

Ccent. 41/2009
Ongoing/ Vertex/ Media Capital

Decisão de Oposição
da Autoridade da Concorrência

[Artigo 107.º do Código do Procedimento Administrativo e 39.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho]

30/03/2010

DECISÃO DE OPOSIÇÃO DA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

Processo Ccent. 41/2009 – Ongoing/ Vertix/ Media Capital

1. OPERAÇÃO NOTIFICADA

1. Em 8 de Outubro de 2009, com produção de efeitos na mesma data, foi notificada à Autoridade da Concorrência (doravante “AdC”), nos termos dos artigos 9.º e 31.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (doravante “Lei da Concorrência”), uma operação de concentração, que consiste na aquisição, pelas empresas Ongoing Media, SGPS, S.A. (doravante “Ongoing Media”) e Vertix, SGPS, S.A. (doravante “Vertix), do controlo conjunto do Grupo Media Capital SGPS, S.A. (doravante “Media Capital”), mediante a aquisição pela Ongoing Media de acções representativas de até 35% do capital social da Media Capital, com base no contrato de compra e venda de acções e no acordo parassocial celebrado entre a Ongoing e a Vertix, em 28 de Setembro de 2009, e/ou através da oferta pública obrigatória de aquisição lançada, pela Ongoing Media, sobre a totalidade das acções da Media Capital, em 29 de Setembro de 2009.
2. A participação social que seria adquirida pela Ongoing Media conferir-lhe-ia o controlo da Media Capital, conjuntamente com a Vertix (que detinha o controlo exclusivo da mesma), em virtude dos direitos de veto associados à participação social minoritária adquirida, nos termos do Acordo Parassocial, celebrado entre a Ongoing e a Vertix, em 28 de Setembro de 2009.
3. Assim, a operação notificada configura uma concentração de empresas na acepção da alínea b), do n.º 1, do artigo 8.º da Lei da Concorrência, conjugada com a alínea a), do n.º 3, do mesmo artigo, e está sujeita à obrigatoriedade de notificação prévia, por preencher as condições enunciadas nas alíneas a) e b), do n.º 1, do artigo 9.º, do mesmo diploma.
4. Ao abrigo do n.º 1 do artigo 39.º da Lei da Concorrência, foi solicitado, em 14 de Outubro de 2009, à ANACOM – Autoridade Nacional de Comunicações (doravante “ANACOM”), que se pronunciasse sobre a operação de concentração notificada, tendo esta entidade remetido o seu parecer à Autoridade da Concorrência (doravante “AdC”), em 29 de Outubro de 2009.
5. De acordo com o mesmo preceito legal, foi ainda solicitado, na mesma data, à Entidade Reguladora para a Comunicação Social (doravante “ERC”), que se pronunciasse sobre a operação de concentração notificada, sendo que o seu parecer é vinculativo, se for em sentido negativo, nos

termos do disposto no artigo 4.º, n.º 2 da Lei n.º 32/2003, de 22 de Agosto, ainda aplicável nos termos do n.º 2 do artigo 98.º da nova Lei da Televisão, aprovada pela Lei n.º 27/2007, de 30 de Julho.

6. Uma vez que se trata de um parecer obrigatório e vinculativo¹, não podendo o procedimento de controlo de concentrações iniciado na AdC prosseguir sem a sua emissão², o prazo para esta Autoridade adoptar uma decisão, previsto no n.º 1 do artigo 34.º da Lei da Concorrência, manteve-se suspenso até à recepção do Parecer final da ERC, o que ocorreu em 10 de Fevereiro de 2010.

