



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Handwritten signatures and the number 1784.

Relatório

*

Autoras (doravante designadas AA):

CONTROLINVESTE MEDIA, SGPS, S.A. (doravante CONTROLINVESTE), anteriormente designada SPORTINVESTE, SGPS, S.A. pessoa coletiva nº 502 154 098, com sede na Av. da Liberdade, nº 266, 3º, 1250-149 Lisboa, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Lisboa,

ZON OPTIMUS, SGPS, S.A. (doravante ZON), pessoa coletiva nº 504 453 513, com sede na Rua Ator António Silva, 9, 1600-404 Lisboa, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Lisboa,

PORTUGAL TELECOM, SGPS, S.A. (doravante PT), pessoa coletiva nº 503 215 058, com sede na Av. Fontes Pereira de Melo, nº 40, 1069-300 Lisboa, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Lisboa.

*

Ré:

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA (doravante AdC), com sede na Av. de Berna, nº 19, 1050-037 Lisboa.

*

Contrainteressados:

Cabovisão – Televisão por Cabo, S.A., com sede em Poços -Vale de Touros, Setúbal, 2950 - 425 Palmela;

Vodafone Portugal – Comunicações Pessoais, S.A., com sede na Av. D. João II, Lote 1.04.01, Parque das Nações, 1998– 017 Lisboa;

Liga Portuguesa de Futebol Profissional, com sede na Rua da Constituição, nº 2555, 4250-173 Porto;

Clube Desportivo das Aves, com sede na Rua Luis Gonzaga Mendes Carvalho, 265 4795-080 Vila das Aves;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

N.
1785
89

Clube Desportivo de Tondela, com sede na Rua Doutor Eurico José Gouveia,
3460 Tondela;

Clube Desportivo Trofense, com sede na Rua Américo Campos, 4785
Trofa;

Futebol Clube de Paços de Ferreira, com sede na Rua do Estádio,
Apartado 26 4594-909 Paços de Ferreira;

Futebol Clube de Penafiel, com sede na Rua "O Penafidense" 53, 4560;

Gil Vicente Futebol Clube, com sede na Rua D. Diogo Pinheiro N.º 25,
Apartado 197, 4750-282 Barcelos;

Leixões Sport Clube – Futebol, SAD, com sede na Rua Roberto Ivens, 528,
4450-248 Matosinhos;

Marítimo da Madeira Futebol, SAD, com sede no Complexo Desportivo
C.S. Marítimo - Rua Campo do Marítimo, 9020 – 208, Funchal;

Os Belenenses – Sociedade Desportiva de Futebol S.A.D., com sede no
Estádio do Restelo 1449-015, Lisboa;

Santa Clara Açores – Futebol S.A.D, com sede na Rua Comandante Jaime
Sousa, nº 21, 9500-047 Ponta Delgada;

Sport Clube Beira-Mar, Futebol S.A.D., com sede no SC Beira-Mar
(Estádio Municipal), Apartado 3105, 3804-508 Aveiro;

Sport Clube Freamunde, com sede na Rua do Sport Clube de Freamunde,
Apartado 20, 4591-908 Freamunde;

Sporting Clube Olhanense, com sede no Estádio José Arcanjo, 8700,
Olhão, Algarve;

Sport Lisboa e Benfica, Futebol, S.A.D., com sede no Estádio do Sport
Lisboa e Benfica, Av. General Norton de Matos, 1500-313, Lisboa;

Vitória Sport Clube, com sede no Complexo Desportivo, 505 – 4801 –
914 Guimarães.

*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Handwritten notes and signatures in the top right corner, including the number 1786 and a signature.

Pedidos:

I) Ser declarada a nulidade da decisão de passagem a investigação aprofundada proferida pelo Conselho da Autoridade da Concorrência a 22 de agosto de 2013;

II) Caso assim se não considere, ser anulada, na sua integralidade, a decisão de passagem a investigação aprofundada proferida pelo Conselho da Autoridade da Concorrência a 22 de agosto de 2013;

III) Serem declarados nulos ou, pelo menos, anulados, na sua integralidade, quaisquer atos aos quais se reconheça o poder de revogar a decisão tácita de não oposição à concentração em apreço.

*

Causa de pedir:

Em 28.01.2013, as AA apresentaram junto da AdC uma notificação de uma operação de concentração, que produziu efeitos em 6 de Março de 2013.

Em 15.03.2013, a AdC solicitou parecer à Entidade Reguladora para a Comunicação Social ("ERC"), fixando o prazo de 25 (vinte e cinco) dias para se pronunciar sobre a operação notificada, que terminou no dia 22.04.2013.

Em 24.04.2013, a ERC solicitou à AdC um prazo suplementar de vinte dias para emissão do parecer, pedido este que foi recebido em 26.04.2013.

Em 30.04.2013, a AdC informou à ERC que considerava razoável a prorrogação do prazo por vinte dias úteis.

Em 02.05.2013, a AdC deu conhecimento às AA de que aquele prazo havia sido prorrogado e que acrescia ao prazo inicialmente fixado.

Em 22 de agosto de 2013 e decorridos, entretanto, outros atos intermédios, a AdC adotou uma decisão de passagem a investigação aprofundada.

Entendem as AA que o primeiro prazo concedido à ERC determinou a suspensão do prazo de encerramento da instrução de que a AdC dispunha, nos termos do art. 55º/2 e 3, Lei da Concorrência, aprovada pela Lei nº 19/2012, de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.superviso@tribunais.org.pt

08.05 (LdC). Contudo, o mesmo não se verifica em relação ao segundo, uma vez que nem sequer se trata de uma prorrogação, porquanto foi requerida e concedida depois do termo final do prazo concedido à ERC ao abrigo do art. 55º/1, da LdC. Para além disso, decorrido o prazo concedido para a emissão do parecer sem que ele tenha sido emitido termina irremediavelmente a suspensão e extinguem-se as obrigações de consulta resultantes da lei, sendo devolvida à AdC a competência decisória plena para concluir a instrução e decidir o procedimento.

Consequentemente, no dia 28.05.2013 formou-se, por força dos arts. 49º/1 e 50º/4, da LdC, *ope legis*, a autorização tácita da operação notificada, que tem valor jurídico equivalente a um ato expresso que decidisse pela não oposição simples à concentração de empresas.

Por conseguinte, a decisão de passagem a investigação aprofundada é nula por falta absoluta de elemento essencial – o objeto, que se traduz, em concreto, na existência do procedimento de controlo – nos termos do art. 133º/1, do Código de Procedimento Administrativo (CPA).

Subsidiariamente, invocam a anulabilidade da referida decisão de passagem a investigação aprofundada, porquanto a mesma revogou uma decisão válida e favorável de não oposição à concentração, em violação do disposto nos arts. 57º, da LdC, e 140º, do CPA, *ex vi* art. 42º, da LdC.

Acrescentam, por fim, que não reconhecem natureza de ato administrativo e, em consequência, a suscetibilidade de revogar a decisão tácita de não oposição a qualquer outro elemento no processo. Mesmo que se entendesse o contrário, sempre tais atos seriam nulos ou, pelo menos, anuláveis, nos exatos termos em que o é a decisão de investigação aprofundada.

*

Contestação apresentada pela ré¹:

¹ Fls. 206 a 276.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Handwritten notes and signatures: "78", "1788", and a signature.

Em primeiro lugar, a ré invoca a extinção da instância por inutilidade superveniente da lide, alegando, em síntese, que a fusão por incorporação entre a ZON e a Optimus, registada em 27.08.2013, introduziu uma alteração substancial na operação de concentração notificada, que, não tendo sido implementada, já não o pode ser. Acrescenta ainda que as AA renunciaram expressamente à implementação da operação inicial, pretendendo implementar uma operação alterada, conforme resulta do facto de terem introduzido, por sua iniciativa, alterações substanciais à notificação da concentração de empresas apresentada no início do procedimento.

Em segundo lugar, a AdC considera que o segundo prazo concedido à ERC tem efeitos suspensivos e tem fundamento legal no próprio art. 55º/1, da LdC, salientando ainda que o prazo do procedimento consultivo pode exceder o limite de 30 dias e que o parecer da ERC mantém a sua natureza vinculativa até ao efetivo recebimento pela AdC.

Em terceiro lugar, sustenta que o deferimento tácito previsto no art. 50º/4, da LdC, não é um ato administrativo constitutivo de direitos, pelo que a AdC poderia praticar um ato primário, ou seja, *in casu*, a emissão da decisão de passagem a investigação aprofundada. Acrescenta que não existia ainda investimento de confiança depositado na sua atuação alegadamente silente que fosse necessário salvaguardar e proteger, uma vez que as AA não implementaram a operação de concentração.

Em quarto lugar, mesmo que se considere que a não oposição tácita prevista no art. 50º/4, da LdC, é um ato administrativo, ainda assim deve considerar-se que o mesmo se encontraria ferido de ilegalidade material, por violação da tutela constitucional do pluralismo, atendendo a que o parecer da ERC, sendo negativo e, como tal, tendo carácter vinculativo para a decisão final da AdC, obrigaria a uma decisão de proibição da AdC à operação de concentração tal como notificada. Acrescenta que as normas dos arts. 55º/1, 2, 3 e 4, em conjugação com a norma do art. 50º/4, da LdC, violam a Constituição, quando interpretadas no sentido em que a



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

7. H89
2
[Signature]

AdC pode decidir um pedido de apreciação de uma operação de concentração de empresas na área da comunicação social sem que a ERC se tenha pronunciado quanto à oportunidade do mesmo. Isto significa que uma decisão de não oposição tácita da operação de concentração, a ser um ato administrativo, sempre seria um ato inválido e revogável por contrário ao parecer vinculativo da ERC. A decisão da AdC de passagem para a fase de investigação aprofundada revogou o alegado ato de deferimento tácito.

