

**Conselho Regulador da
Entidade Reguladora para a Comunicação Social**



**Deliberação
2/OUT/2008**

ENTIDADE REGULADORA
PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

**Resposta à Autoridade da Concorrência sobre a manutenção do
entendimento da ERC constante da Deliberação 3/PAR-ER/2008
que adoptou o parecer sobre o Projecto de operação de
Concentração entre a CATVP-TV CABO PORTUGAL S.A. e
TVTEL, COMUNICAÇÕES S.A**

Lisboa

6 de Agosto de 2008

Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social

Deliberação 2/OUT/2008

Assunto: Resposta à Autoridade da Concorrência sobre a manutenção do entendimento da ERC constante da Deliberação 3/PAR-ER/2008 que adoptou o parecer sobre o Projecto de operação de Concentração entre a CATVP-TV CABO PORTUGAL S.A. e TVTEL, COMUNICAÇÕES S.A

I. Objecto do pedido

1.1. Na Deliberação 3/PAR-ER/2008, de 24 de Junho, o Conselho Regulador da ERC apreciou, a pedido da AdC, nos termos e para os efeitos do art. 39.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, o projecto de operação de concentração entre a CATVP-TV CABO PORTUGAL S.A. (doravante, “Zon” ou “Notificante”) e a TVTEL, COMUNICAÇÕES S.A.

Analisado o projecto de concentração, o Conselho Regulador defendeu que, “apesar de o mercado da TVTEL (...) ser de dimensão nacional, não se pode negligenciar o facto de na sua oferta haver um conjunto de serviços de programas cujos conteúdos reflectem realidades específicas, por um lado, e, por outro, uma alternativa a conteúdos que apenas existem em acesso condicionado na rede TV Cabo ou, embora dentro da mesma tipologia de serviços de programas, não conferem qualquer relevância à realidade nacional” (§46).

Confrontadas as ofertas de serviços de programas da Zon e da TVTEL, o Conselho Regulador constatou que os serviços de programas RNTV – Região Norte TV, Música Brasil, SCN Sport Canal e CLPTV – Canal de Língua Portuguesa apenas são distribuídos através da TVTEL.

Ora, dado que uma operação de concentração “deverá garantir o mesmo nível de diversidade e pluralismo externo, de forma a não comprometer a diversidade

programática que os dois operadores [a Zon e a TV Tel] asseguravam em separado” (§57), o Conselho Regulador entendeu emitir um Parecer de não oposição à operação de concentração desde que a Zon incorpore na sua oferta os quatro serviços de programas acima referidos ou outros serviços de conteúdo assimilável.

1.2. Perante o Parecer da ERC, a AdC, por ofício datado do dia 4 de Julho, solicitou à Zon que se pronunciasse sobre o mesmo, ao abrigo do art. 34.º, n.º 2, da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

1.3. Na sua resposta, datada de 18 de Julho de 2008, a Zon alega, por um lado, que o “Parecer da ERC se encontra inquinado de vícios vários, a saber: vício de violação de lei por erro de direito; vício de incompetência absoluta; vício de erro de facto e violação dos princípios da adequação e proporcionalidade; e falta de fundamentação, sendo, em conformidade, inválido.”

Por outro lado, a Zon alega que a sua oferta já integra serviços de programas “de conteúdo assimilável” aos referidos no Parecer da ERC, pelo que pretende ver-se dispensada da obrigatoriedade de os incorporar na sua oferta, deixando, no entanto, a garantia de que iria desenvolver esforços no sentido de os vir eventualmente a incluir.

1.4. Em sequência, a Autoridade da Concorrência, por ofício que deu entrada na ERC no passado dia 24 de Julho, vem solicitar informação ao Conselho Regulador sobre se a posição por si anteriormente manifestada no mencionado Parecer – no sentido de condicionar a operação de concentração à incorporação na oferta da ZON dos quatro serviços de programas acima referidos ou de serviços de programas de conteúdo assimilável – se encontra satisfeita em face da posição assumida pelo operador de distribuição.

