentes possibilidades de respostas/reações por parte da AdC.

Saliente-se que o conjunto de cenários apresentados representa, necessariamente, uma lista não exaustiva de hipóteses.

2. ESTRUTURA DA EXPOSIÇÃO

A análise que se segue obedece à seguinte estrutura:

i. Num primeiro momento, procede-se a uma análise do enquadramento regulatório (constitucional, legal e administrativo) subjacente à atuação da ERC quando solicitada para emitir parecer nos termos do artigo 55.º do RJC.
ii. Num segundo momento, identifica-se um conjunto de cenários que poderão advir da atuação da ERC e quais as possíveis respostas que a AdC poderá dar.
iii. Por último, termina-se com uma breve síntese conclusiva.

3. ARTICULAÇÃO ADC – ENTIDADES REGULADORES SECTORIAIS (ARTIGO 55.º RJC) – CASO ESPECÍFICO DO PARECER POTENCIALMENTE VINCULATIVO DA ERC

Conforme resulta acima, pelo facto de a operação incidir sobre mercados sujeitos a regulação sectorial, o RJC obriga a que a AdC solicite parecer

prévio (*i.e.* antes de adotar uma decisão) à correspondente entidade reguladora sectorial. Esta obrigação decorre do artigo 55.º do RJC, o qual também estabelece um conjunto de outras regras.

A *ratio* que preside a este sistema, e em particular no que respeita à consulta obrigatória das autoridades reguladoras sectoriais, parece ser a de assegurar que, por um lado, a AdC dispõe de todos os elementos de facto e de direito para decidir adequadamente processos complexos em sectores sujeitos a regulação e, por outro, que a Autoridade toma na sua devida conta as especificidades características desses mesmos setores[1] onde, *por definição e no sentido próprio da expressão, são aqueles em que se verificam "falhas de mercado" caracterizadas pela ausência de concorrência (situações de monopólio natural) ou por défices de concorrência efetiva*[2].

A regra geral do procedimento administrativo – e do procedimento de controlo de concentrações nos termos do RJC – é a de que o pedido de parecer ao regulador sectorial é obrigatório e não vinculativo.[3] Esta situação ocorre em todas as enquadráveis no artigo 55.º do RJC com a exceção – v. *infra* – do pedido de parecer à ERC; este será *vinculativo* para a AdC quando *negativo* por a operação notificada colocar em risco determinados valores[4].

Para além do diferente valor atribuído às suas conclusões (vinculativo ou não vinculativo), outra diferença entre um pedido de parecer que possa ser vinculativo – como é o caso do emitido pela ERC – face aos demais solicitados no âmbito do artigo 55.º do RJC é a de que, neste último caso, o pedido

1 Botelho Moniz, 2016: §4.

2 Marques & Moreira, 2017a: §2.1.

3 Artigo 91.º, n.º 2 do Código do Procedimento Administrativo ("CPA").

4 A vinculatividade pode, em teoria, ser "bidirecional", caso o parecer da [Autoridade Reguladora Sectorial] se imponha à AdC para proibir a concentração ou para a autorizar. Mas também pode ser "unidirecional" se for vinculativo apenas para a ela se opor. No caso do referido parecer da ERC trata-se de uma vinculatividade unidirecional, uma vez que só são vinculativos quando contrários à concentração (Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 28.01.2015, processo n.º 7/13.8YQSTR, p. 31); Marques & Moreira, 2017b: §4. Vide também Esteves de Oliveira, Costa Gonçalves & Amorim, 2006: "Q*uanto aos pareceres vinculativos, há uns que o são em absoluto, qualquer que seja o respetivo conteúdo, porque a decisão final tem sempre que se acolher às suas conclusões, e outros que só o são relativamente, se a sua conclusão for em certo sentido (negativa ou positiva), ficando o órgão com competência decisória, na hipótese contrária, "livre" para agir, como entender mais adequado à realização dos interesses públicos envolvidos."* (§V). *"Sendo relativamente vinculativos, a autoridade procedimental só se encontra obrigada a segui-los na sua decisão se eles forem no sentido que legalmente a vincula."* (§VII). No caso do parecer da ERC solicitado ao abrigo do artigo 55.º do RJC, estamos claramente a lidar com um parecer "*relativamente vinculativo*".

de parecer não suspende o prazo de instrução da AdC; esta pode emitir a sua decisão (artigos 50.º ou 53.º do RJC) mesmo na ausência do parecer[5].

Com efeito, ao contrário do pedido aos restantes reguladores sectoriais, o pedido de parecer à ERC, na medida em que possa ser vinculativo[6] e prejudicar a conclusão do procedimento[7], suspende o prazo da AdC para adoção de uma decisão em sede de procedimento de controlo de concentrações; e suspende-o no primeiro dia útil seguinte ao do envio do pedido de parecer e termina no dia da sua receção (pela AdC) ou no fim do prazo concedido para a sua emissão, findo o qual (se não emitido) a AdC poderá adotar uma decisão no âmbito do procedimento de controlo de concentrações (artigo 55.º, n.ºs 2, 3 e 4 do RJC)[8].

Assim, considerando que este parecer possa ser de *oposição* à realização da operação de concentração e adotar um caráter *vinculativo* para a AdC torna-se importante refletir sobre os valores, critérios e fundamentos que possam estar nessa base.

3.1. Vinculatividade do parecer – Perspetiva constitucional e legal

Conforme referido acima, a ERC será a única entidade reguladora sectorial cujo parecer pode colocar em causa o prosseguimento da instrução do procedimento de controlo de concentrações a correr trâmites na AdC e, logo por decorrência, da adoção de uma decisão. Tal situação prejudicial advém da vinculatividade potencial do parecer por si a emitir nos termos do artigo 55.º do RJC.

Por outro lado, como já referido acima, a regra geral do procedimento administrativo é a de que o parecer, sendo obrigatório, não é vinculativo, salvo disposição expressa em contrário (artigo 92.º, n.º 2 do CPA).

No caso do parecer da ERC emitido ao abrigo do artigo 55.º do RJC existem disposições legais expressas a atestar a sua vinculatividade; *in casu*, no

---

5 Artigo 55.º, n.ºs 2 *a contrario* e n.º 3 do RJC, bem como artigo 91.º, n.º 2 do CPA, por remissão do artigo 42.º do RJC. Sem prejuízo, e sob pena de esvaziamento do respetivo propósito, esta situação apenas ocorrerá uma vez esgotado o prazo concedido ao regulador destinatário para a emissão do referido parecer.

6 Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a Pedido (aprovada pela Lei n.º 27/2007, de 30 de julho), Lei da Rádio (aprovada pela Lei n.º 54/2010, de 24 de dezembro) e Lei da Imprensa (aprovada pela Lei n.º 2/99 de 13 de janeiro).

7 Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 28.01.2015, processo n.º 7/13.8YQSTR, p. 31.

8 Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 28.01.2015, processo n.º 7/13.8YQSTR, p. 31-32.

artigo 4.º-B, n.º 2 da Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a Pedido ("Lei da Televisão"), no artigo 4.º, n.º 2 da Lei da Rádio e no artigo 4.º, n.º 4 da Lei de Imprensa[9]:

- Lei da Televisão
  i. *Artigo 4.º-B, n.º 2 – Concorrência, não concentração e pluralismo*
  2 – As operações de concentração entre operadores de televisão sujeitas a intervenção da autoridade reguladora da concorrência são submetidas a parecer prévio da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, o qual só é vinculativo quando se verifique existir fundado risco para a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião.

- Lei da Rádio
  ii. *Artigo 4.º – Concorrência, não concentração e pluralismo*
  2 – As operações de concentração entre operadores de rádio sujeitas a intervenção da autoridade reguladora da concorrência são submetidas a parecer prévio da ERC, o qual é vinculativo quando fundamentado na existência de risco para a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião.