Em quinto lugar, as AA aceitaram o ato impugnado, porquanto não implementaram a operação notificada. Verifica-se, por conseguinte, o disposto no art. 56º/1, do Código de Procedimento dos Tribunais Administrativos (CPTA), que conduz à absolvição da ré da instância. Não afasta a verificação desta exceção o facto das AA terem, nas várias comunicações trocadas com a AdC após 28.05.2013, reiterado a perspectiva de que consideravam ter-se verificado um deferimento tácito, para invalidar a constatação de que não agiram em conformidade com a sua convicção de que se teria verificado um deferimento tácito.

Por último, salienta, sem daí extrair quaisquer efeitos ou consequências jurídicas, que, ao longo do procedimento de controlo das concentrações, as AA pareceram revelar uma linha de atuação nem sempre coerente num primeiro momento e, posteriormente, claramente contraditória, não se conseguindo descortinar o propósito objetivo que as move.

*

Contestação apresentada pela Liga Portuguesa de Futebol Profissional²:

A contrainteressada supra identificada aderiu integralmente à contestação deduzida pela AdC.

*

Contestação apresentada pelo Gil Vicente Futebol Clube – Futebol, SDUQ, Lda³:

² Fls. 1152.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

1790
89

[Handwritten signature]

O contrainteressado supra identificado aderiu à posição apresentada pela Liga Portuguesa de Futebol Profissional.

*

Contestação apresentada pela Cabovisão – Televisão Por Cabo, S.A.⁴:

A contrainteressada supra identificada aderiu integralmente à contestação apresentada pela AdC.

*

Contestação apresentada pela Sport Lisboa e Benfica – Futebol SAD⁵:

A contrainteressada supra identificada aderiu integralmente à contestação apresentada pela AdC.

*

Contestação apresentada pela Vodafone Portugal, Comunicações Pessoais, S.A.⁶:

A contrainteressada supra identificada aderiu integralmente à contestação apresentada pela AdC.

*

Resposta⁷:

As AA, na resposta, pronunciaram-se sobre a extinção da instância por inutilidade superveniente da lide e sobre a aceitação do ato.

Quanto à primeira questão, pugnam pela sua improcedência, porquanto o facto invocado pela AdC é posterior à decisão tácita de não oposição, por via da qual adquiriram o direito de implementar a operação de concentração notificada, que continuam a pretender implementar, sendo irrelevante se já houve ou não implementação da concentração. Acrescentam que a circunstância de se ter alterado o controlo sobre uma das AA, a ZON, e de esta empresa ter incorporado outra

³ Fls. 1179.

⁴ Fls. 1286.

⁵ Fls. 1300 e 1311.

⁶ Fls. 1305.

⁷ Fls. 926 a 943.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Handwritten notes and signatures in the top right corner, including the number 1791 and a signature.

empresa não tem a menor relevância para a questão *sub judice*. Mais acrescentam que não implementaram a operação de concentração, porquanto, caso o tivessem feito, contrariando o entendimento manifestado pela AdC, ficariam sujeitas, às consequências e sanções previstas nos arts. 40º/4, al c), 56º/4, 68º/1, al f) e 69º/2, todos da LdC. Esclarecem ainda que requereram a possibilidade de introduzir alterações substanciais à notificação nos termos do art. 49º/2, da LdC, apenas em resposta a um pedido expresso da AdC e do facto de verem vantagens de natureza cautelar e de ordem prática em obter da ré uma confirmação expressa do seu direito.

Relativamente à aceitação do ato, alegam as AA que não se verificou o disposto no art. 56º, do CPTA, uma vez que declararam sempre, de forma expressa e inequívoca, nas várias intervenções que tiveram no procedimento administrativo após a provação tácita da operação de concentração, que continuavam a participar sob reserva, por considerarem que já se havia formado uma decisão tácita de aprovação da concentração. Mais acrescentam que as razões que estão na base da não implementação da operação de concentração são razões pragmáticas de simples cautela e não qualquer conformação com os efeitos do ato impugnado.

*

Alegações finais:

Por se concluir pela inexistência de factos controvertidos que obstassem ao conhecimento do mérito da causa, os sujeitos processuais intervenientes foram notificados para apresentarem alegações finais.

Nas alegações finais, as AA e a AdC reiteram, no essencial e no que importa para a presente decisão, os fundamentos da petição inicial e da contestação, respetivamente⁸.

Por sua vez, os contrainteressados, que deduziram contestação, com exceção do Gil Vicente Futebol Clube – Futebol, SDUQ, Lda, aderiram integralmente às alegações apresentadas pela AdC⁹.

⁸ Fls. 1372 a 1420, fls. 1513 s 1551 e fls. 1609.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

78. 1792
SP

*

Por último, as AA foram notificadas para, querendo, se pronunciar sobre a eventual falta de interesse em agir, tendo acrescentado, em síntese, que não existe uma alteração substancial na operação inicialmente notificada e, mesmo que já não tivessem interesse na concretização da operação, ou, simplesmente, já não a pudessem implementar, ainda assim subsiste o eventual e atendível interesse em verem-se ressarcidas – em ação judicial autónoma – pelos prejuízos decorrentes da violação daquele seu direito pela AdC¹⁰.

Saneamento dos autos

*

O Tribunal é competente em razão da matéria, da hierarquia e do território.

Não há nulidades que invalidem todo o processado.

As partes têm personalidade judiciária, capacidade judiciária, são legítimas e estão regularmente patrocinadas.

*

Impõe-se analisar com mais cuidado o **interesse em agir**.

É certo que a falta deste pressuposto processual não foi expressamente invocada pela AdC ou pelos contrainteressados. Contudo, a ré invocou a impossibilidade/inutilidade superveniente da lide por considerar que a mesma é inútil.

O substrato factual que serve de suporte a esta alegação, designadamente a fusão por incorporação entre a ZON e a Optimus, cujo registo definitivo foi efetuado em 27.08.2013, ocorreu antes da instauração dos autos (que teve lugar em 14.10.2013), pelo que nunca poderia fundamentar a causa de extinção da instância

⁹ Fls. 1604, 1613, 1617, 1622, 1626 e 1712.

¹⁰ Fls. 1736 a 1744.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

1723
4

Handwritten signature

referida, prevista no art. 277º/al e), do Código de Processo Civil (CPC), *ex vi* art. 1º, do CPTA, uma vez que a mesma pressupõe um facto ocorrido na pendência da causa¹¹.

No entanto, a inutilidade de uma ação, por factos prévios à sua instauração, afeta a viabilidade do processo por falta de interesse em agir. Efetivamente, este pressuposto processual, relativo ao processo e também designado por “necessidade de tutela judicial”¹², exige a “*verificação objetiva de um interesse real e atual*, isto é, da *utilidade* na procedência do pedido”¹³.

Por conseguinte, levando em conta a materialidade dos fundamentos invocados pela AdC, considera-se que a falta deste pressuposto processual ainda está compreendida na sua defesa por exceção, pelo que será analisada e apreciada no âmbito da figura do interesse em agir.

Reenquadrada a questão, verifica-se que a AdC considera que a presente ação não tem qualquer utilidade porquanto: (i) a operação de concentração notificada pelas autoras já não existe, nem é implementável, devido à alteração da estrutura de controlo de uma das notificantes, tendo, por isso, perdido o seu objeto, caducando, verificando-se uma alteração substancial; (ii) as autoras renunciaram expressamente à implementação da operação inicial, pretendendo implementar uma operação alterada, conforme resulta do facto de terem introduzido, por sua iniciativa, alterações substanciais à notificação da concentração de empresas apresentada no início do procedimento.

Em contraponto, as AA sustentam o seguinte: (i) não ocorreu qualquer alteração (substancial ou não substancial) suscetível de impedir a implementação da operação notificada pelas autoras e tacitamente autorizada pela AdC em 27 de maio de 2013; (ii) os factos invocados como constituindo alteração substancial – a

¹¹ Lebre de Freitas, Código de Processo Civil anotado, volume 1º, Coimbra Editora, 1999, anotação ao artigo 287º, ponto 3., pág. 512.

¹² Vieira de Andrade, A Justiça Administrativa, Lições, 2014, 13ª edição, Almedina, pág. 274.

¹³ *Ibidem*.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Handwritten notes and signatures in the top right corner, including the number 1194 and a signature.

concentração nº 5/2013, apresentada depois da concentração das AA e deferida expressamente já depois de ter sido tacitamente deferida a concentração das AA – sendo, todos eles, posteriores à produção do deferimento tácito da operação de concentração das AA, não são suscetíveis de condicionar um ato administrativo – o das AA – que lhe é anterior; (iii) é a autorização da operação de concentração das AA que, por ter sido apresentada em momento anterior, e por em qualquer caso também ter sido deferida em momento anterior, condiciona a operação de concentração nº 5/2013; (iv) considerando que a AdC se opõe ao direito das AA em implementar a operação de concentração tacitamente autorizada em 27 de maio de 2013, em violação do direito subjetivo fundamental das AA de implementar aquela concentração, bem como ainda o eventual interesse atendível e constitucionalmente tutelado das AA em demandar a AdC pelos prejuízos decorrentes daquela violação, existe manifesto interesse em agir das AA na propositura da presente ação, nomeadamente na anulação ou declaração de nulidade de todos os atos da ré revogatórios da decisão tácita de não oposição à concentração das AA.