2. AS PARTES

2.1 Empresas Adquirentes

2.1.1 Ongoing Media S.G.P.S., S.A.

7. A Ongoing Media é uma sociedade gestora de participações sociais, detida pela Ongoing Strategy Investments, SGPS, S.A. (“Ongoing Strategy”), uma *holding* do Grupo Ongoing, cuja accionista maioritária é Isabel M. Rocha dos Santos.
8. A Ongoing Strategy detém participações sociais maioritárias nas seguintes sociedades: Insight Strategic Investments, SGPS, S.A. (“Insight”); Económica, SGPS, S.A. (“Económica”); Investoffice – Investimentos e Consultoria Financeira, S.A. (“Investoffice”); HS – Consultores de Gestão, S.A. (“HS”); Mobbit Systems - Infocomunicação, S.A. (“Mobbit”); My Brand – Consultores de Negócios e Marketing, S.A. (“MyBrand”); e Accelerator Management Consultants, S.A. (“Accelerator”).
9. O grupo Ongoing, através das mencionadas sociedades, encontra-se activo em diversas áreas, designadamente: imprensa escrita especializada, edição, distribuição e publicação de informação financeira na Internet, consultadoria de gestão empresarial e criação e gestão de marcas.
10. De salientar que a Económica, através das suas subsidiárias (ST&SF – Sociedades de Publicações, Lda.; Económica Digital – Informação Financeira, S.A.; e Económico TV – New Media, S.A.) actua ao nível da publicação dos jornais “Diário Económico” e “Semanário Económico” e da publicação de paginas de Internet para aqueles jornais, prevendo também iniciar, através da Económico TV – New Media, S.A, a emissão de um canal temático de televisão por subscrição de acesso não condicionado — a Económico TV³.

¹ Conforme definido no artigo 98, n.º 1, do Código de Procedimento Administrativo.

² Cfr. n.º 3 do artigo 99.º do Código de Procedimento Administrativo, a contrario, aplicável ex vi do artigo n.º 30.º da Lei da Concorrência.

³ Licença 4/AUT-TV/2009 concedida pela Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC) a 29 de Julho de 2009.

11. Para além das sociedades que integram o grupo Ongoing, acima referidas, a Ongoing Strategy, conjuntamente com as suas subsidiárias (Investoffice e Insight), detém ainda participações minoritárias: (i) de 21,77%, na Impresa, SGPS, S.A.; (ii) de 6,90%, na Portugal Telecom, SGPS, S.A.; e (iii) de 3,20% na ZON Multimédia, SGPS, S.A.. A Tabela seguinte resume as participações relevantes bem como o exercício de cargos nos órgãos sociais das participadas.

Tabela 1 – Participações Sociais Minoritárias

| Empresa | % Cap. Social |
|----------------------------|----------------------|
| Impresa, S.G.P.S. | 21,53% |
| Portugal Telecom, S.G.P.S. | 6,74% |
| ZON Multimédia, S.G.P.S. | 3,43% |

Fonte: Notificante

12. Os volumes de negócios realizados pelo Grupo Ongoing, calculados de acordo com o disposto no artigo 10.º da Lei da Concorrência, para os anos de 2006 a 2008, foram os seguintes:

Tabela 2 – Volumes de negócios do Grupo Ongoing⁴, para os anos de 2006 a 2008

| Milhões de Euros | 2006 | 2007 | 2008 |
|-------------------------|-------------|-------------|-------------|
| Portugal | [<150] | [<150] | [<150] |

Fonte: Notificante.

2.1.2 Vertex S.G.P.S., S.A.

13. A Vertex é uma sociedade gestora de participações sociais, integralmente detida pela Promotora de Informaciones, S.A. (doravante “Prisa”). A única actividade da Vertex consiste na gestão da sua participação de 94,96% do capital social do Grupo Media Capital, S.G.P.S. (a adquirida).
14. A Prisa é a sociedade *holding* do grupo Prisa, o qual actua, a nível internacional, nos sectores da comunicação, educação, cultura e entretenimento.
15. Em Portugal, para além das actividades que desenvolve através da Media Capital, a Prisa está presente na imprensa escrita, através da sua participada Promotora General de Revistas, S.A., com as revistas LUX, MAXMEN, LUX WOMAN e REVISTA VINHOS, e na edição e distribuição de livros, primordialmente, escolares para o ensino básico e secundário, através da Constância Editores, S.A..

⁴ O volume de negócios da Ongoing, inclui o volume de negócios das empresas HS, Mobbbit, Ongoing VC1, Económica e DRMCMP, adquiridas pelo Grupo Ongoing, em 2008 e no início de 2009, de modo a considerar “os verdadeiros recursos que serão objecto de concentração.” (parágrafo 172 da Comunicação Consolidada da Comissão Europeia, de Julho de 2007).

16. Os volumes de negócios realizados pela Prisa, calculados de acordo com o disposto no artigo 10.º da Lei da Concorrência, para os anos de 2006 a 2008, foram os seguintes:

Tabela 3 – Volumes de negócios da Prisa, para os anos de 2006 a 2008

| <i>Milhões de Euros</i> | 2006 | 2007 | 2008 |
|-------------------------|-------------|-------------|-------------|
| Portugal | [<150] | [>150]* | [>150]* |
| EEE | [>150] | [>150] | [>150] |
| Mundial | [>150] | [>150] | [>150] |

Fonte: Notificante.