- Lei de Imprensa
  iii. *Artigo 4.º Interesse público da imprensa:*
  4 – As decisões da Autoridade da Concorrência relativas a operações de concentração de empresas em que participem entidades referidas no número anterior estão sujeitas a parecer prévio da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, o qual deverá ser negativo quando estiver comprovadamente em causa a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião, sendo neste caso vinculativo para a Autoridade da Concorrência.

Mas a força jurídica de cada uma destas disposições não emana exclusivamente dos respetivos diplomas legais. De facto, estamos até em crer que a sua previsão legal representa apenas uma mera concretização, uma decorrência, de um imperativo de natureza constitucional.

Com efeito, não obstante a Constituição da República Portuguesa ("Constituição") prever que a iniciativa económica privada pode ser exercida livremente, também estipula que tal liberdade deve ser obrigatoriamente enquadrada com a Constituição e com a Lei (artigo 61.º, n.º 1).

9 V. nota de rodapé 6.

Ora, uma das manifestações do exercício da liberdade de iniciativa económica privada consiste, precisamente, na adoção de comportamentos economicamente racionais por agentes com o intuito de reforçar a sua presença no mercado, nomeadamente através da aquisição de participações sociais noutras empresas (concorrentes suas ou não).

Acontece que, tratando-se de órgãos de comunicação social, tal concentração da sua titularidade encontra-se, constitucional e expressamente, condicionada[10], desde logo por força dos seus artigos 38.º, n.º 4 e 39.º n.º 1, al. b):

- *Artigo 38.º – Liberdade de imprensa e meios de comunicação social*
  4. O Estado assegura a liberdade e a independência dos órgãos de comunicação social perante o poder político e o poder económico, impondo o princípio da especialidade das empresas titulares de órgãos de informação geral, tratando-as e apoiando-as de forma não discriminatória e impedindo a sua concentração, designadamente através de participações múltiplas ou cruzadas.

- *Artigo 39.º – Regulação da comunicação social*
  1. Cabe a uma entidade administrativa independente assegurar nos meios de comunicação social:
  (…)
  b) A não concentração da titularidade dos meios de comunicação social.

Mas, então, tal significa que qualquer movimento de concentração da titularidade de meios de comunicação social está, à partida, condenado ao bloqueio? A resposta é negativa, e a razão de tal decorre da articulação teleológica das duas disposições acima referidas com outros valores que a Constituição reputa de indispensáveis.

Concretizando, a Constituição encara a liberdade de imprensa como uma manifestação da liberdade de expressão e de informação destinada ao público. Neste sentido, os meios de comunicação social atuam como um veículo de

10 Note-se que, apesar da letra da Constituição adotar as expressões "impedindo a sua concentração" (artigo 38.º, n.º 4) e assegurar " a não concentração" (artigo 39.º, n.º 1, al. b)), optamos por aqui usar antes o termo "condicionada" atendendo a que – como se verá *infra* – nem todos os movimentos de concentração entre órgãos de comunicação social são impedidos, mas tão-só aqueles que seriam suscetíveis de colocar em risco determinados valores de natureza constitucional, designadamente a sua liberdade e independência perante o poder económico, a possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião, a liberdade de imprensa e de informação, *i.e.* risco para o pluralismo mediático.

expressão ou informação[11], pelo que a pluralidade dos mesmos (número em atividade) e o pluralismo nos mesmos (diversidade de opiniões)[12] representam valores imprescindíveis a assegurar.

Assim, para além das referências atrás aos impedimentos à concentração da titularidade dos meios de comunicação social, a Constituição estipula que o Estado deve assegurar: (i) a liberdade e a independência dos órgãos de comunicação social perante poder económico (artigo 38.º, n.º 4)[13]; (ii) o direito de qualquer pessoa se exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio (artigo 37.º, n.º 1); (iii) o direito de informar, de se informar e de ser informado (artigos 37.º, n.º 1).

Por outro lado, a Constituição reconhece à ERC as funções de regulação da comunicação social e, em particular, as funções de assegurar que estes princípios e valores constitucionais são respeitados: para além do já referido artigo 39.º, n.º 1, al. b) relativo à não concentração da titularidade dos meios de comunicação social, são de salientar o da liberdade e independência da imprensa face ao poder económico [artigo 39.º, n.º 1, als. a) (segunda parte) e c)], a liberdade de expressão e de confronto de opiniões [artigo 39.º, n.º 1, al. f)] e o direito à informação [artigo 39.º, n.º 1 al. a) (primeira parte)].[14]

Num segundo momento, a Constituição remete para a Lei a concretização de como a ERC deverá assegurar as funções de regulação da comunicação social (artigo 39.º, n.º 2). Assim se transpõem para a legislação ordinária

11 Canotilho & Moreira, 2007b: §I.

12 Para uma explicação mais desenvolvida sobre o pluralismo *externo* e pluralismo *interno, vide* secção 3.2.

13 Requisito da liberdade de imprensa é também a independência perante o poder económico. São vários os mecanismos constitucionais apontados a esse objetivo, entre os quais o princípio do pluralismo que requer o controlo da concentração de empresas jornalísticas. (Canotilho & Moreira, 2007b: §IX).

14 A leitura paralela dos artigos 37.º e 38.º com o artigo 39.º permite identificar essa coincidência dos princípios e valores que ao Estado incumbe assegurar e a atribuição à ERC das funções para o fazer. No mesmo sentido Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 613/2008, de 10.12.2008, processo n.º 425/08, §5: "*Da sua configuração constitucional, retira-se que aquela "entidade administrativa independente" não se limita a integrar o leque de pessoas coletivas públicas dotadas de funções administrativas de mera regulação e supervisão de um determinado mercado económico, antes se configurando – e em principal medida – como uma entidade administrativa dotada de funções de defesa e salvaguarda de direitos fundamentais, maxime, dos direitos diretamente relacionados com o princípio do pluralismo político, com a liberdade de expressão e de informação e com a liberdade de imprensa. Tal resulta, desde logo, das várias atribuições que o legislador constituinte entendeu conferir-lhe. Porventura, com exceção da alínea e) do n.º 1 do artigo 39º da Constituição, todas as demais alíneas daquele preceito constitucional afastam a "entidade administrativa independente" da categoria das pessoas coletivas públicas, exclusiva ou predominantemente, vocacionadas para a mera regulação e supervisão de determinado mercado económico (reforçando esta função de defesa de direitos fundamentais, ver GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, "Constituição da República Portuguesa Anotada", Vol. I, Coimbra, 2007, págs. 598 e 599)*".

os princípios e valores constitucionais referentes à comunicação social: para além das já referidas disposições da Lei da Televisão, da Rádio e da Imprensa são também de referir algumas alíneas dos artigos 7.º e 8.º dos Estatutos da ERC[15]

i. *Artigo 7.º – Objectivos da regulação*
Constituem objectivos da regulação do sector da comunicação social a prosseguir pela ERC:
a) Promover e assegurar o pluralismo cultural e a diversidade de expressão das várias correntes de pensamento, através das entidades que prosseguem actividades de comunicação social sujeitas à sua regulação;

ii. *Artigo 8.º – Atribuições*
São atribuições da ERC no domínio da comunicação social:
a) Assegurar o livre exercício do direito à informação e à liberdade de imprensa;
b) Velar pela não concentração da titularidade das entidades que prosseguem actividades de comunicação social com vista à salvaguarda do pluralismo e da diversidade, sem prejuízo das competências expressamente atribuídas por lei à Autoridade da Concorrência;
(…)
e) Garantir a efectiva expressão e o confronto das diversas correntes de opinião, em respeito pelo princípio do pluralismo e pela linha editorial de cada órgão de comunicação social;
(…)

Ou seja, recupera-se o dito anteriormente de que a vinculatividade potencial do parecer emitido pela ERC ao abrigo do artigo 55.º do RJC, mais do que uma opção de política regulatória por parte do legislador ordinário, representa antes uma concretização, uma decorrência, de um imperativo de natureza constitucional.