O substrato factual relevante para a decisão é constituído pelos factos que a seguir se enunciam e que se retiram dos autos, da certidão anexa aos presentes autos e da cópia da decisão de não oposição proferida no processo *infra* indicado no ponto 5), junta a fls. 278 a 632:

(i) Em 28 de janeiro de 2013, as AA apresentaram junto da AdC uma notificação da operação de concentração que consiste na aquisição, pela Controlinveste, pela ZON e pela PT, do controlo conjunto das sociedades Sport TV Portugal, S.A., Sportinveste Multimédia, SGPS, S.A. e P.P.TV – Publicidade de Portugal e Televisão, S.A, em diante “operação de concentração”.

(ii) Esta operação de concentração foi autuada com o número de processo Ccent n.º 4/2013 – Controlinveste*ZON*PT/Sport TV*PPTV*Sportinveste”.

(iii) A notificação apresentada produziu efeitos em 6 de março de 2013.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

78. 1795
4

[Handwritten signature]

(iv) Em 27.8.2013 foi efetuado o registo definitivo de uma outra operação de concentração correspondente à aquisição por Isabel dos Santos e pela Sonae, SGPS, S.A. de controlo conjunto sobre a sociedade ZON, que incorporou, por fusão, a sociedade Optimus, SGPS, S.A. (doravante “Optimus”).

(v) Esta operação havia sido notificada à AdC em 01.02.2013 e foi objeto de decisão da AdC, de não oposição com compromissos, a 26.8.2013, no processo Ccent. n.º 5/2013 - Kento*Unitel*Sonaecom/ ZON*Optimus (“Ccent. n.º 5/2013”).

(vi) A operação de concentração em causa nos presentes autos ainda não foi executada.

(vii) As Autoras remeteram em 26.11.2013 um fax à AdC, onde indicam o seguinte: *“No passado dia 27 de Agosto de 2013 foi efetuado o registo definitivo da operação de concentração correspondente à aquisição pela Sra. Engenheira Isabel dos Santos e pela Sonae, SGPS, S.A. de controlo conjunto sobre a Sociedade ZON Multimédia — Serviços de Telecomunicações e Multimédia, SGPS, S.A. que incorporou, por fusão, a sociedade Optimus, SGPS, S.A., dando origem a uma nova entidade, a ZON Optimus, SGPS, S.A. [...] De acordo com o entendimento expresso pela Autoridade da Concorrência, a estrutura de controlo das Partes numa concentração, bem como o âmbito de atuação das mesmas no mercado, são essenciais à descrição de uma operação de concentração, considerando o disposto nos artigos 36.º e 44.º n.º 3 da Lei da Concorrência. Nestes termos, e sem prejuízo de manterem o seu entendimento de princípio quanto à decisão de não oposição tácita à concentração, vêm as Notificantes expressamente requerer que lhes seja autorizada a introdução de alterações substanciais à notificação que deu origem ao processo Ccent. 4/2013. nos termos e para os efeitos do disposto no n.º 2 do artigo 49.º da Lei da Concorrência”.*

Definido o substrato de facto relevante, o que importa, então, decidir é se a incorporação, por fusão, da sociedade Optimus na ZON retira utilidade à procedência do pedido.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

1796
28
[Handwritten signatures and initials]

Neste âmbito, considera-se que assiste razão à AdC no sentido de que este facto introduziu uma alteração substancial na operação de concentração em causa nos presentes autos, uma vez que, tal como sustenta a ré, atinge a “estrutura de controlo de uma das partes na concentração” e o “âmbito de atuação das mesmas ao nível dos mercados”, que são “elementos essenciais à descrição de uma operação de concentração nos termos e para os efeitos da sua notificação ao abrigo dos artigos 36.º, [37º] e 44.º, n.º 3, da LdC”. Por conseguinte, a operação de concentração que as AA notificaram à AdC não é a mesma que seria implementada após a referida fusão, pelo que não estaria compreendida nem no âmbito da decisão tácita de não oposição da AdC, nem no âmbito do direito alegadamente adquirido pelas AA. Consequentemente, se as AA implementassem, atualmente, a operação de concentração pretendida estariam a proceder a uma operação de concentração que não foi objeto de notificação prévia e em incumprimento da lei, o que habilitaria a AdC a proceder nos termos previstos no art. 56º/1, da LC.

É irrelevante, para este efeito, que esse alegado direito tivesse sido adquirido antes do registo da incorporação, por fusão, da sociedade Optimus na ZON. Efetivamente, pese embora o direito já tivesse (eventualmente) nascido na esfera jurídica das autoras, isso não as protege de todo e qualquer evento futuro que possa obstar à sua execução.

É também de rejeitar a alegada natureza de direito potestativo, uma vez que a AdC não é a contraparte sujeita a sofrer, na sua esfera jurídica, os efeitos decorrentes da implementação de uma operação de concentração. Efetivamente, a AdC, no âmbito das operações de concentração de empresas, tutela interesses públicos, ou seja, interesses de todos os consumidores. Por conseguinte, independentemente da sua eventual responsabilidade nas causas que impediram as AA de exercer o alegado direito e independentemente da questão de saber se esta alteração deveria ou não ter sido ponderada no âmbito do processo nº 5/2013 (que foi apresentado posteriormente), a AdC não pode deixar de tutelar os referidos interesses.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.superviso@tribunais.org.pt

1797
8

[Handwritten signature]

Efetivamente, o que importa verdadeiramente, neste plano específico de saber se as AA podem ou não implementar a operação de concentração notificada, é que as AA não a executaram, pelo que, mesmo que tivessem adquirido o referido direito, o facto superveniente *supra* indicado veio impedir, de forma irremediável, o seu exercício, tornando-o objetivamente impossível.

E não se diga que não é possível invocar aqui o conceito de “alteração substancial” devido à circunstância da LdC apenas o aplicar no art. 49º/2, da LdC, ou seja, quando a alteração ocorre no decurso de um procedimento de controlo de concentrações, hipótese que não se verificaria caso se entendesse que se havia formado uma decisão tácita de não oposição em 28 de maio de 2003. A ausência, na LdC, de qualquer previsão expressa quanto à possibilidade de se verificar uma alteração substancial subsequente à sua decisão não afasta o entendimento exarado, pois o mesmo deriva diretamente do âmbito da decisão da AdC e do correlativo âmbito do direito adquirido pelas empresas notificantes, que é possível traçar com base nas condições ou elementos essenciais que tornam uma operação de concentração sujeita a controlo prévio (cfr. art. 37º/1, da LC). Acresce que do art. 49º/2, da LC, também se pode extrair o princípio mais geral de que uma alteração substancial transforma, de forma irreparável, a operação de concentração notificada.

Não se diga também que a aquisição do direito de implementação da operação de concentração por via de uma decisão (expressa ou tácita) de não oposição torna as empresas notificantes imunes a qualquer alteração substancial, mercê do invocado princípio “*first come, first serve*”, aplicado pela Comissão e pelas instâncias jurisdicionais comunitárias, conforme alegam as AA. Efetivamente, na Decisão da Comissão de 19.10.2011, relativa ao Processo COMP/M.6214 – Seagate/Samsung, que aborda e desenvolve este princípio e que as AA reproduzem parcialmente, estava em causa a apreciação das implicações de uma operação de concentração, que afetava os mesmos mercados, notificada um dia após a notificação da operação de concentração em causa. Ora, não existe plena identidade



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

1798
SP

Handwritten signature and initials.

entre o substrato factual considerado pela Comissão na referida decisão e aquele que se verifica nos autos, uma vez que, no caso concreto, não se trata apenas de uma operação de concentração que afeta os mesmos mercados, mas de uma alteração na “estrutura de controlo de uma das partes na concentração” e, consequentemente no “âmbito de atuação das mesmas ao nível dos mercados”, ou seja, de uma alteração ao nível das condições ou elementos essenciais que justificam o controlo prévio pela AdC. Acresce que a Comissão, na referida decisão, também salienta que nalguns casos “a Comissão pode tomar em consideração futuras alterações do mercado que possam ser previstas de forma razoável” (§ 7).

Contudo, pese embora se aceite a existência de uma alteração substancial e se reconheça a irrelevância, para efeitos de implementação da operação de concentração notificada, que as AA já tivessem adquirido o direito respetivo e o procedimento adotado pela AdC, a verdade é que o mesmo não se verifica para efeitos de eventual responsabilidade desta entidade pelos possíveis prejuízos sofridos pelas AA decorrentes do não exercício desse alegado direito. Ora, neste plano, que tem enquadramento legal, em abstrato, na Lei nº 67/2007, de 31.12, tem de se reconhecer que as AA têm razão, pois apenas por via da impugnação dos atos indicados na petição inicial lograrão obter o reconhecimento do alegado direito que invocam e que poderá servir de base a uma eventual ação de responsabilidade civil extracontratual contra a AdC. Por conseguinte, assiste-lhes, consequentemente, um inelutável e incontornável interesse em agir, não sendo procedentes os demais argumentos invocados pela AdC.