* Inclui o volume de negócios da Media Capital.

2.2 Empresa Adquirida

17. O GRUPO MEDIA CAPITAL, S.G.P.S., S.A. é uma sociedade de direito português, cujo principal accionista é, actualmente, a VERTIX que detém cerca de 95% do capital social daquela sociedade.
18. Enquanto empresa *holding* do Grupo, a MEDIA CAPITAL detém um conjunto de empresas, que operam em Portugal, essencialmente nos seguintes sectores de actividade:
- (i) **Televisão de acesso livre**, através de um canal de televisão, de acesso gratuito e generalista – a TVI – cujo alvará, para o exercício da actividade de televisão, foi renovado, por Deliberação da ERC⁵, por um período de 15 anos, a partir de Fevereiro de 2007.
 - (ii) **Televisão por subscrição de acesso não condicionado**, através do canal TVI 24, um temático informativo, com cobertura nacional e acesso não condicionado com assinatura, actualmente distribuído pela ZON, cujo autorização para exploração foi concedida através da deliberação do Conselho Regulador da ERC, de 29 de Janeiro de 2009⁶.
 - (iii) **Produção de conteúdos de ficção/entretenimento**. A Media Capital detém as produtoras de conteúdos de ficção e de entretenimento Plural Entertainment, S.A. (doravante “Plural Portugal”) e Plural Entertainment España, S.L.
 - (iv) **Rádio**, detendo, através da MCR - Radiofonia e Publicidade, Sociedade Unipessoal, S.A., um conjunto de rádios de diferentes formatos (Rádio Comercial; Rádio Clube Português, Cidade FM; Best Rock FM, M80, Romântica FM), direccionadas para públicos alvo distintos, com cobertura nacional ou regional.

⁵ Deliberação do Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social n.º 1-L/2006, de 20.06.2006, “*Renovação das licenças para o exercício da actividade televisiva dos operadores SIC e TVI*”.

⁶ Deliberação do Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social n.º 2/AUT-TV/2009, de 29 de Janeiro de 2009.

- (v) **Serviços de Telecomunicações e Internet**, onde actua ao nível da (i) *edição online*, através do grupo de *sites* (e portal) IOL e *sites* editoriais como a “Agência Financeira” e o “Mais Futebol”; (ii) *online media*, através do portal de rádio “Cotonete” e dos sites das diversas rádios exploradas pelo grupo; (iii) *outros serviços online para consumidores não profissionais* tais como alojamento de *blogs*, correio electrónico e vídeos, bem como a venda de bilhetes para espectáculos e; (iv) *serviços a empresas* tais como serviços de classificados (automóveis, imobiliário e emprego), divulgação de empresas em Directório e ainda a produção de *sites* para a Internet. Refira-se ainda que a Media Capital, através da sua participada MCM – Media Capital, Editora Multimédia, S.A., estava habilitada para a prestação do serviço de acesso à internet⁷ entre 4 de Abril de 2000 e 4 de Maio de 2008, data em que cessou essa actividade.⁸ Da mesma forma, encontra-se desde 2005 habilitada para prestar serviços de voz através da internet não tendo, no entanto, iniciado essa actividade.⁹ Assim, a adquirida não tem qualquer actividade como prestador de serviços de comunicações electrónicas disponíveis ao público.¹⁰ À data da notificação, a Media Capital, enquanto operador de redes públicas de comunicações electrónicas¹¹, detinha uma rede de difusão televisiva analógica, que utilizava para difusão de emissões próprias. No entanto, em 24 de Dezembro de 2009, o Conselho da Autoridade da Concorrência, adoptou uma decisão de não oposição relativa à aquisição da mencionada rede pela PT Comunicações, S.A.¹²
- (vi) **Edição e distribuição de música**, através da editora de música Farol Música que não só possui catálogo próprio, como ainda presta, promove e distribuiu, em Portugal, o catálogo de obras da *Warner Music*;
- (vii) **Distribuição Cinematográfica e de videogramas**, onde opera através da CLMC - Multimédia, S.A. ao nível da distribuição de filmes para salas de cinema e de videogramas (segmentos retalhista e estabelecimentos de aluguer de vídeo), em parceria com a *FOX/MGM* e produtoras independentes;
- (viii) **Outros serviços**, designadamente, a promoção de eventos, como peças de teatro e concertos; o agenciamento de artistas; a prestação de serviços financeiros, sob a marca Capital +.¹³

⁷ Licença n.º ICP - 13/2000,

⁸ Parecer da ANACOM no âmbito da Ccent 41/2009 nos termos do art.º 39º da Lei n.º 18/2003.