Este "fio condutor" Constituição-Lei ordinária permite também concluir por um outro ponto importante relativamente à vinculatividade potencial do parecer da ERC no âmbito do artigo 55.º do RJC: é o de que a liberdade de imprensa só confere proteção qualificada aos meios de comunicação social na

15 Aprovados pela Lei n.º 53/2005, de 8 de novembro.

medida em que eles funcionem como veículos de liberdade de expressão e de opinião.[16]

Por outras palavras, na medida em que a Constituição encara a liberdade de imprensa como uma manifestação da liberdade de expressão e de informação destinada ao público e os meios de comunicação social como veículos de expressão ou informação[17], apenas aqueles movimentos de concentração da sua titularidade [dos meios de comunicação social] que se revelassem suscetíveis de colocar em risco esses valores de natureza constitucional, designadamente a sua liberdade e independência perante o poder económico, a possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião, a liberdade de imprensa e de informação, *i.e.* risco para o pluralismo mediático, estariam sujeitos a uma oposição vinculativa.

Esta conclusão é também consistente com os princípios de restrição de direitos, liberdades e garantias, decorrentes do artigo 18.º da Constituição, *in casu* aplicável à liberdade de iniciativa económica privada prevista no artigo 61.º, n.º 1 da Constituição.

O artigo 18.º, n.º 2 da Constituição prevê que "*A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.*".

Tal implica que uma restrição ao artigo 61.º, n.º 1 esteja *(i)* expressamente prevista na Constituição; *(ii)* que tal restrição vise salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido; *(iii)* que tal restrição se limite ao estritamente necessário para alcançar o objetivo.[18]

Quanto ao item *(i)* já vimos que é o próprio artigo 61.º, n.º 1 que se autolimita quando estabelece que a iniciativa económica privada pode ser livremente exercida nos *quadros definidos pela Constituição e pela Lei*. No que diz respeito ao item *(ii)* terá ficado evidente pelos parágrafos acima a relevância que a Constituição confere à necessidade de assegurar pluralidade dos meios de comunicação social (número em atividade) e o pluralismo nos mesmos (diversidade de opiniões) como veículos de expressão ou informação; neste sentido o impedimento a movimentos de concentração da titularidade

16 E não enquanto suportes de atividades publicitárias ou de entretenimento (Canotilho & Moreira, 2007b: §I).

17 Canotilho & Moreira, 2007b: §I.

18 Também que a restrição não aniquile o direito em causa atingindo o seu conteúdo essencial (artigo 18.º, n.º 3). (Canotilho & Moreira, 2007a: §VI).

de meios de comunicação social representa uma restrição ao artigo 61.º, n.º 1. Por último, o item *(iii)* materializa a necessidade de proporcionalidade: a restrição ao artigo 61.º, n.º 1 apenas é admissível na estrita medida em que seja necessário assegurar que os valores vertidos nos artigos 37.º e 38.º da Constituição não são colocados em risco.

Em face do exposto, a natureza vinculativa do parecer da ERC, emitido no âmbito do artigo 55.º do RJC, não resultará tanto de uma opção de política regulatória por parte do legislador ordinário, mas sim da necessidade de assegurar a proteção e a promoção de determinados valores de natureza constitucional; e apenas na estrita medida em que seja necessário protegê-los é que se poderá qualificar de vinculativo um parecer de oposição a determinada operação de concentração entre meios de comunicação social.

3.2. A Vinculatividade do parecer: Perspetiva administrativa/regulatória da ERC no âmbito da cooperação com a AdC: as deliberações

Tanto a AdC como a ERC são entidades administrativas independentes e atuam na prossecução das suas atribuições e no exercício das suas competências, vertidas, desde logo (i) nos respetivos Estatutos, aprovados, respetivamente, pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto (AdC)[19] e pela Lei n.º 53/2005, de 8 de novembro (ERC) e; (ii) em legislação, mais ou menos dispersa, nomeadamente o RJC, a Lei da Televisão, a Lei da Rádio e a Lei de Imprensa. No caso particular da ERC, será ainda de relembrar a sua consagração constitucional (artigo 39.º).

Com a emissão dos pareceres (sob a forma de Deliberações) à AdC solicitados ao abrigo do artigo 55.º do RJC, a ERC materializa tal cooperação institucional, os seus âmbitos e limites, e concretiza os critérios e fundamentos subjacentes ao reconhecimento do parecer como vinculativo: a *existência de risco para a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião*.

A fim de ilustrar (o melhor possível) esta concretização procedeu-se a uma análise dos pareceres da ERC, solicitados pela AdC ao abrigo do artigo 55.º do RJC (ou 39.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho).

Foram analisados, em particular, os pareceres emitidos pela ERC[20] no âmbito das seguintes operações de concentração:

---

19 A cooperação institucional para um bom cumprimento das respetivas missões deriva dos mesmos diplomas. Para além do já referido artigo 55.º do RJC, nos Estatutos da AdC, da ERC, na Lei da Televisão e na Lei da Rádio encontram-se os seguintes exemplos: artigo 9.º dos Estatutos da AdC; artigo 8.º, al. g); artigo 4.º-B, n.º 22 da Lei da Televisão; artigo 4.º, n.º 2 da Lei da Rádio e artigo 4.º, n.º 4 da Lei de Imprensa.

20 Disponíveis em www.erc.pt/pt/deliberacoes.

- Ccent. 18/2007 – *Unedisa/Recoletos*: Deliberação n.º 2/PAR-AdC/2007, de 21.03;
- Ccent. 21/2008 – *CATVP/TVTel*: Deliberação n.º 3/PAR-ER/2008, de 24.06 e Deliberação n.º 2/OUT/2008, de 6.08;
- Ccent. 41/2009 – *Ongoing/Vertix/Media Capital*: Deliberação n.º 1/PAR-ER/2010, de 9.02;
- Ccent. 37/2012 – *Altice Portugal/Cabovisão:* Deliberação n.º 2/PAR-ER/2012, de 5.09;
- Ccent. 4/2013 – *Controlinveste*ZON*PT/Sport TV*PPTV*Sportinveste*: Deliberação n.º 140/2013, de 19.06;
- Ccent. 5/2014 – *OI/PT*: Deliberação n.º 19/2014, de 12.2.

Como se viu na secção anterior, nos termos da Constituição e dos seus Estatutos, tem a ERC o dever de assegurar o pluralismo e a diversidade e liberdade de expressão, de imprensa, o direito de informar e de ser informado, velando pela não concentração da titularidade das entidades que prosseguem atividades de comunicação social.[21]

À ERC incumbe também o dever de assegurar a livre difusão de conteúdos pelas entidades que prosseguem atividades de comunicação social e o livre acesso aos conteúdos por parte dos respetivos destinatários da respetiva oferta de conteúdos de comunicação social, de forma transparente e não discriminatória, de modo a evitar qualquer tipo de exclusão social ou económica.[22]

Com efeito, se a AdC tem por missão assegurar a aplicação das regras de promoção e defesa da concorrência, designadamente através do controlo prévio de operações de concentração, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a afetação ótima dos recursos e os interesses dos consumidores, nos termos previstos na Lei e nos Estatutos, o objetivo da ERC é o de garantir a liberdade de expressão e a diversidade de opiniões.[23]

A ERC tem, deste modo, como missão garantir o *pluralismo* na sua dupla dimensão, externa e interna.[24]