Efetivamente, no que respeita à existência de uma renúncia expressa à implementação da operação inicial, resulta de forma bastante clara do requerimento apresentado pelas AA, que as mesmas atuaram com reserva, tendo ressalvado de forma expressa o “*seu entendimento de princípio quanto à decisão de não oposição tácita à concentração*”. Por conseguinte, não há qualquer renúncia expressa ou tácita em relação ao direito que pretendem ver reconhecido.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

ref. 1799
P

[Handwritten signature]

Termos em que, improcede esta exceção, verificando-se que as AA têm interesse em agir.

*

Invoca ainda a AdC a **aceitação do ato pelas AA**, decorrente do facto das mesmas não terem implementado a operação notificada, resultando deste ato que se conformaram a com a decisão de passagem à fase de investigação aprofundada. Mais acrescenta que a circunstância das AA terem, nas várias comunicações após 28.05.2013, reiterado a perspetiva de que consideravam ter-se verificado um deferimento tácito, não é suficiente para invalidar a constatação de que não agiram em conformidade com a sua convicção de que se teria verificado um deferimento tácito.

Cumpre apreciar e decidir, sem necessidade de reproduzir os argumentos aduzidos pelas AA, uma vez que lhes assiste manifesta razão.

Para tanto, importa considerar os seguintes factos, que se extraem da certidão anexa aos presentes autos:

A aceitação do ato é um “pressuposto *negativo e especial*, nos termos do qual a aceitação de um ato administrativo pelo particular interessado exclui a possibilidade de ele o impugnar judicialmente”¹⁴. Está previsto no art. 56º, do CPTA, resultando do preceito que a aceitação pode ser expressa ou tácita. Esclarece o nº 2 deste normativo legal que a “aceitação tácita deriva da prática, espontânea e sem reserva, de facto incompatível com a vontade de impugnar”.

Fazendo a aplicação destes parâmetros legais ao caso concreto, discorda-se, em absoluto, da alegação da AdC, sendo evidente que não ocorreu qualquer aceitação expressa ou tácita do ato.

Efetivamente, verifica-se que as AA não efetuaram qualquer declaração com esse sentido específico, o que afasta a existência de uma aceitação expressa.

¹⁴ Viera de Andrade, ob. cit., pág. 271.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.superviso@tribunais.org.pt

N.º 1800
SP

Handwritten signature

Quanto à aceitação tácita, impõe-se salientar, em primeiro lugar, que a incompatibilidade a que alude o art. 56º/2, do CPTA, tem de ocorrer entre o facto, alegadamente incompatível, e a vontade de impugnar e não entre o facto e a convicção segura ou menos segura quanto ao fundamento legal da impugnação.

Em segundo lugar, tratando-se de um pressuposto processual negativo que deriva da vontade do impugnante, o pressuposto relativo à espontaneidade do facto tem de ser inequívoco. Ora, num contexto de oposição da AdC em reconhecer a formação do ato tácito, é manifesto que a não implementação da operação de concentração não é inequivocamente reveladora de um facto espontâneo de conformação com a decisão de passagem à fase de investigação aprofundada, pois, conforme salientam as AA, poderiam incorrer em sanções. Sanções estas adequadas, em si mesmas, a condicionar a sua atuação.

Em terceiro lugar, como a AdC reconhece (cfr. art. 294º da contestação), as AA declararam *“sempre, de forma expressa e inequívoca, nas várias intervenções que tiveram no procedimento administrativo após a aprovação tácita da operação de concentração, que continuavam a participar no mesmo sob reserva, por considerarem que já se havia formado uma decisão (tácita) de aprovação da concentração”* (cfr. alegações finais apresentadas pelas AA). Este procedimento é suficiente para afastar a existência de qualquer aceitação tácita, uma vez que expressa reservas.

Termos em que, se julga improcedente esta exceção.

*

Não há mais nulidades, exceções ou questões prévias que obstem ao conhecimento do mérito da causa.

Questões decidendas:

- a) Verificação ou não disposto no art. 50º/4, da LdC;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.superviso@tribunais.org.pt

24. 1801
89

- b) Em caso afirmativo, efeitos e consequências do ato previsto no art. 50.º/4, da LdC.

Fundamentação de facto

*

Factos provados:

- 1) Em 20 de Dezembro de 2012, as AA celebraram um contrato do qual resulta a aquisição, pela Controlinveste, pela ZON e pela PT, do controlo conjunto das sociedades Sport TV Portugal, S.A., Sportinveste Multimédia, SGPS, S.A. e P.P.TV – Publicidade de Portugal e Televisão, S.A, em diante “operação de concentração” [*alegado no artigo 20.º da Petição Inicial*].
- 2) Em 28 de janeiro de 2013, as AA apresentaram junto da AdC uma notificação da operação de concentração que consiste na aquisição, pela Controlinveste, pela ZON e pela PT, do controlo conjunto das sociedades Sport TV Portugal, S.A., Sportinveste Multimédia, SGPS, S.A. e P.P.TV – Publicidade de Portugal e Televisão, S.A, em diante “operação de concentração” [*alegado nos artigos 5.º e 21.º da Petição Inicial*].
- 3) A operação de concentração foi autuada com o número de processo Ccent n.º 4/2013 – Controlinveste*ZON*PT/Sport TV*PPTV*Sportinveste” [*alegado nos artigos 6.º e 21.º da Petição Inicial*].
- 4) A notificação apresentada produziu efeitos em 6 de março de 2013.
- 5) Em 15 de março de 2013, a AdC solicitou pareceres à Entidade Reguladora para a Comunicação Social (“ERC”) e ao ICP – Autoridade Nacional de Comunicações, fixando a ambos o prazo de 25 (vinte e



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

1802
27

cinco) dias úteis, ou seja, até 22.04.2013, para se pronunciarem sobre a operação notificada [*alegado no artigo 23.º da Petição Inicial*].

- 6) Em 21 de março de 2013, a AdC comunicou às Notificantes que "*a Autoridade solicitou parecer à Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC)*" e que, "*sendo o parecer prévio vinculativo quando negativo, não pode o procedimento administrativo prosseguir sem a sua emissão, pelo que o pedido de parecer suspende, nos termos dos n.ºs 2 e 3 do artigo 55.º da Lei n.º da Concorrência, o prazo de instrução (...). O prazo de instrução deixará de estar suspenso no dia da receção do parecer solicitado pela Autoridade da Concorrência, contando-se o prazo a partir do dia útil seguinte*" [*alegado no artigo 24.º da Petição Inicial*];
- 7) Em 24 de abril de 2013 a ERC dirigiu à AdC o ofício n.º 2200/ERC/2013, no qual refere: "*(...) Face às dificuldades implicadas na apreciação por esta Entidade Reguladora da operação de concentração à margem referenciada e perante a necessidade de colher informações adicionais sobre a mesma, vimos por este meio solicitar a V. Ex.ª se digne, sem prejuízo do prazo geral de pronúncia da AdC, conceder a esta Entidade o prazo suplementar de vinte dias para emissão do parecer previsto no âmbito das suas competências regulatórias*" [*alegado no artigo 26.º da Petição Inicial e no artigo 15º da contestação*].
- 8) O pedido foi recebido pela AdC a 26 de Abril de 2013 [*alegado no artigo 27.º da Petição Inicial*].
- 9) Em 30.04.2013, a AdC dirigiu à ERC a seguinte resposta: "*Tendo dado entrada nesta Autoridade a notificação prévia de uma operação de concentração, que consiste na aquisição pela Controlinveste Media, SGPS, S.A, pela Zon Multimédia, Serviços de Telecomunicações e*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.superviso@tribunais.org.pt

78. 1803
SP

[Handwritten signature]

Multimédia, SGPS, S.A. e pela Portugal Telecom, SGPS, S.A., do controlo conjunto das sociedades Sport TV Portugal, S.A., Sportinveste Multimédia, SGPS, S.A. e P.P.TV – Publicidade de Portugal e Televisão, S.A., solicitou-se a 15 de março de 2013, o parecer da ERC- Entidade Reguladora para a Comunicação Social, enquanto entidade reguladora do setor, nos termos previstos no n.º 1 do artigo 55º da Lei nº 19/2012, de 8 de maio, que aprova a Lei da Concorrência. Com base nas dificuldades implicadas na apreciação da operação de concentração e na necessidade de recolher informações adicionais, solicitou a ERC à Autoridade da Concorrência, a 26 de abril de 2013, uma prorrogação do prazo para emissão do parecer de 20 (vinte) dias úteis. Tendo em conta os fundamentos apresentados, e ponderada a complexidade da análise da operação de concentração, considera a Autoridade da Concorrência razoável que o prazo fixado seja prorrogado por 20 (vinte) dias úteis, nos termos e para os efeitos do estabelecido nos n.ºs 1, 2 e 3 do artigo 55º, da Lei da Concorrência.” [alegado no artigo 28.º da Petição Inicial e no artigo 17º da contestação].