⁹ *Idem*

¹⁰ *Ibidem*

¹¹ Licença n.º ICP - 07/2000-RPT, de 08.06.2000.

¹² Vide decisão do Conselho da Autoridade da Concorrência, relativa à Ccent. n.º 30/2009 – PT/RETI, de 24 de Dezembro de 2009.

¹³ Para o efeito, o Grupo Media Capital constituiu uma *joint venture* com a *GE Money*.

19. A MEDIA CAPITAL realizou, nos últimos três anos, os seguintes volumes de negócios, em Portugal:

Tabela 4 – Volumes de negócios da Media Capital, para os anos de 2006 a 2008

| <i>Milhões de Euros</i> | 2006 | 2007 | 2008 |
|-------------------------|--------|--------|--------|
| Portugal | [>150] | [>150] | [>150] |

Fonte: Notificante.

3. NATUREZA DA OPERAÇÃO

20. A operação de concentração em causa consiste na aquisição, pela empresa Ongoing Media e Vertex, do controlo conjunto da empresa Media Capital, através da aquisição, pela Ongoing Media, de acções representativas de até 35% do capital social da Media Capital.
21. O Contrato de Compra e Venda de Acções, celebrado em 28 de Dezembro de 2009, entre a Vertex e a Ongoing Media (“Contrato de Compra e Venda de Acções”), tinha em vista a venda, pela primeira, à segunda, de acções representativas de 29,69% do capital social da adquirida.
22. Em 29 de Setembro de 2009, foi lançada uma oferta pública de aquisição obrigatória, pela Ongoing Media, sobre a totalidade das acções representativas do capital social da Media Capital.
23. De salientar, que, não obstante a oferta pública de aquisição ter sido lançada sobre a totalidade do capital da Media Capital, resulta do parágrafo 5. do Anúncio preliminar de lançamento da oferta pública, a Vertex, que actualmente detém 94,69% do capital social da Media Capital, se comprometeu a não ocorrer à Oferta, aceitando bloquear as suas acções¹⁴. **[Confidencial - Segredo de negócio]**.
24. Deste modo, não seria expectável que, em virtude da operação de concentração notificada, a Ongoing Media viesse a adquirir, no âmbito da oferta pública de aquisição em curso, uma percentagem do capital social da Media Capital susceptível de lhe conferir, *per se*, o controlo exclusivo da mesma, ou seja superior a 50%¹⁵.
25. Por outro lado, independentemente do resultado da oferta pública de aquisição em causa, a Ongoing Media sempre poderia adquirir acções representativas de 35% do capital social, **[Confidencial – Segredo de negócios]**
26. **[Confidencial – Segredo de negócios]**.

¹⁴ Cfr. Anúncio Preliminar, disponível em <http://web3.cmvvm.pt/sdi2004/emitentes/docs/fsd15369.pdf>.

¹⁵ [Confidencial].

27. A Vertex, que actualmente controla, em exclusivo, a Media Capital, com uma participação de 94,69% do seu capital social, passaria a deter acções representativas de mais de 50%¹⁶ **[Confidencial – Segredo de negócios]**¹⁷ do capital social da Media Capital.
28. Sucede que, e ainda que a Ongoing Media **[Confidencial – Segredo de negócios]**, esta sempre adquiriria controlo conjunto da Media Capital, atendendo a que, nos termos do Acordo Parassocial, a participação minoritária que esta viesse a adquirir lhe conferiria:
- (i) um direito de veto, ao nível do Conselho de Administração¹⁸, sobre a adopção de deliberações ou propostas relativas às seguintes matérias estratégicas: **[Confidencial – Segredo de negócios]**¹⁹.
 - (ii) um direito de veto, ao nível da Assembleia Geral de Accionistas, sobre a adopção de deliberações relativas às seguintes matérias estratégicas **[Confidencial – Segredo de negócios]**²⁰.
29. Deste modo, e atendendo aos direitos de veto que lhe seriam conferidos pela participação minoritária que a Ongoing Media passaria a deter sobre a Media Capital, considera-se que esta passaria a estar sob o controlo conjunto da Vertex e da Media Capital.
30. Assim, com a operação projectada, a Media Capital deixaria de ser controlada em exclusivo pela Vertex, para passar a ser controlada, conjuntamente, pela Vertex e pela Ongoing Media, o que configura uma operação de concentração, nos termos da alínea b), do n.º 1, do artigo 8.º da Lei da Concorrência, conjugada com a alínea a), do n.º 3, do mesmo artigo, a qual está sujeita à obrigatoriedade de notificação prévia, por preencher as condições enunciadas nas alíneas a) e b), do n.º 1, do artigo 9.º, do mesmo diploma.