---

21 Também Deliberação n.º 2/PAR-ER/2012, de 5.09, §3; Deliberação n.º 140/2013, de 19.06, §15.

22 Artigo 7.º, al. b) dos Estatutos da ERC e Deliberação n.º 2/PAR-ER/2012, de 5.09, §21.

23 Deliberação n.º 3/PAR-ER/2008, de 24.06, §23. Também artigo 8.º, al. b) dos Estatutos da ERC.

24 Deliberação n.º 3/PAR-ER/2008, de 24.06, §24.

O pluralismo *externo* destina-se a "preservar a pluralidade de suportes ou de operadores, permitindo garantir a diversidade de empresas". Já o pluralismo *interno* "exige uma apreciação qualitativa quanto à diversidade da informação difundida".[25]

O pluralismo *externo* será, normalmente, garantido assegurando-se a concorrência entre empresas de comunicação social, com vista ao confronto das informações e das diversas correntes de opinião. Será, deste modo, protegido, essencialmente e ainda que não exclusivamente, por dispositivos de controlo de concentrações.[26, 27]

Por outro lado, esta conceção do pluralismo sublinha que, não apenas a produção, mas também a distribuição e o potencial acesso constituem áreas a considerar na avaliação do pluralismo e da diversidade no sistema mediático.[28]

Por outras palavras, o *pluralismo* e a *diversidade de conteúdos* não resultam apenas da liberdade da respetiva criação e produção, mas também da inexistência de especiais restrições (*maxime*, económicas) à sua distribuição; inexistência essa que apenas estará garantida se, do lado do mercado da distribuição, for garantido o pluralismo externo, *impeditivo* da tomada de posições restritivas do livre acesso à distribuição de conteúdos, com risco para o confronto das diversas correntes de opinião.[29]

Tem sido entendimento da ERC[30] que o seu parecer no domínio de operações de concentração não se destina a criar as condições abstratas ideais de concorrência no mercado da comunicação social mas, tão-só, a impedir que se agravem, em concreto, as condições de concorrência vigentes no momento imediatamente anterior à operação sobre a qual é emitido o parecer.

O que se pretende é determinar se a operação de concentração analisada não põe em causa o pluralismo externo, enquanto pluralidade de suportes ou de operadores, e interno, enquanto diversidade nas informações difundidas

25 Deliberação 3/PAR-ER/2008 (24/06) §39.

26 Deliberação 3/PAR-ER/2008 (24/06) §40.

27 Deliberação 1/PAR-ER/2010 (9/02) "§7 – *A existência de um sistema mediático competitivo e pluralista é considerada um pré-requisito para o pluralismo e a diversidade de órgãos de comunicação social – fontes, canais, mensagens e audiências – tendo em conta as diferenças mais relevantes da sociedade nos aspetos político, geográfico e sociocultural.*"

28 Deliberação 1/PAR-ER/2010 (9/02) §8.

29 Deliberação n.º 19/2014, de 12.2, §8.

30 Deliberação n.º 19/2014, de 12.2, §12.

por cada órgão de comunicação social, individualmente considerado, sendo a efetividade da liberdade de receber informação avaliada em função das possibilidades que são oferecidas ao destinatário.[31]

Em concreto, trata-se de assegurar que da operação não resulta um enfraquecimento, atual ou potencial, das condições de funcionamento daqueles mercados, através da introdução de entraves ou dificuldades acrescidas aos produtores de conteúdos e ao público consumidor, no acesso às plataformas de distribuição dos mesmos.[32]

Assim, na ótica da ERC, aquilo que for suscetível de afetar o pluralismo na sua dupla dimensão, interna e externa equivale, em substância, à asserção de que tal operação apresenta "*fundados riscos para a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião.*"[33].

Por todo o exposto:

i. Se a operação de concentração em causa acarretar riscos para o pluralismo (na sua dupla dimensão interna e externa) necessariamente redundará em fundados *riscos para a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião*;
ii. Como tal, nos termos da Lei da Televisão, na Lei da Rádio e na Lei de Imprensa[34], a ERC emitirá, necessariamente, um parecer *negativo*,
iii. O qual será, necessária e consequentemente, vinculativo para a AdC.

4. CENÁRIOS (POSSÍVEIS) DECORRENTES DA ATUAÇÃO DA ERC. ANÁLISE E RESPOSTA/REAÇÃO A ADOTAR PELA ADC

4.1. Cenários

Chegados a este ponto – *i.e.* ao momento em que a ERC emite o seu parecer, solicitado pela AdC nos termos do artigo 55.º do RJC – torna-se importante refletir sobre quais os vários possíveis cenários decorrentes da atuação da ERC e correspondentes possibilidades de respostas/reações por parte da AdC.

31 Deliberação n.º 2/PAR-AdC/2007, de 21.03, §54.

32 Deliberação n.º 140/2013, de 19.06, §16.

33 Deliberação n.º 2/OUT/2008, de 6.08, p.4.

34 Respetivamente, artigo 4.º-B, n.º 2, artigo 4.º, n.º 2 e artigo 4.º, n.º 4.

Com base na experiência passada, são possíveis antecipar 7 (sete) cenários decorrentes do pedido de parecer à ERC:

a) O parecer é negativo por a operação apresentar "*fundados riscos para a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião*";
b) O parecer é negativo, mas por motivos diversos de "*fundados riscos para a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião*";
c) O parecer é de não oposição;
d) O parecer é de não oposição, desde que sejam asseguradas determinadas medidas de salvaguarda para *a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião*;
e) A ERC não emite parecer no prazo concedido pela AdC;
f) O parecer da ERC é vago/ambíguo;
g) O parecer é, numa fase inicial, de não oposição, tornando-se negativo e vinculativo numa fase posterior do procedimento em face de compromissos apresentados pela Notificante para solucionar/mitigar preocupações jusconcorrenciais.

4.2. Análise dos cenários e correspondente resposta da AdC

Analisa-se, de seguida, cada um destes cenários, apresentando uma possível resposta/reação da AdC para cada um deles.

a. O parecer é negativo por a operação apresentar "fundados riscos para a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião";

Conforme resulta dos parágrafos expostos *supra*, um parecer da ERC com estas características é vinculativo para a AdC. Neste sentido, a instrução do procedimento de controlo de concentrações e a correspondente adoção de uma decisão sobre a transação, a correr nos termos do RJC, ficam, necessariamente, prejudicadas: a AdC estará impossibilitada de se pronunciar, jusconcorrencialmente, quanto ao mérito da operação de concentração em causa, sob pena da sua decisão poder vir a ser *contra-legem* e ferida de nulidade[35].

Será de referir que em apenas uma ocasião a ERC emitiu um parecer com as características analisadas neste cenário. Em pronúncia à operação de concentração Ccent. n.º 41/2009 – *Ongoing/ Vertix/ Media Capital*, a ERC opôs-se à realização da operação enquanto a notificante Ongoing não cumprisse

35 Artigo 161.º, n.º 2, al. c) do CPA: "*2 – São, designadamente, nulos: (…); c) Os atos cujo objeto ou conteúdo seja impossível, (…)*".

uma determinada condição. Em razão da recusa da notificante em aceder a tal, o parecer manteve o seu sentido e a AdC viu-se confrontada com o cenário aqui em análise.

Num desfecho que não gerou consenso, a AdC decidiu adotar uma "*decisão de oposição à operação notificada, para proteção do interesse público e em cumprimento do parecer negativo, de natureza vinculativa, emitido pela Entidade Reguladora para a Comunicação Social.*". A controvérsia suscitada teve, essencialmente, por base a ausência de uma base legal que capacitasse a AdC de emitir uma decisão de oposição à operação ainda no decurso da primeira fase do procedimento[36].

Na sua decisão, a AdC recorreu ao CPA e à necessidade de, antes de decidir, se pronunciar sobre todas as questões pertinentes suscitadas durante o procedimento e que não houvessem sido decididas em momento anterior[37], para de seguida integrar o parecer no seu procedimento e assumir as conclusões da ERC na sua decisão.