- 10) Em 2 de Maio de 2013 a AdC enviou às AA um fax com o seguinte conteúdo: “A 15 de março de 2013, a Autoridade solicitou parecer à ERC – Entidade Reguladora para a Comunicação Social no âmbito da operação de concentração em referência, nos termos e para os efeitos do artigo 55º da Lei nº 19/2012, de 8 de maio (Lei da Concorrência), tendo indicado, para o efeito, um prazo de 25 (vinte e cinco) dias úteis. Com base nas dificuldades implicadas na apreciação da operação de concentração e na necessidade de recolher informações adicionais, a ERC solicitou à Autoridade da Concorrência, a 26 de abril de 2013, uma prorrogação do prazo para emissão do parecer de 20 (vinte) dias



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

1804
JP
EP
CQ

úteis, a acrescer ao prazo previamente indicado. Comunica-se a V. Exa. que, tendo em conta os fundamentos apresentados e ponderada a complexidade da análise inerente à operação de concentração, o prazo fixado para a emissão do parecer da ERC – Entidade Reguladora para a Comunicação Social foi prorrogado por 20 dias úteis que acrescem ao prazo anteriormente fixado a 15 de março de 2013. Mais se comunica que, sendo o parecer prévio vinculativo quanto negativo, não pode o procedimento administrativo prosseguir sem a sua emissão, pelo que o prazo de instrução, suspenso na sequência do pedido de parecer, continua suspenso, nos termos dos n.ºs 2 e 3 do artigo 55.º da Lei da Concorrência. O prazo de instrução deixará de estar suspenso no dia da receção do parecer solicitado pela Autoridade da Concorrência, contando-se o prazo de instrução a partir do dia útil seguinte” [alegado nos artigos 29º e 30.º da Petição Inicial e 18º da contestação].

- 11) Em 28 de maio de 2013, as AA informaram a AdC, por correio eletrónico, que entendiam que o prazo de instrução da operação terminou em 27 de maio de 2013, pelo que se tinha operado, *ope legis*, a autorização tácita da operação notificada [alegado no artigo 33.º da Petição Inicial].
- 12) No mesmo dia 28 de maio de 2013, o Diretor Adjunto do Departamento de Controlo de Concentrações informou as AA, também por correio eletrónico, de que não acompanhava aquele seu entendimento quanto à formação da decisão tácita e que a instrução se encontrava (apenas) no 11º dia útil de prazo [alegado no artigo 34.º da Petição Inicial].
- 13) Na mesma comunicação, foi ainda referido que “*continua a ser aplicável a proibição de realização da operação notificada antes de decisão da Autoridade da Concorrência, expressa ou tácita, de não*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

1805
1805
1805

oposição, nos termos previstos no n.º 1 do artigo 40.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio” [alegado no artigo 35.º da Petição Inicial].

- 14) Em 28 de maio de 2013, a ERC enviou à AdC, por fax, o ofício n.º 3163/ERC/2013, com o seguinte conteúdo: *“Dando resposta ao solicitado no V/ ofício supra referenciado, encarrega-me o Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social de remeter a essa Autoridade a versão confidencial da Deliberação 140/2013 (Parecer), relativa ao assunto identificado em epígrafe, e adotada na sua reunião de 28 de maio de 2013” [alegado no artigo 36.º da Petição Inicial].*
- 15) Em anexo ao ofício n.º 3163/ERC/2013 é remetido o conteúdo integral da Deliberação 140/2013 [alegado no artigo 37.º da Petição Inicial].
- 16) Em 29 de maio de 2013, a ERC notificou à AdC o ofício n.º 3266/ERC/2013, no qual já se refere o seguinte: *“Na sequência do anterior envio da versão confidencial relativa ao projeto de parecer da ERC no procedimento à margem referenciado (operação de aquisição de controle conjunto da da “Sport TV Portugal, SA, da “P.P. TV – Publicidade de Portugal e Televisão, SA.” E da “Sportinveste Multimédia, SGPS, SA” pelas empresas “Controlinveste Media, SGPS, SA”, Zon Multimédia, Serviços de Telecomunicações” e Multimédia, SGPS, SA” e “Portugal Telecom, SGPS, SA”), junto enviamos agora a versão não confidencial no mesmo projeto”. Aproveitamos ainda para informar que a versão confidencial foi também notificada ao representante comum das Notificantes, encontrando-se a correr o prazo de audiência prévia.” [alegado no artigo 32.º da Petição Inicial].*
- 17) Em 29 de maio de 2013, a ERC notificou as aqui AA do ofício n.º 3265/ERC/2013, no qual se lê: *“Na qualidade de representante comum das Notificantes no procedimento à margem referenciado, e ao abrigo*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

1806
4

[Handwritten signature]

do disposto no ponto 1.2.4, alínea c) (extensivamente interpretado), do formulário de notificação, junto enviamos – para efeitos de exercício direito de audiência prévia, no prazo máximo de dez dias, nos termos dos artigos 100.º e 101.º, do Código do Procedimento Administrativo – a versão confidencial do projeto de parecer desta Entidade, relativo à operação de aquisição de controle conjunto da “Sport TV Portugal, SA, da “P.P. TV – Publicidade de Portugal e Televisão, SA.” E da “Sportinveste Multimédia, SGPS, SA” pelas empresas “Controlinveste Media, SGPS, SA”, Zon Multimédia, Serviços de Telecomunicações” e Multimédia, SGPS, SA” e “Portugal Telecom, SGPS, SA” [alegado no artigo 39.º da Petição Inicial].

- 18) Em 14 de Junho de 2013, as AA entregaram à ERC a sua resposta ao ofício n.º 3265/ERC/2013 [alegado no artigo 40.º da Petição Inicial].
- 19) Na resposta fornecida à ERC, as AA referiram expressamente o seguinte: “1. O procedimento de apreciação da operação de concentração relativa à aquisição de controlo conjunto da Sport TV Portugal, S.A. (“Sport TV”), da P.P. TV – Publicidade de Portugal e Televisão, S.A. (“PPTV”) e da Sportinveste Multimédia, SGPS, S.A. (“SIMM”) pelas empresas Notificantes, que correu termos junto da Autoridade da Concorrência e no âmbito do qual foi solicitada a pronúncia da ERC, encontra-se concluído, desde 27 de maio de 2013, nos termos dos artigos 49º, nº1, 55º, nº2 e nº4, e 50º, nº4, todos da Lei nº19/2012, de 8 de Maio (LDC). 2. Não obstante, no estrito quadro de um dever genérico de colaboração com a administração – e sob reserva expressa da referida produção ope legis de uma decisão tácita de não oposição da operação em apreço, que se considera definitiva para todos os efeitos legais, e nessa medida, sem reconhecer qualquer utilidade ou oportunidade à presente audiência prévia –, as



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

1807
SP

Notificantes analisaram o Projeto recebido e expõem seguidamente as suas observações e comentários.” [alegado no artigo 41.º da Petição Inicial].

- 20) Em 25 de Junho a ERC notificou às AA o ofício n.º 3671/ERC/2013, através do qual é enviado “a versão final e confidencial da Deliberação 140/2013 (Parecer), (...) adotada na sua reunião de 19 de junho de 2013” [alegado no artigo 42.º da Petição Inicial].
- 21) No parecer da ERC, junto a fls. 3902 a 3912 da certidão de documentos confidenciais apensada aos presentes autos e cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido, constava, entre o mais, o seguinte: “Destacando que a operação em causa, em si mesma considerada, enquanto simples operação de aquisição de participações sociais por parte de operadores de distribuição no capital de um operador de televisão, não é de molde a alterar de forma significativa ou negativa, as condições atuais de funcionamento do mercado, sendo certo que se assiste até a uma dispersão do respetivo capital (...) Salientando, todavia que as cláusulas de não concorrência, integrantes do acordo parassocial (...) violam a Lei da Concorrência, não se encontram devidamente justificadas (...) O Conselho Regulador da ERC manifesta a sua não oposição ao projeto de operação notificado desde que sejam reformuladas as cláusulas confidenciais de não concorrência constantes do Acordo Parassocial subscrito pelas Notificantes” [artigo 24º da contestação].
- 22) Pela Conselheira Raquel Alexandra Castro foi lavrada uma declaração de voto no mencionado parecer da ERC, com o seguinte teor: “[f]ace à recusa em alterar o acordo parassocial manifestada pelas notificantes em sede de audiência prévia, declaro que votei a favor da formulação expressa neste parecer na plena convicção de que, através do sentido



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

4. 1808/20
[Signature]

expresso, o Conselho Regulador está a emitir um parecer negativo condicionado sobre o atual projeto de operação de concentração notificado, fazendo depender a emissão de um parecer positivo da reformulação da cláusula controvertida nos precisos termos exigidos por este parecer. Cumpre-me ainda reforçar, em coerência com o que venho sustentando nos planos académico e científico, a relevância das atribuições da ERC em matéria de defesa do pluralismo, conferidas direta e expressamente pela Constituição e pela lei, revelando-se a nossa ordem jurídica especialmente cautelosa na distribuição de tarefas que faz entre a ERC e a Autoridade da Concorrência. Com efeito, da análise dos preceitos constitucionais e legais pertinentes decorre a submissão da propriedade e da liberdade de iniciativa privada no setor da Comunicação Social a um especial enquadramento constitucional que reclama uma maior intensidade regulatória e critérios específicos de intervenção do Estado que superam largamente os quadros jurídicos de defesa da concorrência. Tal afirmação não preclui todavia a verificação de situações em que a violação das regras de concorrência seja indiferente ao princípio constitucional do pluralismo, ou em que, pelo contrário, a violação de regras do direito constitucional da comunicação não implique a afetação dos bens salvaguardados pelas regras da concorrência” [artigo 25º da contestação].