¹⁶ Vide **[Confidencial – Segredo de negócios]**.

¹⁷ Vide **[Confidencial – Segredo de negócios]**.

¹⁸ **[Confidencial – Segredo de negócios]**.

¹⁹ Cfr. **[Confidencial – Segredo de negócios]**.

²⁰ Cfr. **[Confidencial – Segredo de negócios]**.

4. PARECERES DAS ENTIDADES REGULADORAS

31. Atendendo a que algumas das actividades desenvolvidas pela empresa Adquirida são objecto de regulação sectorial, a AdC solicitou à Entidade Reguladora para a Comunicação Social (“ERC”) e ao ICP - ANACOM, em 14 de Outubro de 2009, os respectivos pareceres relativamente à operação de concentração em análise, ao abrigo do artigo 39.º, n.º 1 da Lei da Concorrência e, no que concerne à ERC, do disposto no artigo 4.º, n.º 3 da Lei n.º 32/2003, de 22 de Agosto, ainda aplicável nos termos do n.º 2 do artigo 98.º da nova Lei da Televisão, aprovada pela Lei n.º 27/2007, de 30 de Julho.

4.1 Parecer do ICP – ANACOM

32. O ICP - ANACOM, em parecer emitido em 29 de Outubro de 2009, considerou que da operação de concentração notificada não resultará qualquer reforço de quota de mercado da Ongoing, nos mercados das comunicações electrónicas, atendendo a que: (i) a Media Capital não tem actividade como prestador de serviços de comunicações electrónicas; e (ii) enquanto operador de redes públicas de comunicações electrónicas, a Media Capital apenas utilizava a rede de difusão televisiva analógica terrestre de que era proprietária (RETI – Rede Teledifusora Independente, S.A.), para a difusão de emissões próprias. Recorde-se, a este propósito, que, como referido *supra* no parágrafo 18, alínea (v), o Conselho da Autoridade da Concorrência adoptou, em 24 de Dezembro de 2009, uma decisão de não oposição relativa à aquisição da mencionada rede pela PT Comunicações, S.A.²¹.

4.2 Parecer da ERC

33. Em 10 de Fevereiro de 2010, a ERC emitiu o seu Parecer final em relação à presente operação de concentração, após ter promovido a audiência dos interessados relativamente ao projecto de parecer, adoptado em 14 de Janeiro de 2010, o qual era no sentido de *“oposição ao projecto de operação de concentração notificado, enquanto a Ongoing não efectivar a venda, a favor de entidade relativamente à qual não esteja, de forma directa ou indirecta, em relação de domínio, da totalidade da participação que detém no capital social da Impresa [...]”*

²¹ Vide decisão do Conselho da Autoridade da Concorrência, relativa à Ccent. n.º 30/2009 – PT/RETI, de 24 de Dezembro de 2009.

34. O parecer final da ERC, o qual, como anteriormente referido, sendo em sentido negativo, é vinculativo para a AdC (*vide* parágrafo 5), manteve, no essencial, o sentido do projecto de Decisão, ao manifestar “*a sua oposição ao projecto de operação de concentração notificado enquanto a Ongoing não efectivar a venda - a favor de entidade relativamente à qual comprove perante a ERC, documentadamente, não estar, de forma directa ou indirecta, em qualquer relação jurídico-contratual, nomeadamente, societária de qualquer tipo - de um número de acções representativas do capital social da Impresa que torne a sua participação nesta sociedade sempre inferior a 1% do capital social, ficando a Ongoing impedida de (i) aumentar a sua participação no capital social da Impresa para além do referido limite e de (ii) interferir, directa ou indirectamente, isolada ou conjuntamente com outros accionistas, nos assuntos internos da Impresa, sociais, editoriais ou de qualquer outra natureza, enquanto mantiver a qualidade de accionista da Media Capital*”.
35. Trata-se, portanto, de um parecer negativo, de oposição à realização da operação de concentração como notificada, considerando esta Entidade que, com a operação projectada, a Ongoing teria a capacidade para “*afectar a diversidade e o pluralismo em áreas tão relevantes como a da televisão, do mercado de trabalho dos jornalistas e restantes profissionais da comunicação social, da publicidade televisiva e da produção de conteúdos*”, resultando, ainda, da operação de concentração projectada “*uma maior uniformidade de conteúdos nos dois canais provados de televisão após a Operação*”²².