Contudo, e salvo melhor opinião, ao fazê-lo como fez, a AdC pareceu não atender às diferenças entre a ERC e a AdC no que dizem respeito às respetivas missões, atribuições e competências[38]. O procedimento principal consistia (e consiste) numa análise jusconcorrencial pela AdC, ao abrigo dos seus estatutos e do RJC, a uma determinada operação de concentração; a solicitação de parecer ao regulador constitui uma obrigação que a AdC tem de cumprir no âmbito desse mesmo procedimento principal; o parecer refletirá a opinião do regulador à questão colocada e terá por base, necessariamente, o enquadramento legal e regulatório subjacente à atuação desse mesmo regulador.

Contudo, enquanto específico àquela instituição, tal enquadramento legal e regulatório será diverso do da AdC (ou do de qualquer outra instituição congénere).

Ora, no caso da Ccent. 41/2009, tudo parece levar a crer que a AdC, mais que manter os procedimentos separados – ainda que integrando o parecer e daí tirando as devidas ilações legais processuais – fez suas as preocupações

36 A anterior Lei da Concorrência – Lei n.º 18/2003, de 11 de junho – previa no seu artigo 35.º que, no final da primeira fase do procedimento, a AdC emitisse uma decisão de inaplicabilidade, de não oposição ou de passagem a investigação aprofundada. A possibilidade de emissão de uma decisão de oposição encontrava-se reservada para a conclusão da investigação aprofundada (segunda fase).

37 Artigo 107.º do CPA [atual 94, n.º 1].

38 Para uma melhor explanação destas diferenças *vide*, em especial, secções 3.2 e 4.2d).

e objeções da ERC vertidas no seu parecer e assumiu-as numa tomada de posição substantiva sobre a operação, opondo-se a ela.

Somos assim de opinião que a solução mais adequada perante o presente cenário (de então e de agora) será a de natureza procedimental e não substantiva. O parecer negativo e vinculativo da ERC terá implicações no procedimento a correr trâmites na AdC (aliás foi ao abrigo desse que o mesmo foi solicitado) e, salvo melhor opinião, deverá ser sobre esta vertente que a AdC deverá tirar as devidas ilações.

Perante este cenário, a adoção pela AdC de uma decisão de extinção do seu procedimento, por impossibilidade do fim a que se destinava (análise da operação de concentração) e do objeto da decisão (impossibilidade de adoção de uma decisão final sobre a operação)[39], afigura-se-nos como a solução que melhor articula o RJC e o CPA.

b. O parecer é negativo, mas por motivos diversos de "fundados riscos para a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião"

Diferentemente do cenário anterior, perante este a AdC deverá presumir que o parecer, ainda que negativo, não é vinculativo.

Com efeito, decorre do enquadramento constitucional e legal (*vide* secção 3.1) que o caráter vinculativo da posição da ERC face à operação se circunscreve às operações cuja implementação acarrete *"fundados riscos para a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião"*.

No que se refere ao exercício concreto de articulação AdC-ERC no âmbito do artigo 55.º do RJC, esta presunção decorre da letra do artigo 4.º-B, n.º 2 da Lei da Televisão, e de uma interpretação extensiva dos artigos 4.º, n.º 2 da Lei da Rádio e 4.º, n.º 4 da Lei de Imprensa, que aqui se recuperam para facilidade de exposição:

- Lei da Televisão – *Artigo 4.º-B*

  2 – As operações de concentração entre operadores de televisão sujeitas a intervenção da autoridade reguladora da concorrência são submetidas a parecer prévio da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, o qual só é vinculativo quando se verifique existir fundado risco para a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião.

39 Artigos 93.º e 95.º, ambos do CPA, *ex vi* artigo 42.º do RJC.

- Lei da Rádio – *Artigo 4.º*

  2 – As operações de concentração entre operadores de rádio sujeitas a intervenção da autoridade reguladora da concorrência são submetidas a parecer prévio da ERC, o qual é vinculativo quando fundamentado na existência de risco para a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião.

- Lei de Imprensa – *Artigo 4.º*

  4 – As decisões da Autoridade da Concorrência relativas a operações de concentração de empresas em que participem entidades referidas no número anterior estão sujeitas a parecer prévio da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, o qual deverá ser negativo quando estiver comprovadamente em causa a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião, sendo neste caso vinculativo para a Autoridade da Concorrência.

Ainda que se possa argumentar que a letra da Lei da Televisão é mais exigente no reconhecimento do caráter vinculativo do parecer da ERC (ilustrado pela inserção da expressão "só") é a nossa opinião – salvo melhor – de que idêntica exigência se deve estender às disposições congéneres nas Lei da Rádio e Lei da Imprensa.

Desde logo, resulta da análise às Deliberações da ERC (acima expostas) que o seu enfoque principal em matéria de operações de concentração da titularidade de empresas de comunicação social é a salvaguarda do pluralismo (interno e externo); é este o valor/princípio que tanto a Constituição como a Legislação ordinária encaram como imprescindível.

Assim, havendo coincidência de

a) Contextos que desencadeiam a intervenção da ERC (*i.e.* operações de concentração que envolvam a titularidade de meios de comunicação social em análise pela AdC e submetidas a parecer prévio da ERC); e,

b) Valores comuns a proteger em sede dessa mesma intervenção (pluralismo interno e externo), traduzido na *livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião*, torna-se possível argumentar que a exigência de reconhecimento do caráter vinculativo do parecer da ERC para a Lei da Rádio ou para a Lei de Imprensa será idêntica ao da Lei da Televisão.

Por outro lado – e como se viu anteriormente – na medida em que a Constituição encara a liberdade de imprensa como uma manifestação da liberdade

de expressão e de informação destinada ao público e os meios de comunicação social como veículos de expressão ou informação, apenas aqueles movimentos de concentração da sua titularidade [dos meios de comunicação social] que se revelassem suscetíveis de colocar em risco esses valores de natureza constitucional, designadamente a sua liberdade e independência perante o poder económico, a possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião, a liberdade de imprensa e de informação, *i.e.* risco para o pluralismo mediático, estariam sujeitos uma oposição vinculativa.

Assim, em síntese, caso a ERC emita um parecer negativo relativamente à operação de concentração, mas por outros motivos que não os de fundados riscos para o pluralismo (interno ou externo), traduzidos em riscos para a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião, o mesmo não deverá ser qualificado de vinculativo para a AdC.[40]

E perante tal desfecho, os trâmites procedimentais de instrução da operação de concentração notificada deverão ser retomados pela AdC, tendentes à adoção de uma decisão final.

c. O parecer é de não oposição

Perante este cenário[41], a suspensão de prazo para adoção de uma decisão final pela AdC cessa (artigo 55.º, n.º 2 e 3 do RJC) após a receção do parecer da ERC, retomando-se, assim, a contagem do prazo de instrução previsto nos artigos 49.º, n.º 1 e 52.º, n.º 1, tendentes à adoção de uma decisão final, nos termos dos artigos 50.º ou 53.º, todos do RJC.

d. O parecer é de não oposição, desde que sejam asseguradas determinadas medidas de salvaguarda para a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião

Uma análise aos vários pareceres da ERC solicitados pela AdC ao abrigo do artigo 55.º do RJC (ou do seu antecessor, artigo 39.º da Lei n.º 18/2003) tem revelado uma clara maioria de pronúncias no sentido de uma não oposição da ERC à realização da operação. Contudo, casos existem em que a ERC faz depender tal pronúncia de não oposição ao cumprimento de um conjunto de requisitos.

---

40 Esteves de Oliveira, Costa Gonçalves, & Amorim, 2006: §V e §VII (cfr. nota de rodapé 4); *Vide supra* secção 3.1.

41 O cenário aqui previsto pressupõe que a emissão do parecer ocorreu no período concedido pela AdC para o efeito. Para o cenário do parecer não emitido no decurso do prazo concedido pela AdC, *vide* secção 4.2e).