- 23) Em 11 de Junho de 2013, a AdC notificou às AA um pedido de elementos, a fornecer no prazo de 10 dias *[alegado no artigo 43.º da Petição Inicial]*.
- 24) Em 14 de Junho de 2013, a AdC notificou às AA um novo pedido de elementos, a fornecer no prazo de 10 dias *[alegado no artigo 44.º da Petição Inicial]*:



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

1809
29

- 25) As AA formularam pedidos de prorrogação do prazo concedido para responder aos mencionados pedidos de elementos [*alegado no artigo 45.º da Petição Inicial*].
- 26) No ofício, datado de 2 de Julho de 2013, que deferiu o primeiro pedido de prorrogação formulado pelas AA, a AdC afirma que: *“não decorreu ainda o prazo de 30 dias úteis previsto no n.º 1 do artigo 49.º da Lei da Concorrência” e que, “Assim, sublinha-se que continua a ser aplicável a proibição de realização da operação notificada, antes de decisão da Autoridade da Concorrência, expressa ou tácita, de não oposição, nos termos previstos no n.º 1 do artigo 40.º da mesma Lei, a qual, se violada, será passível das seguintes cominações legais: (i) depender a validade de qualquer negócio jurídico celebrado em desrespeito pela mesma Lei, da autorização da Autoridade da Concorrência; (ii) poder ser objeto de procedimento oficioso, nos termos do artigo 56.º da mesma Lei; (iii) poder, também, ser objeto de processo de contraordenação, ao abrigo do artigo 58.º da Lei da Concorrência; (iv) ser passível de aplicação da sanção prevista, no artigo 68.º, n.º 1, al. f) da Lei da Concorrência (a qual não pode exceder 10% do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela AdC, por cada uma das empresas infratoras); (v) e, da possibilidade de lhe serem adotadas todas as medidas previstas no n.º 4 do artigo 56.º da Lei da Concorrência, designadamente todas as medidas necessárias para restabelecer, tanto quanto possível a situação que existia antes da concentração de empresas, nomeadamente a separação das empresas ou dos ativos agrupados, incluindo a reversão da operação, ou a cessação de controlo”* [*alegado no artigo 46.º da Petição Inicial*].



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola:Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 . Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Handwritten notes and signatures in the top right corner, including the date "18/10" and a signature.

- 27) A resposta das AA aos pedidos de elementos de 11 e 14 de Junho de 2013 foi entregue à AdC em 22 de Julho de 2013 [*alegado no artigo 47.º da Petição Inicial*].
- 28) Nessa resposta, as AA fazem notar que: *“1. Tal como já foi anteriormente indicado por correio eletrónico, datado de 28 de Maio de 2013, e referido em reunião realizada na AdC, o procedimento de apreciação da operação de concentração relativa à aquisição de controlo conjunto da Sport TV Portugal, S.A. (“Sport TV”), da P.P. TV – Publicidade de Portugal e Televisão, SA (“PPTV”) e da Sportinveste Multimédia, SGPS, SA (“SIMM”) pelas empresas Notificantes, que correu termos junto da Autoridade da Concorrência, encontra-se concluído, desde 27 de maio de 2013, nos termos do artigo 49º, nº1, do artigo 55º, nº2 e nº4, e do artigo 50º, nº4, da Lei nº19/2012. (...) 9. Não obstante, no estrito quadro de um dever genérico de colaboração com a administração – e sob reserva expressa da referida produção ope legis de uma decisão de não oposição da operação em referência, que se considera definitiva para todos os efeitos legais, e nessa medida, sem reconhecer qualquer utilidade ou oportunidade à diligência de recolha de informações no quadro em que é solicitada – as Notificantes vêm transmitir à AdC as informações e elementos requeridos.”* [*alegado no artigo 48.º da Petição Inicial*].
- 29) Em 30 de Julho de 2013 a AdC notificou às AA. o *“projeto de decisão de passagem a investigação aprofundada”*, concedendo-lhes um prazo de *“12 (doze) dias úteis para se pronunciarem, querendo, sobre o conteúdo do Projeto de Decisão”* [*alegado no artigo 49.º da Petição Inicial*].



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

1811
59
[Handwritten signature and initials]

- 30) Em 16 de Agosto de 2013 as AA apresentaram, na AdC, a sua pronúncia sobre o projeto de decisão [*alegado no artigo 50.º da Petição Inicial*].
- 31) Nessa pronúncia (de 16 de Agosto de 2013), as AA expressaram ser a mesma apresentada no estrito quadro de um dever genérico de colaboração com a administração – e sob reserva expressa da referida produção *ope legis* de uma decisão tácita de não oposição da operação em apreço, que se considera definitiva para todos os efeitos legais e, nessa medida, sem reconhecer qualquer utilidade ou oportunidade à dita audiência prévia [*alegado no artigo 51.º da Petição Inicial*].
- 32) Em 22 de Agosto de 2013 a AdC adotou uma decisão de passagem a investigação aprofundada, por entender que a operação de concentração, face aos elementos recolhidos, é suscetível de criar entraves significativos à concorrência nos mercados relevantes em causa [*alegado no artigo 48.º da Petição Inicial*].
- 33) Nessa decisão (de 22 de Agosto de 2013), a AdC refuta a produção de decisão tácita de não oposição em 28 de Maio de 2013 (em especial nos parágrafos 680 a 688 e 699 a 714), afirmando que “*Continuam, assim, em curso, os termos legais do procedimento de concentração relativo à operação em referência, encontrando-se as Notificantes impedidas, nos termos do n.º 1 do artigo 40.º da Lei da Concorrência, de realizar a operação de concentração*” [*alegado no artigo 48.º da Petição Inicial*].

*

Factos não provados:

Não há factos não provados com relevo para a decisão da causa.

*

Tudo o mais que tenha sido alegado e não conste nos factos provados e não provados é matéria de direito, de natureza irrelevante ou conclusiva.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

1812
sep
1

*

Motivação:

Os factos provados estão documentados na certidão de documentos não confidenciais e confidenciais que está apensada aos presentes autos e cuja conformidade com os originais e autenticidade e veracidade destes não foram impugnadas. Acresce que com exceção dos pontos que se irão assinalar, AA e Ré estão de acordo quanto aos factos elencados.

Assim, os pontos discordantes são: (i) pontos 7) e 8), constando a fls. 3748 dos documentos não confidenciais, que o ofício da ERC data de 24.04.2013, tendo sido recebido pela AdC em 26.04.2013; (ii) e ponto 9), constando a fls. 3869 e 3870 da certidão de documentos não confidenciais, que a resposta da ARC foi remetida à ERC no dia 30.04.2013.

Fundamentação de direito

Analisemos a primeira questão – verificação ou não do disposto no art. 50º/4, da LdC –, impondo-se um breve enquadramento geral do procedimento de controlo de concentrações, previsto e regulado pela LdC, na medida do estritamente necessário à decisão.

Assim, efetuada a notificação prévia à AdC de uma operação de concentração nos termos previstos no art. 44º, da LdC, e sendo a mesma plenamente eficaz, em conformidade com o art. 45º, do mesmo diploma legal, a AdC dispõe do prazo de trinta dias úteis, contados da data de produção de efeitos da notificação, para concluir a instrução do procedimento – art. 49º/1, da LdC.

Esse procedimento pode terminar com uma de várias decisões possíveis, nomeadamente aquelas que estão plasmadas no art. 50º/1, da LdC, e que são as seguintes: (i) não se encontrar a operação abrangida pelo procedimento de controlo de operações; (i) uma decisão de não oposição, que pode ser simples ou



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

1813
EP
Handwritten signature and initials

acompanhada de condições e obrigações (cfr. art. 50º/2, da LdC); ou (ii) uma decisão de dar início a uma investigação aprofundada. Pode também suceder, conforme salienta Carolina Cunha, que “uma Autoridade Reguladora Setorial chamada a pronunciar-se nos termos do artigo 55º dê *parecer negativo* à operação notificada; se o parecer tiver carácter vinculativo, o seu cumprimento poderá conduzir a AdC a adotar uma decisão de oposição à operação, de modo a proteger o interesse público”¹⁵, pois “não faria qualquer sentido avançar para a segunda fase”¹⁶. Caso contrário, a AdC apenas poderá proferir uma decisão de proibição após uma investigação aprofundada, cujo prazo máximo de conclusão é de 90 dias – cfr. arts. 52º/1 e 53º/1, al b), ambos da LdC.

Preceitua ainda o art. 50º/4, da LC, que a ausência de encerramento da instrução no referido prazo de trinta dias vale como decisão de não oposição à realização da operação de concentração.

Este prazo de trinta dias úteis pode sofrer suspensões, nomeadamente quando uma concentração de empresas tem incidência num mercado que seja objeto de regulação setorial e a AdC solicita à respetiva autoridade reguladora, a emissão de parecer sobre a operação notificada, sendo esse parecer obrigatório e vinculativo – cfr. art. 55º/1 e 2, da LdC.

É o que sucede nomeadamente quando estão em causa operações de concentração entre operadores de televisão, que, por força do art. 4º-B/2, da Lei da Televisão (LT)¹⁷, *são submetidas a parecer prévio da Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC), o qual só é vinculativo quando se verifique existir fundado risco para a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião, ou seja, se for negativo.*

¹⁵ Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense, 2013, Almedina, pág. 522.