5. APRECIÇÃO JURÍDICA

36. Como acima referido, a ERC, com base no artigo 39.º da Lei da Concorrência, emitiu parecer de oposição à operação de concentração projectada, o qual assume natureza vinculativa, nos termos do disposto no artigo 4.º, n.º 2 da Lei n.º 32/2003, de 22 de Agosto – Lei da Televisão²³.
37. Face ao teor do mencionado parecer, a AdC entende que se encontra legalmente vinculada à adopção de uma decisão de oposição a operação de concentração notificada, com base no artigo 107.º do Código do Procedimento Administrativo, conjugado com o artigo 39.º da Lei da Concorrência e da referida disposição da Lei da Televisão.

²² Vide parecer integral (versão não confidencial) em:

<http://www.erc.pt/documentos/DeliberacaoOngoing%2009022010VersaoNaoConfidencial.pdf>

²³ Ainda aplicável nos termos do n.º 2 do artigo 98.º da nova Lei da Televisão, aprovada pela Lei n.º 27/2007, de 30 de Julho,

38. Com efeito, o interesse público de salvaguarda da diversidade e do pluralismo, expresso pela ERC no seu parecer, determina que a operação projectada não se possa concretizar, independentemente de qual fosse a conclusão da avaliação jusconcorrencial.
39. A emissão, pela ERC, de um parecer negativo de natureza vinculativa, não foi especificamente contemplada na Lei da Concorrência, onde só se prevê a adopção de decisões que apenas decorram da análise jusconcorrencial da operação em causa, sendo que, na ausência de regulamentação específica na Lei da Concorrência (artigo 30.º da Lei da Concorrência), é aplicável subsidiariamente o CPA.

6. AUDIÊNCIA DOS INTERESSADOS

40. Uma vez que a Autoridade da Concorrência se propunha adoptar uma decisão de sentido desfavorável às notificantes, e tendo a Impreger – Sociedade Gestora de Participações Sociais, S.A., em 30 de Outubro de 2009, manifestado a sua posição contrária à concretização da operação projectada, nos termos do artigo 33.º da Lei da Concorrência, foi promovida em 4 de Março de 2010, de acordo com o n.º 1 do artigo 100.º do CPA, a necessária audiência dos interessados, a qual, de acordo com o n.º 3 do mesmo artigo, suspendeu a contagem do prazo da instrução.

6.1 Observações da notificante Ongoing

41. Em 18 de Março de 2010, veio a Ongoing apresentar um conjunto de Observações ao Projecto de Decisão submetido pela AdC em 4 de Março. De salientar que as Observações apresentadas apenas foram subscritas pela Ongoing, e não também pela Vertex.
42. Em termos sucintos, o teor das considerações tecidas ao Projecto de Decisão da AdC incidem sobre três pontos: (i) ausência de carácter vinculativo do parecer da ERC; (ii) incompletude do Projecto de Decisão da AdC; e (iii) ilegalidade da Deliberação da ERC.
43. Quanto ao ponto (i), entende a Ongoing que a AdC não se encontraria sujeita ao Parecer da ERC, já que o mesmo não incide sobre a matéria cuja análise teria carácter vinculativo, designadamente, a aplicação da antiga Lei da Televisão às eventuais implicações da notificante deter uma licença para a exploração do canal *Económico TV* e, logo, não contém uma apreciação à luz da antiga Lei da Televisão, mas sim sobre a participação no capital social da Impresa que a Ongoing detém.