A questão que, então, aqui se coloca é: como deverá/poderá a AdC reagir perante um parecer da ERC de não oposição quando este sentido se encontre condicionado à salvaguarda de determinadas medidas, as quais, se não acauteladas, convolam o mesmo parecer em de oposição e com caráter vinculativo por fundamentado na existência de risco para a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião?

Confrontada com tal cenário – e assumindo que o parecer da ERC se encontra devidamente fundamentado e se pronuncia de forma conclusiva, expressa e clara sobre todas as questões objeto de consulta (cfr. artigo 92, n.º 1 do CPA) – a AdC solicita à notificante que se pronuncie sobre as medidas de salvaguarda que a ERC faz condicionar a sua não oposição. Poderá fazê-lo ao abrigo do artigo 49.º, n.º 3 do RJC.

Consoante o teor da resposta da notificante (e da própria análise que a AdC fará ao parecer da ERC), uma questão emerge: *As medidas de salvaguarda indicadas pela ERC são suscetíveis de ser acauteladas pela AdC no âmbito do procedimento em causa?*

Por outras palavras, poderiam as mesmas ser, também, enquadradas num contexto de promoção e defesa da concorrência, sobre o qual a AdC tem competência para atuar ao abrigo dos seus Estatutos e RJC? A título ilustrativo, poderiam tais medidas adotar a natureza de "compromissos" (artigo 51.º do RJC), eventualmente a impor com vista a assegurar a manutenção de uma concorrência efetiva?

Se a resposta à questão colocada for positiva, caberá à AdC e à notificante procederem às devidas diligências nos termos do artigo 51.º do RJC.

Ao invés, se a resposta for negativa – ou seja, se as referidas medidas não forem de natureza jusconcorrencial, e assim não se enquadrando nas competências da AdC – parece-nos que o desfecho da instrução dependerá do resultado do diálogo entre a notificante e a ERC sobre a melhor forma de assegurar a salvaguarda das medidas por esta indicadas (cfr. artigo 55.º, n.º 5 do RJC).

Um aspeto importante a salientar é o de que a emissão do parecer por parte da ERC – independentemente do seu sentido estar ou não condicionado – implica a cessação da suspensão da contagem do prazo e a consequente retoma da instrução pela AdC (cfr. artigo 55.º, n.º 3 do RJC).

Esta situação poderá, no limite, levar a que a AdC se veja na iminência de ter de se pronunciar sobre a operação (sob pena de deferimento tácito) sem saber se o teor final do parecer da ERC é de oposição e vinculativo. Perante tal dilema parece-nos que restará à AdC recorrer aos mecanismos

de cooperação institucional com a ERC (artigo 9.º dos Estatutos da AdC) e aos mecanismos que o RJC lhe confere para gerir a instrução do processo, designadamente o da prorrogação de prazo até um máximo de 20 dias úteis (cfr. artigo 52.º, n.º 3 do RJC).

Uma vez concluído o "diálogo notificante-ERC", se o mesmo se revelar infrutífero e a ERC convolar o sentido do seu parecer de não oposição condicionado em de *oposição*[42], parece-nos que o procedimento da AdC deve ser declarado extinto[43].

Ao invés, se o mesmo diálogo "chegar a bom porto", parece-nos que o sentido do parecer da ERC deverá ser interpretado como de não oposição.

O enquadramento exposto – com as devidas adaptações e extrapolações – é inspirado em casos concretos. Para além do anteriormente referido caso da Ccent.41/2009 (cfr. cenário 4.2a)) em que a notificante não aceitou a condição da ERC para emissão de um parecer de não oposição, no âmbito da Ccent. 21/2008 – *CATVP/TVTel*, o desfecho foi o inverso.

A AdC solicitou parecer à ERC nos termos do artigo 39.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho [atual artigo 55.º do RJC], tendo a ERC se pronunciado pela não oposição desde que fossem salvaguardadas determinadas medidas pela notificante. Após consultar a notificante sobre as mesmas, a AdC remeteu para a ERC a pronúncia final sobre se a resposta da notificante satisfazia as suas [ERC] pretensões, o que veio a ocorrer.

Na sua pronúncia final[44], a ERC define uma clara linha entre as suas competências de intervenção no procedimento e as da AdC:

> *"A existência dos serviços de programas assinalados na Deliberação, ou de outros de conteúdo equiparável, é condição de não oposição da ERC, entidade com competência para a determinar, não constituindo obrigações que a AdC deva ou possa fixar na decisão final sobre o processo. Compreende-se, portanto, que aquela Entidade tenha, ao abrigo do artigo 34.º, n.º 2 da Lei 18/2003, de 11 de Junho* [atual artigo 49.º, n.º 3 do RJC], *solicitado à Notificante que se pronunciasse quanto à sua capacidade para atender aos condicionalismos impostos pela ERC. Pois caberá a esta informar se poderá ou não cumprir o que é solicitado pela ERC."* (p. 9)
>
> "*A participação da Entidade Reguladora no processo não visa prosseguir os mesmos objectivos, mas sim salvaguardar, nos termos da Lei, a defesa dos valores subjacentes às*

42 Numa situação análoga à já abordada no cenário 4.2a) sobre a Ccent. 41/2009.

43 *Vide* cenário 4.2a).

44 Deliberação n.º 2/OUT/2008, de 6.08.

suas atribuições. Os condicionalismos impostos pela ERC reportam-se ao exercício da sua competência própria, conforme supra exposto, visam assegurar valores próprios de regulação sectorial (garantia da livre expressão e diversidade de correntes de opinião), e não de defesa da concorrência." (p. 10)

"Os condicionalismos impostos pelo Conselho Regulador desta Entidade valem por si, como requisitos de uma não oposição ao projecto. Em última análise, caberá à Notificante garantir a sua verificação, não carecendo de qualquer determinação posterior da AdC. Note-se, mais uma vez, que se trata de condições prévias e não de obrigações a serem instituídas ex post, como medidas condicionantes da autorização da AdC." (p. 10)

e. A ERC não emite parecer no prazo concedido pela AdC

Nos termos do artigo 55.º, n.º 1 do RJC, a AdC, antes de tomar uma decisão que ponha fim ao procedimento, solicita que a respetiva autoridade reguladora emita parecer sobre a operação notificada, fixando um prazo razoável para esse efeito. Por outro lado, no caso do pedido de parecer ser à ERC a contagem do prazo de instrução pela AdC (artigos 50.º ou 53.º do RJC) suspende-se no primeiro dia útil seguinte ao do envio do pedido de parecer e termina no dia da sua receção (pela AdC) ou no fim do prazo concedido para a sua emissão, findo o qual (se não emitido) a AdC poderá adotar uma decisão no âmbito do procedimento de controlo de concentrações (artigo 55.º, n.ºs 2, 3 e 4 do RJC).[45]

Perante este último cenário, o RJC é claro: o prazo de instrução e para a adoção de uma decisão pela AdC sobre a operação de concentração notificada retoma a sua contagem (artigo 55.º, n.º 4 do RJC).[46] No limite poderá presumir-se que a o silêncio da ERC equivale a uma não oposição.

Sem prejuízo, não se poderão descartar dois sub-cenários decorrentes do silêncio da ERC: (i) *o de esta, já após o término do prazo inicialmente concedido pela AdC, vir-lhe solicitar uma prorrogação para emissão do parecer*; (ii) *o de esta, já após o término do prazo inicialmente concedido pela AdC, vir emitir parecer negativo por colocar em risco os valores de pluralismo* (*i.e.* que o tornariam vinculativo para a AdC).

45 Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 28.01.2015, processo n.º 7/13.8YQSTR, p. 31-32.

46 Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 28.01.2015, processo n.º 7/13.8YQSTR, p. 31-32.

Este primeiro sub-cenário, e a correspondente resposta, decorrem do caso Ccent. 4/2013 – *Controlinveste*ZON Optimus*PT /Sport TV*Sportinveste*PPTV*.