¹⁶ Pedro Gonçalves, *apud* Carolina Cunha, ob. cit., nota de rodapé nº 4, pág. 522.

¹⁷ Aprovada pela Lei nº 27/2007, de 30.07, alterada pela Lei nº 8/2011, de 11.04, e pela Lei nº 40/2014, de 09.07.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

18/14
EP
[Handwritten signature]

A intervenção da ERC destina-se, assim, a garantir a atribuição prevista no art. 8º/al b), dos seus Estatutos, aprovados pela Lei nº 53/2005, de 08.11, que consiste especificamente em *velar pela não concentração da titularidade das entidades que prosseguem atividades de comunicação social com vista à salvaguarda do pluralismo e da diversidade*. Trata-se de uma missão com tutela constitucional – cfr. art. 38º/4 e 39º/1, als b) e f), ambos da CRP.

Pese embora se trate de um parecer com vinculatividade “unidirecional”¹⁸, concorda-se com a AdC no sentido de é a “*vinculatividade potencial do parecer*” que “*confere o efeito suspensivo ao prazo de decisão da AdC enquanto decorre o prazo atribuído ao Regulador Setorial*”, pois “*a AdC não saberá se o parecer é negativo e, portanto, vinculativo, antes de o mesmo ser recebido*”. Efetivamente, aceitar-se o entendimento contrário, conforme propõe Paulo Otero no parecer junto aos autos, afetaria a gestão do prazo de conclusão da instrução previsto no art. 49º/1, da LdC, e poderia inclusive inviabilizar a emissão do parecer antes de decorrido esse prazo. Ora, se é certo que o procedimento de controlo de concentrações implica uma restrição de uma liberdade fundamental das empresas notificantes, designadamente a liberdade de iniciativa económica (cfr. art. 61º/1, da CRP), a verdade também é que a formalidade em causa, no que respeita especificamente ao parecer da ERC, se destina a tutelar direitos de igual dignidade constitucional. Não se pode, por conseguinte, adotar um critério de interpretação da lei que se ancore apenas na defesa das liberdades e direitos fundamentais das empresas notificantes, tanto mais que estes direitos encontram tutela suficiente nas soluções previstas nos arts. 50º/4 e 53º/4, ambos da LdC.

Por conseguinte, também nestes casos de vinculatividade unidirecional, a suspensão inicia-se no primeiro dia útil seguinte ao do envio do pedido de parecer e termina no dia da sua receção pela AdC ou findo o prazo definido pela AdC – cfr. art. 55º/3, da LdC. Decorrido este prazo sem a emissão do parecer vinculativo, a

¹⁸ Maria Manuel Leitão Marques e Vital Moreira, Lei da Concorrência ..., pág. 566.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Handwritten signature and date 18/5/20

AdC pode tomar uma decisão que ponha fim ao procedimento de instrução – cfr. art. 55º/4, da LdC.

No que respeita ao prazo para a emissão do parecer, estipula o art. 55º/1, da LdC que compete à AdC fixar um prazo razoável para o efeito. Nada nos permite concluir que este prazo não possa ser superior a trinta dias. É certo que é este o prazo supletivo que está previsto no art. 99º/2, do CPA, para a emissão de pareceres no âmbito de um procedimento administrativo. É certo também que é igualmente de trinta dias o prazo para a AdC concluir a instrução do procedimento (cfr. art. 49º/1, da LdC). Contudo, é sabido, porque está legalmente consagrado (cfr. art. 9º/3, do Código Civil (CC), que *na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados*. Ora, sendo do conhecimento do legislador esses prazos, considera-se evidente que com a adoção singela da fórmula “razoável” pretendeu-se afastar qualquer limite temporal específico. E daqui não deriva uma antinomia insustentável com os normativos referidos. Efetivamente, o art. 99º/2, do CPA, permite a fixação, fundamentada, de um prazo diferente. Quanto ao prazo que a AdC dispõe para concluir a instrução do procedimento, é importante recordar que a AdC apenas pode emitir, na fase de instrução, uma decisão de oposição com base num parecer vinculativo em sentido negativo. Isto é demonstrativo de que não se pode equiparar a natureza da atividade que é exigível que a AdC empreenda nesse prazo de trinta dias com a atividade que uma entidade reguladora setorial poderá ter de desenvolver para emitir um parecer que, sendo negativo, irá conduzir a uma decisão que a AdC, sem esse parecer, apenas estaria habilitada a proferir após uma investigação aprofundada, sujeita a um prazo máximo de 90 dias úteis (cfr. art. 52º/1, da LdC).

Dir-se-á, então, que nestes casos o pedido de parecer deveria ser efetuado ou apenas seria obrigatório na fase de investigação aprofundada. Considera-se que não.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

1816
14/

É certo que o teor do art. 55º/1, da LdC, não esclarece a questão¹⁹. Contudo, tratando-se de um parecer vinculativo caso seja negativo, entende-se que essa obrigatoriedade de consulta se impõe, desde logo, na primeira fase do procedimento, pois o teor do parecer poderá ditar uma decisão final de oposição nessa fase inicial de instrução, não fazendo sentido, nesse caso, prosseguir para a fase de investigação aprofundada.

Considera-se, assim, que não existe qualquer limite temporal específico.

Traçado, em termos gerais, o complexo de normas a aplicar, a questão concreta que se impõe decidir é se a AdC pode, após o momento inicial de fixação do prazo, modificá-lo e em que termos.

A resposta a esta questão pressupõe a existência de um fundamento legal, uma vez que a AdC, no procedimento de controlo de operações, está sujeita ao princípio da legalidade consagrado no art. 3º/1, do CPA, *ex vi* art. 42º, da LdC. Princípio este que, na sua conceção atual e com plena expressão no citado preceito, se traduz no seguinte: “os órgãos e agentes da Administração pública só podem agir com fundamento na lei e dentro dos limites por ela impostos”²⁰. Isto significa, entre o mais, que “não há poder livre de a Administração fazer o que bem entender, salvo quando a lei lho proibir; pelo contrário, vigora a regra de que a Administração só pode fazer aquilo que a lei lhe permitir que faça”²¹. Isto mesmo é válido quando está em causa a atividade discricionária da Administração. Efetivamente, também neste plano não se pode falar em liberdade, mas num “poder-dever jurídico”²², em que a “lei não dá ao órgão administrativo competente liberdade para escolher qualquer solução que respeite o fim da norma, antes o obriga a procurar a melhor solução para a satisfação do interesse público de acordo com princípios jurídicos de atuação”²³.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Diogo Freitas do Amaral, Curso de Direito Administrativo, Vol. II, 2007, pág. 42.

²¹ *Ibidem*, pág. 43.

²² *Ibidem*, pág. 82.

²³ *Ibidem*, pág. 82.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

18H
18H
18H

Rejeita-se, assim, o entendimento da AdC no sentido de que “o procedimento de controlo das concentrações não é regido, em todos os aspetos da sua tramitação, por normas expressamente previstas na LdC, admitindo-se aqui uma faculdade de conformação do procedimento, de acordo com critérios de razoabilidade e de ponderação casuística dos interesses em causa”. Atentos os parâmetros enunciados é manifesto que essa faculdade de conformação apenas existe se for sustentada numa base legal.

Esclarecida esta questão, considera-se ainda assim que a AdC pode modificar o prazo fixado com fundamento legal no próprio art. 55º/1, da LdC. Vejamos.

O art. 55º/1, da LdC, numa interpretação com o mínimo de correspondência com a letra da lei e em plena consonância com a teleologia do preceito, cumpre-se com dois requisitos essenciais: (i) a razoabilidade do período de tempo concedido à entidade reguladora setorial; (ii) e que esse período de tempo seja contínuo, ou seja, sem hiatos temporais. Verificados estes dois requisitos teremos um prazo razoável, que, nos casos já indicados, suspende o prazo de encerramento da instrução desde o início do pedido até à receção do parecer ou até ao termo do prazo.

A situação descrita ocorre, desde logo, quando a AdC modifica o prazo ainda no decurso do mesmo, designadamente através da sua prorrogação em sentido mais estrito.

Contudo, a solução adotada no caso pela AdC também é de molde a incluir-se no quadro legal supra traçado. Efetivamente, 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.

Dir-se-á, conforme resulta do parecer elaborado por Mário Aroso de Almeida, que a AdC não podia ter criado esse período temporal sem hiatos após ter terminado a primeira fração de tempo fixada, uma vez que o fim deste prazo retirou-lhe a necessária habilitação legal para interferir com o prazo razoável suscetível de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.superviso@tribunais.org.pt

1818/59
[Handwritten signature and initials]

ter os efeitos suspensivos previstos no art. 55º/2, da LdC, tanto mais que o termo do prazo produziu automaticamente o efeito previsto no art. 55º/4, da LdC. Não se partilha este entendimento, pois a base legal de suporte de toda a atuação da AdC nesta matéria é a razoabilidade do prazo fixado. O que significa que a habilitação legal da AdC para interferir no prazo a que alude o art. 55º/1 e 2, da LdC, vai até onde essa razoabilidade permitir, acolhendo todas as extensões temporais que ainda possam ser reconduzidas ao conceito de prazo razoável.