44. Nestes termos, considera a mesma que o Parecer da ERC não vincula a AdC, devendo esta última ter procedido com a sua avaliação jus-concorrencial.
45. Quanto ao ponto (ii) – incompletude do Projecto de Decisão da AdC – entende a Ongoing que não deveria esta Autoridade ter deixado de fundamentar jus-concorrencialmente o seu Projecto de Decisão, sob pena de ilegalidade do mesmo.
46. Com efeito, alegando que o Parecer da ERC se encontra ferido de ilegalidade, considera a notificante que a apreciação jus-concorrencial da AdC – pressupondo que seria de não oposição – se revelaria determinante para fins indemnizatórios. Por outro lado, é a Ongoing de opinião que a ausência de fundamentação jus-concorrencial implica uma mera homologação do Parecer da ERC e uma ausência de pronúncia sobre a operação de concentração objecto do procedimento em curso.
47. Finalmente, entende a Ongoing que a Deliberação/Parecer da ERC se encontra ferida de ilegalidade, já que extravasa as suas competências, pelo que deveria ser desconsiderado pela AdC [ponto (iii)].

6.2 Resposta da AdC

48. Quanto ao primeiro conjunto de observações – não sujeição da AdC ao Parecer da ERC, por ausência de carácter vinculativo – entende esta Autoridade não dever pronunciar-se quanto ao exercício concreto das competências por parte daquela entidade reguladora sectorial.
49. De facto, para efeitos do artigo 39.º da Lei da Concorrência, considera-se não incumbir à AdC o escrutínio sobre se o Parecer da ERC (bem como o de qualquer outra Entidade Reguladora Sectorial) foi adoptado em conformidade com a aplicação dos normativos pelos quais a entidade independente em causa se rege no exercício das suas competências. Como tal, e salvo erro manifesto, existe uma presunção de legalidade na actuação de entidades com atribuições e competências que lhes sejam legalmente conferidas.
50. Por outro lado, considerando que o carácter vinculativo do Parecer da entidade em questão advém do facto da anterior Lei da Televisão estabelecer que *“As operações de concentração entre operadores de televisão sujeitas a intervenção da Autoridade da Concorrência são por esta comunicadas à entidade reguladora, que emite parecer prévio vinculativo, o qual só deverá ser negativo quando tais operações apresentarem fundados riscos para a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião”*²⁴ (ênfase nosso), e tendo a ERC baseado o seu Parecer na necessidade de garantir os

²⁴ Artigo 4.º, n.º 2 da Lei n.º 32/2003, de 22 de Agosto, aplicada transitoriamente por força da remissão do artigo 98.º, n.º 2 da Lei n.º 27/2007, de 30 de Julho.

valores de pluralismo e diversidade de expressão e na salvaguarda desses valores, os quais se encontrariam em risco em resultado da concentração, designadamente em virtude da Ongoing deter uma participação social na Impresa, entende a AdC não existirem elementos que coloquem em causa o teor vinculativo da pronúncia da ERC.

51. Em face do exposto, entende-se que a posição manifestada pela ERC no seu Parecer, solicitado ao abrigo do disposto no artigo 39.º Lei da Concorrência, não coloca em causa o seu carácter vinculativo face ao procedimento a correr junto da AdC.
52. Quanto ao segundo conjunto de observações – incompletude do Projecto de Decisão da AdC – entende esta Autoridade que os argumentos tecidos não procedem. Com efeito, nos termos da Lei da Concorrência, a intervenção da AdC, em matéria de controlo de concentrações, ocorre em momento prévio à sua realização (da operação) e tem por referência uma análise prospectiva do impacto jus-concorrencial que a referida operação poderia vir a ter no mercado.
53. Contudo, para efeitos dessa análise, apenas poderá a AdC pronunciar-se sobre um conjunto de elementos susceptíveis de lhe conferir um suficiente grau de certeza e estabilidade quanto à realização da operação. Ou seja, não obstante a decisão final de implementar (ou não) a operação caber às partes envolvidas, os elementos submetidos à AdC, para controlo prévio, deverão assegurar que, tudo o resto constante, a operação irá ser implementada, e em moldes previamente delineados.
54. Esta situação não parece ocorrer na operação em causa. Com efeito, em face da emissão de um Parecer obrigatório e vinculativo negativo, qualquer pronúncia pela AdC no âmbito do procedimento que corre junto de si redundaria em hipotética, insusceptível de ser implementada *ab initio*, e incompatível com as regras e princípios previstos na Lei da Concorrência em matéria de controlo prévio de concentrações de empresas.
55. Por outro lado, o carácter prévio e vinculativo do Parecer da ERC a emitir obsta ao andamento do procedimento tendente à pronúncia por parte da AdC no âmbito da operação em causa²⁵, sob pena da decisão da AdC poder vir a ser *contra-legem*.
56. Em terceiro lugar – e como bem refere a notificante, ainda que num contexto inexacto – a conjugação do disposto nos artigos 9.º e 107.º, ambos do CPA²⁶, implica que, nomeadamente, a AdC se pronuncie sobre todas as questões pertinentes suscitadas durante o procedimento. Na óptica da