Neste, a AdC solicitou à ERC parecer nos termos do artigo 55.º do RJC, tendo-lhe fixado um determinado prazo para o efeito (n.º 1). Não obstante, já depois de o mesmo prazo ter findado, veio a ERC solicitar um prazo adicional ao inicialmente concedido pela AdC, o qual foi deferido.

Em litígio judicial, as notificantes alegaram que o silêncio da ERC no final do prazo inicial tinha implicado a cessação da suspensão do prazo da AdC, e que a concessão de um novo prazo para a ERC se pronunciar carecia de base legal (logo, o prazo de instrução da AdC não voltou a estar suspenso), pelo que a operação de concentração havia sido objeto de deferimento tácito (artigos 50.º, n.º 4 e 53.º, n.º 5, ambos do RJC).[47]

Contrariamente ao alegado pelas Autoras (notificantes) entendeu o Tribunal que, desde que o prazo fixado pela AdC para a ERC se pronunciar (i) obedeça a critérios de razoabilidade (tendo em conta, nomeadamente, a complexidade associada ao caso); e (ii) seja contínuo (sem hiatos temporais), a sua suspensão mantém-se desde o pedido inicial até ao seu termo final.[48]

Assim, "*ainda que a extensão de prazo concedida à ERC tenha sido pedida e concedida após o termo do prazo inicial, a AdC fez coincidir o seu início com o fim do primeiro prazo, criando dessa forma um período temporal sem hiatos.*"[49]

O Tribunal concluiu que a AdC pode, ao abrigo do artigo 55.º, n.º 1 do RJC, modificar o período de tempo inicialmente fixado à ERC, mesmo após o termo da fração inicial e com efeitos retroativos (*i.e.* a prorrogação acresce ao prazo inicialmente concedido), desde que, no seu cômputo geral, o prazo respeite o critério da razoabilidade previsto naquela disposição legal. Em suma, o que importa é a razoabilidade do período de tempo concedido pela AdC à ERC[50] e que o mesmo seja contínuo.

Nestes termos – e respondendo ao sub-cenário indicado e assumindo que o pedido de prorrogação é deferido nos termos solicitados – deverá a AdC fundamentar o deferimento da prorrogação (v.g. aceitação da fundamentação

47 Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 28.01.2015, processo n.º 7/13.8YQSTR.

48 Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 28.01.2015, processo n.º 7/13.8YQSTR, p. 34.

49 Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 28.01.2015, processo n.º 7/13.8YQSTR, p. 34.

50 Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 28.01.2015, processo n.º 7/13.8YQSTR, P. 36.

de complexidade do caso objeto de parecer, invocada pela ERC), não deixando de, igualmente, expressa e claramente salientar que a extensão concedida é-o em adição ao prazo inicialmente fixado.

Concluindo, apenas assegurando este "contínuo temporal" de um prazo razoável evitará a AdC os riscos do seu prazo de instrução retomar a contagem (artigo 55.º, n.º 3 do RJC) e de um consequente deferimento tácito (artigos 50.º, n.º 4 e 53.º, n.º 5, ambos do RJC).

Quanto ao segundo sub-cenário – *já após o término do prazo inicialmente concedido pela AdC*[51]*, a ERC emite parecer negativo por a operação colocar em risco os valores de pluralismo* (*i.e.* o que o tornaria vinculativo para a AdC) – somos de opinião que o parecer não vincula a AdC.

Com efeito, temos que o princípio da segurança jurídica que assiste à entidade que conduz o procedimento e é responsável pelo seu desfecho (artigo 55.º, n.º 1 do CPA), bem como à da própria notificante enquanto requerente no procedimento se sobrepõe a uma eventual invocação do princípio do fundo sobre a forma.

Por outras palavras, ainda que a defesa e salvaguarda do pluralismo mereçam dignidade constitucional e legal, e por isso justifiquem uma proteção qualificada e materializada no caráter vinculativo de uma oposição, não deixa de ser um facto que a avaliação e a conclusão para atribuir tal proteção qualificada deve ocorrer no momento que a Lei estipula.

In casu, a AdC é a entidade responsável pelo procedimento de controlo de concentrações, a correr nos termos do RJC, incluindo pelo desfecho do mesmo[52]; no âmbito de tal procedimento, e antes de adotar uma decisão final, o RJC estipula que a AdC deve solicitar parecer prévio à ERC sobre a operação sempre que esta tenha incidência sobre o sector da comunicação social; em virtude do parecer a emitir poder ser vinculativo, o RJC estipula que o prazo que a AdC dispõe para adotar uma decisão final sobre o procedimento que conduz se suspende pelo período de tempo concedido à ERC para emissão do parecer ou (se em momento anterior) até à sua receção pela AdC.

Assim, considerando que a não emissão do parecer vinculativo dentro do prazo estabelecido pela AdC não a impede de tomar uma decisão que ponha fim ao procedimento (cfr. artigo 55.º, n.º 4 do RJC), a Lei elimina a característica essencial do parecer da ERC emitido nestas circunstâncias: o das

51 E sem pedido de prorrogação.

52 Artigos 42.ºss do RJC, em particular artigos 44.º, 50.º e 53.º.

respetivas conclusões terem de ser seguidas pela AdC[53], *i.e.* o seu eventual caráter vinculativo.

Por esta razão, ainda que o sentido do parecer extemporâneo seja negativo por colocar em risco o pluralismo, a consequência legal pelo silêncio da ERC é a de devolver à AdC a condução do procedimento e a palavra final sobre a sua conclusão.

Pelo exposto, temos que o eventual caráter vinculativo de um parecer da ERC (não suportado em pedido de prorrogação) vigorará apenas enquanto decorrer o prazo que a AdC fixe para a sua emissão. Uma vez findo o prazo fixado para o efeito, a emissão de qualquer parecer extemporâneo, ainda que negativo, perde o seu caráter vinculativo.

f. O parecer da ERC é vago/ambíguo

Perante este cenário, e na ausência de uma disposição dedicada ao efeito, aplica-se o CPA, designadamente o seu já referido artigo 92.º: os "*pareceres devem ser sempre fundamentados e concluir de modo expresso e claro sobre todas as questões indicadas na consulta*." (n.º 1).

Assim, caso o parecer da ERC se apresente vago ou ambíguo quanto ao seu objeto, alcance e/ou efeitos jurídicos, deverá a AdC solicitar os correspondentes esclarecimentos com a necessária urgência e celeridade.

Uma dúvida, contudo, poderá suscitar-se: o prazo de instrução da AdC cessa de estar suspenso?

Salvo melhor opinião, tal parece ser a consequência. Com efeito, salvo se o parecer emitido se apresentar manifestamente ininteligível quanto à sua fundamentação e sentido (cuja consequência seria a nulidade do mesmo[54]), aplica-se o já referido artigo 55.º, n.º 3 do RJC e a consequente retoma da contagem do prazo para a AdC adotar uma decisão final.

g. O parecer é, numa fase inicial, de não oposição, tornando-se negativo e vinculativo numa fase posterior do procedimento em face de compromissos apresentados pela Notificante para solucionar/mitigar preocupações jusconcorrenciais.

Conforme resulta do artigo 51.º n.º 1 do RJC, a notificante pode, a todo o tempo, assumir compromissos com vista a assegurar a manutenção de uma concorrência efetiva.

53 Artigo 91.º, n.º 1 do CPA.

54 Artigo 161.º, n.º 2, al. c) do CPA.

Neste sentido, a assunção de um compromisso por parte da notificante implica, necessariamente, uma modificação do resultado final da transação – que pode, inclusivamente, até ser substancial por extensa e profunda[55] – e na estrutura de mercado em que as partes atuam.

Ainda que o referido artigo 51.º, n.º 1 do RJC preveja que o compromisso possa ser apresentado "a todo o tempo", a experiência demonstra que, na maioria das vezes, apenas o é já numa fase muito adiantada do procedimento.