Dir-se-á ainda que a AdC atribuiu efeitos retroativos a este ato, o que lhe era vedado por força do art. 128º, do CPA. Sucede que o ato de fixação do prazo não é um ato administrativo nos termos e para os efeitos do art. 120º, do CPA, porquanto lhe falta a componente decisória. Efetivamente, por força deste preceito, os atos administrativos propriamente ditos são apenas os atos decisórios em sentido estrito, ou seja, não estão incluídos neste conceito “todos os atos jurídicos praticados no exercício de um poder administrativo e que visem produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta”²⁴, mas apenas as “condutas administrativas suscetíveis de definir, por si sós, imediata ou potencialmente, a esfera jurídica dos particulares, ou, por outras palavras, condutas idóneas a “produzir uma transformação jurídica externa”²⁵. Por conseguinte, não se incluem no referido conceito os chamados atos instrumentais, isto é, aqueles “atos menores, não produtores de efeitos jurídicos diretos no ordenamento geral. Muito embora tenham autonomia funcional, e por isso não se reduzam a simples elementos de um ato, os seus efeitos só se manifestam através da influência que exercem sobre um ato [ato administrativo] de que são pressuposto (...)”²⁶. Ora, é justamente o caso do ato de fixação do prazo previsto no art. 55º/1, da LdC, pois, em si mesmo, não produz qualquer transformação jurídica externa ao procedimento de controlo, estando os seus efeitos limitados à influência que exerce sobre a decisão da AdC relativa à

²⁴ *Ibidem*, pág. 222.

²⁵ *Ibidem*, pág. 223.

²⁶ Rogério Soares, *apud* Freitas do Amaral, ob. cit., pág. 224.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

18/9
JP
[Signature]

operação de concentração. Por conseguinte, o regime previsto no art. 128º, do CPA, não é impeditivo da eficácia retroativa fixada pela AdC. Em contrapartida, essa eficácia retroativa encontra a necessária habilitação legal no conceito de prazo razoável, que, conforme se referiu, habilita a AdC a efetuar as extensões de prazo que ainda possam ser acolhidas pelo critério da razoabilidade.

Dir-se-á ainda que o procedimento adotado pela AdC tem um objeto impossível, no plano mais básico da sua possibilidade real, assenta numa fraude à lei ou supõe uma ficção insustentável, porquanto fixar um prazo significa dar tempo e não se pode fazer uso de um tempo que já passou. Não se concorda, pois não se pode excluir como razoável – antes pelo contrário – que os escassos dias que mediam entre o termo do primeiro período temporal e a decisão de concessão de um período de tempo mais alargado não foram utilizados para a prática do ato em questão, tanto mais que há um pedido da ERC revelador do interesse na apresentação do parecer. É de salientar, quanto a este pedido, que o facto desta entidade ter referido “*sem prejuízo do prazo geral de pronúncia da AdC*” não afasta naturalmente o entendimento que aqui se sustenta, pois essa expressão apenas expressa uma interpretação legal à qual nem a AdC, nem o Tribunal, estão vinculados.

Conclui-se, assim, que a AdC tem habilitação legal, no próprio art. 55º/1, da LdC, para modificar o período de tempo inicialmente fixado à entidade reguladora setorial, mesmos após o termo da fração inicial e com efeitos retroativos (excluída que está, em concreto, a impossibilidade do ato e eventual fraude à lei), desde que, no seu cômputo geral, o prazo respeite o critério da razoabilidade previsto no art. 55º/1, da LdC. Em suma, o que importa é a razoabilidade do período de tempo concedido pela AdC à entidade reguladora setorial.

Na aferição em concreto deste pressuposto (razoabilidade do prazo) há que entrar em linha de conta, por um lado, com a natureza do ato e, por outro lado, com os ónus de alegação e de prova associados.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

1820
28

[Handwritten signature]

Assim, no que respeita à natureza do ato, vamos equacionar as duas soluções plausíveis de direito e que são as seguintes: (i) o ato de fixação do “prazo razoável”, a que alude o art. 55º/1, da LdC, consiste num ato vinculado de interpretação de um conceito indeterminado e de subsunção²⁷; (ii) o ato em questão insere-se na atividade discricionária da AdC.

Na primeira hipótese, o ato da AdC está sujeito a fiscalização judicial sem restrições, nos termos do art. 3º/1, 1ª parte, do CPTA, ou seja, é viável ao tribunal refazer a decisão administrativa²⁸. Contudo, quanto ao ónus de alegação e da prova, pese embora coubesse à AdC o ónus da prova dos pressupostos (jurídicos e factuais) do ato, competia às AA, em decorrência do princípio do dispositivo, articular os factos e as razões de direito que servem de fundamento ao pedido e que integram a causa de pedir²⁹ (cfr. arts. 5º/1, do Código de Processo Civil – CPC – *ex vi* art. 1º, do CPTA e art. 78º/2, al g), do CPTA). Ora, neste plano específico da razoabilidade, as AA nada alegaram, na petição inicial, que pudesse, no mínimo, pôr em dúvida a verificação deste requisito e dos pressupostos de facto nos quais assentou, o quê seria essencial para traçar os limites da sua pretensão e, consequentemente, da defesa apresentada pela AdC. É certo que se pronunciaram sobre este ponto nas alegações finais. Contudo, não se trata de um fundamento de conhecimento superveniente, que pudesse ser atendido ao abrigo do disposto no art. 91º/5, da LdC.

Por conseguinte, nesta primeira hipótese, não se podem considerar abalados os pressupostos nos quais assentou a decisão da ADC de aumentar o prazo concedido à ERC – designadamente necessidade de colher informações adicionais e a complexidade da análise da operação –, nem se pode considerar infirmado o juízo de razoabilidade que a mesma retirou desses pressupostos de facto. Consequentemente, conclui-se que a AdC tinha base legal para ter alargado o prazo

²⁷ Sobre esta questão e para mais desenvolvimentos veja-se Freitas do Amaral, ob. cit., pág. 105 e seguintes.

²⁸ Cfr. Freitas do Amaral, ob. cit., pág. 109.

²⁹ Carlos Alberto Fernandes Cadilha, “A prova em contencioso administrativo”, Cadernos de Justiça Administrativa nº 69, Maio/Junho, 2008, pág. 49.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Handwritten notes and signatures: "7P", "1821", and a large signature.

concedido à ERC para quarenta e cinco dias, com os efeitos previstos no art. 55º/2, da LdC, pelo que não se formou o ato de deferimento tácito previsto no art. 50º/4, da LdC.

Na segunda hipótese, a fiscalização judicial está limitada aos “casos de erro de facto, falta ou insuficiência de fundamentação (motivação), erro manifesto de apreciação, “compatibilidade da “vontade” ou do “juízo” decisórios com os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos e, sobretudo, com os princípios jurídicos fundamentais que regem a atividade administrativa (igualdade, imparcialidade, boa fé, segurança jurídica, proporcionalidade, racionalidade e razoabilidade)”³⁰. Neste âmbito, competia às AA alegar e provar os pressupostos de facto e jurídicos de uma das hipóteses enunciadas, o que não se verificou. Efetivamente, a arguida nada alegou quanto à existência de um erro de facto no juízo de razoabilidade efetuado pela AdC. Também não invocou a insuficiência de fundamentação, nem erro manifesto de apreciação. Quanto à compatibilidade do juízo de razoabilidade efetuado pela AdC com os seus direitos e liberdades fundamentais e com os demais princípios indicados, as AA convocam efetivamente os seus direitos e liberdades fundamentais e bem assim alguns dos princípios indicados, mas como critérios de interpretação das normas legais aplicáveis e não para concluir que o prazo de 45 dias fixado pela AdC é incompatível com esses direitos, liberdades e princípios.

Consequentemente, nesta segunda hipótese chega-se à mesma conclusão que se enunciou a propósito da hipótese de se tratar de um ato vinculado de interpretação e subsunção de um conceito indeterminado.

Conclui-se, assim, que não se formou um ato de deferimento tácito da operação de concentração, único fundamento invocado pela arguida para sustentar a nulidade dos demais atos praticados.

³⁰ Vieira de Andrade, “Os poderes de cognição e de decisão do juiz no quadro do atual processo administrativo de plena jurisdição”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 101, Setembro/Outubro de 2013, págs. 38.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.superviso@tribunais.org.pt

Por conseguinte, improcedem os pedidos formulados, não se mostrando necessário proceder à análise e decisão das demais questões identificadas, porquanto a sua apreciação ficou prejudicada – cfr. art. 95º/1, do CPTA.

Dispositivo

Em face de todo o exposto, julga-se a presente ação totalmente improcedente, absolvendo-se a Autoridade da Concorrência dos pedidos.

Custas: custas pelas AA, em partes iguais – cfr. arts. 527º/2 e 528º/1, ambos do CPC, *ex vi* art. 1º, do CPTA.

Valor da ação: trinta mil euros e um cêntimo (€ 30.000,01) – cfr. arts. 31º/1 e 4 e 32º/2, ambos do CPTA, e 306º/1 e 2, do CPC, *ex vi* art. 1º, do CPTA.

Registe e notifique, incluindo ao Ministério Público.

28.01.2015

(Marta Campos – Juiz Relatora)

(Sérgio Sousa – Juiz-Adjunto)

(Miguel Rosa – Juiz-Adjunto)