²⁵ Artigo 99.º, n.º 3 CPA *a contrario*.

²⁶ Artigo 9.º, n.º 1: “Os órgãos administrativos têm, nos termos regulados neste código, o dever de se pronunciar sobre todos os assuntos da sua competência que lhes sejam apresentados pelos particulares (...)” e Artigo 107.º: “Na decisão final expressa, o órgão competente deve resolver todas as questões pertinentes suscitadas durante o procedimento e que não hajam sido decididas em momento anterior.”

Ongoing, o cumprimento deste dever passaria por uma pronúncia em termos jus-concorrenciais quanto à operação de concentração em causa.

57. Contudo, não poderá a notificante ignorar que a emissão de um Parecer prévio, obrigatório e, constitua um elemento fundamental a ser tomado em conta no âmbito do procedimento da AdC, e que, sendo o mesmo vinculativo e negativo, obstará a qualquer subsequente andamento da marcha do procedimento.
58. De facto, a emissão do Projecto de Decisão da AdC vai integralmente ao encontro do cumprimento do dever de pronúncia e do dever de resolução de “*todas as questões pertinentes suscitadas durante o procedimento e que não hajam sido decididas em momento anterior.*”, sejam elas principais ou laterais.
59. Assim, perante a emissão de um Parecer prévio, obrigatório, vinculativo, a AdC valorou-o em conformidade com o seu teor, *in casu* negativo, e procedeu á sua integração no procedimento que corria sob a sua égide, tendo-se pronunciado – fundamentadamente – quanto às implicações desta integração.
60. Nestes termos, tendo sido emitido um Parecer prévio negativo com carácter vinculativo, encontra-se a AdC impossibilitada de se pronunciar, jus-concorrencialmente, quanto ao mérito da operação de concentração em causa.
61. Finalmente, quanto ao ponto (iii) – ilegalidade da Deliberação da ERC por esta ter extravasado as suas competências – entende-se constituir isso matéria a dirimir entre a ERC e a notificante, não cabendo (nem devendo) a AdC pronunciar-se sobre a mesma.
62. Sem prejuízo, e estritamente no que às implicações da emissão do Parecer no procedimento a correr junto da AdC dizem respeito, designadamente o seu carácter vinculativo e negativo, remete-se para as considerações tecidas nos pontos 48 a 51 *supra*.

6.3 Observações da contra-interessada - IMPREGER – Sociedade Gestora de Participações Sociais, S.A.

63. Em 18 de Março, veio a contra-interessada IMPREGER – Sociedade Gestora de Participações Sociais, S.A. (Impreger) manifestar a sua concordância quanto ao Projecto de Decisão da AdC, adoptado em 4 de Março.

6.4 Conclusão da Audiência dos Interessados

64. Em face de todo o exposto, entende a Autoridade da Concorrência que as Observações apresentadas em sede de Audiência dos Interessadas não vêm alterar o sentido proposto no Projecto de Decisão da AdC de 4 de Março de 2010.

7. DELIBERAÇÃO DO CONSELHO

65. Face ao exposto, o Conselho da Autoridade da Concorrência, no uso da competência que lhe é conferida pela alínea b) do n.º 1, do artigo 17.º dos Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, e com base no artigo 107.º do CPA, conjugado com o artigo 39.º da Lei da Concorrência e com o n.º 2 do artigo 4.º da Lei n.º 32/2003, de 22 de Agosto, decide adoptar uma decisão de oposição à operação notificada, para protecção do interesse público e em cumprimento do parecer negativo, de natureza vinculativa, emitido pela Entidade Reguladora para a Comunicação Social.

Lisboa, 30 de Março de 2010

O Conselho da Autoridade da Concorrência,

Manuel Sebastião

Presidente

Jaime Andrez

Vogal

João Noronha

Vogal