Esta circunstância temporal é relevante na medida em que, se o pedido de parecer ao abrigo do artigo 55.º do RJC tende a ser desencadeado numa fase ainda inicial do procedimento[56], o parecer emitido não contemplará – necessariamente – a modificação à transação notificada decorrente do compromisso assumido, a qual, reitera-se, poderá ser substancial.

Em concreto para o caso da ERC, o que numa fase inicial do procedimento e apenas com base na informação constante do formulário de notificação poderá ser um parecer de simples não oposição a determinada operação, poderá tornar-se de oposição e (no limite) vinculativo em resultado do compromisso assumido.

A AdC, perante a apresentação de compromissos, realiza a avaliação se, e em que medida, os mesmos são suscetíveis de afastar/mitigar as preocupações jusconcorrenciais identificadas no decurso da instrução.

Ora, em casos onde a operação notificada tem impacto em mercados sujeitos a regulação sectorial já ocorreram situações onde o regulador sectorial tivesse sido chamado a pronunciar-se sobre o desenho, a configuração e a viabilidade dos compromissos a assumir, em particular quando uma boa e eficaz implementação destes dependa da atuação do próprio regulador ao abrigo das suas competências.[57]

Por outro lado, considerando que a transação notificada à AdC já não será a mesma da entretanto alterada por força dos compromissos, a pronúncia que o regulador sectorial terá então feito ao abrigo do artigo 55.º do RJC encontra-se desajustada por desatualizada.

---

55 Botelho Moniz, 2016a: §9.

56 O RJC estipula que a AdC solicite parecer "*antes de tomar uma decisão que ponha fim ao procedimento*" (artigo 55.º, n.º 1), o que viabiliza a possibilidade do mesmo o ser em qualquer momento do procedimento, desde que antes da adoção da decisão final (ao abrigo do artigo 50.º ou 53.º do RJC). Por exemplo, na Ccent. n.º 37/2014 – *Suma/EGF*, a AdC solicitou parecer à ERSE já em fase de investigação aprofundada.

57 Botelho Moniz, 2016b: §8. Por exemplo, no âmbito da Ccent. n.º 8/2006 – *Sonae*Sonaecom/PT*PTM*, a ANACOM emitiu vários pareceres, inclusive sobre os compromissos em discussão.

Neste sentido – em razão da maior adequação da decisão (e dos seus fundamentos) ao contexto jusconcorrencial pós-operação – será aconselhável que a AdC volte a solicitar parecer ao regulador sectorial sobre a "nova operação", nos termos do artigo 55.º do RJC.[58]

Note-se que a AdC não se encontra legalmente obrigada a solicitar novo parecer ao regulador. Com efeito, o artigo 55.º, n.º 1 do RJC apenas estipula que a AdC solicite ao regulador que emita parecer sobre a "*operação notificada*".

Ora, tendo o cumprimento de tal dever legal já ocorrido aquando do primeiro pedido, qualquer decisão de proceder a um pedido adicional de parecer, ainda que aconselhável, não deixa de estar enquadrado no âmbito da discricionariedade da AdC. Contudo, caso opte por fazê-lo desencadear-se-ão todas as consequências que daí possam advir, incluindo suspensão de prazo de instrução no caso de o parecer ser solicitado à ERC.

E, aqui, uma de três situações poderá ocorrer: (i) a ERC não se opõe à operação "modificada" (e aos compromissos que a acompanham) por considerar que a mesma não é suscetível de colocar em risco o pluralismo; o entendimento vertido no primeiro parecer é reiterado; (ii) ao invés, ERC considera que a operação "modificada" coloca em causa o pluralismo (interno e externo) e convola o seu parecer inicial de não oposição em parecer de oposição com caráter vinculativo; ou (iii) a ERC faz depender uma pronúncia de não oposição ao cumprimento de um conjunto de requisitos.

Perante a situação (ii) dificilmente a AdC estará em condições de prosseguir a sua análise e emitir uma decisão de não oposição, na medida em que ou:

a) Aceita o compromisso proposto se este for jusconcorrencialmente válido (*i.e.* vai de encontro às preocupações da AdC), mas depara-se com a inevitabilidade de uma declaração de extinção do procedimento por este entrar em colisão com uma posição que lhe é de oposição e vinculativa (cfr. artigo 95.º, n.º 1 do CPA);

58 Sem prejuízo da pronúncia do regulador incidir sobre a operação modificada, será inevitável que também se pronuncie sobre os compromissos a assumir, designadamente sobre a sua viabilidade e exequibilidade. Neste sentido, poderemos ter um parecer emitido ao abrigo do artigo 55.º do RJC e que também esteja enquadrado na consulta a realizar no âmbito do artigo 51.º, n.º 3 do RJC (na qual a AdC pode solicitar as informações que considere necessárias para avaliar se os compromissos apresentados são suficientes e adequados para assegurar a manutenção da concorrência efetiva ou quaisquer outras que se revelem necessárias à instrução do procedimento).

b) Não aceita o compromisso proposto e – na ausência de outro – emite, necessariamente, uma decisão de proibição, nos termos do artigo 53.º, n.º 1, al. b) do RJC.

Perante a situação (iii), remeta-se para as considerações *supra* relativamente ao cenário 4.2d).

5. SÍNTESE CONCLUSIVA

Os princípios constitucionais da liberdade de imprensa e de informação, da livre expressão e do confronto das diversas correntes de opinião representam valores constitucionais e legais que justificam uma promoção e uma proteção prevalente face ao do livre exercício de iniciativa económica privada, e no qual se inclui a possibilidade de uma empresa concentrar na sua titularidade participações noutras empresas.

Com a presente exposição pretendeu-se dar uma ilustração do enquadramento constitucional, legal e administrativo que preside à articulação entre a AdC e a ERC no âmbito da solicitação e emissão de parecer ao abrigo do artigo 55.º do RJC.

Pretendeu-se, também explorar um conjunto (necessariamente não exaustivo) de cenários com que a AdC se poderá deparar em face das conclusões que ERC verta no seu parecer e como poderá reagir.

BIBLIOGRAFIA

Botelho Moniz, Carlos (Coord.)

2016a "Anotação ao Artigo 49.º", *Lei da Concorrência Anotada*, Coimbra, Almedina, pp. 508-514.

2016b "Anotação ao Artigo 55.º", *Lei da Concorrência Anotada*, Coimbra, Almedina, pp. 576-587.

Canotilho, J.J. Gomes & Moreira, Vital

2007a "Anotação ao artigo 18.º", *Constituição da República Anotada*, vol. I, 4.ª Ed. Revista, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 379-396.

2007b "Anotação ao artigo 38.º", *Constituição da República Anotada*, vol. I, 4.ª Ed. Revista, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 557-595.

Esteves de Oliveira, Mário; Costa Gonçalves, Pedro & Pacheco de Amorim, J.
2006 "Anotação ao artigo 98.º", *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.ª Ed., Coimbra, Almedina, pp. 441-446.

Marques, Maria Manuel Leitão & Moreira, Vital
2017a "Anotação ao artigo 35.º", *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, in Lopes Porto, Manuel; Cruz Vilaça, José Luís da; Cunha, Carolina; Gorjão-Henriques, Miguel (Dir.); Anastácio, Gonçalo (Coord.), 2.ª Ed. Coimbra, Almedina, pp. 493-509.
2017b "Anotação ao artigo 55.º", *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, in Lopes Porto, Manuel; Cruz Vilaça, José Luís da; Cunha, Carolina; Gorjão-Henriques, Miguel (Dir.); Anastácio, Gonçalo (Coord.), 2.ª Ed. Coimbra, Almedina, pp. 689-694.

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 613/2008, de 10.12.2008, processo n.º 425/08.

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 28.01.2015, processo n.º 7/13.8YQSTR.