II. Considerações quanto às invalidades invocadas pela ZON

Cumpra, antes do mais, responder de forma sumária às invalidades arguidas pela ZON, que esta já tinha invocado em ofício remetido à AdC em 16 de Maio de 2008,

questionando a pronúncia da ERC, e de que o Conselho Regulador tomou conhecimento através do ofício da AdC de 24 de Julho do corrente, acima mencionado.

2.1. Da Violação de Lei por erro de direito

A Zon começa por alegar que “a ERC ignorou os termos da Lei da Televisão, posto que considerou que a sua competência para apreciar a operação em causa se limitaria apenas a ‘analisar se a operação de concentração projectada será susceptível de afectar o pluralismo na sua dupla dimensão, interna e externa’ (§ 38 do Parecer da ERC)”. Entende a Zon que a “alegada competência da ERC não corresponde ao critério legal aplicável”, uma vez que a sua competência para se pronunciar sobre o projecto de concentração resulta no art. 4.º, n.º 2, da Lei n.º 32/2003, de 22 de Agosto, que determina 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”*. Sustenta a Zon que, “ainda que se possa admitir, sem conceder, que o pluralismo se traduza em dar expressão às diversas correntes de opinião, a verdade é que o critério (supostamente) legal relativamente ao qual a ERC entendeu ter que apreciar a operação notificada à AdC, tal como por ela referido, se refere à mera ‘susceptibilidade de afectação do pluralismo’. Porém, conforme decorre do acima exposto, os critérios legais relevantes são bem mais exigentes e vão para além da mera ‘susceptibilidade de afectação do pluralismo’: caberia à ERC avaliar a existência ou não, de ‘fundados riscos para a livre expressão’ e, cumulativamente, a existência ou não de fundados riscos para o ‘confronto de diversas correntes de opinião’, em resultado da concretização da operação de concentração.”

Contrariamente ao alegado pela Notificante, o Conselho Regulador da ERC analisou pormenorizadamente, e no âmbito das suas competências, a operação de concentração e avaliou os riscos que a mesma representava para a livre expressão e para o confronto das diversas correntes de opinião, nos termos e para os efeitos do art. 4.º, n.º 2, da Lei n.º 32/2003, de 22 de Agosto. Com efeito, dado que a televisão desempenha um papel

insubstituível na formação da opinião pública, enquanto mediador e veículo de informação, o Conselho entende que esse papel só se torna verdadeiramente efectivo se estiver garantida a expressão da *pluralidade* de correntes de opinião e de pensamento. Este entendimento é patente no trabalho de regulação e supervisão desenvolvido pela ERC e resulta, aliás, das competências que lhe são atribuídas pela Lei Fundamental e pelos seus Estatutos.

Na Deliberação em análise, o Conselho Regulador, ao avaliar a operação de concentração e os seus riscos, afasta-se da terminologia constante da Lei n.º 32/2003, de 22 de Agosto – diploma esse que habilita o seu Parecer e o torna vinculativo e obrigatório –, em benefício da expressão “pluralismo”, por ser esta a terminologia acolhida pela actual Lei da Televisão (cfr., nomeadamente, arts. 9.º, n.º 1, al. c), e 34.º, n.º 2, al. b)) e pelos Estatutos da ERC, aprovados pela Lei n.º 53/2005, de 8 de Novembro, doravante “EstERC” (cfr. arts. 7.º, al. a) e 8.º, al. e)).

Sendo esta a terminologia privilegiada pelo legislador, e que se afigura mais expressiva para a regulação do espaço mediático português, dificilmente se compreenderia que o Conselho Regulador ficasse “preso” à terminologia de um diploma que foi revogado pela actual Lei da Televisão (com excepção, precisamente, do art. 4.º, n.º 2).

Certo é, porém, que aquilo que for susceptível de afectar o pluralismo, na sua dupla dimensão interna e externa, comporta no seu âmago o risco inerente e fundado para a livre expressão e, sobretudo, para o confronto das diversas correntes de opinião. Como tal, a afirmação de que determinada operação de concentração afecta “o pluralismo na sua dupla dimensão, interna e externa” equivale, em substância, à asserção de que tal operação apresenta “fundados riscos para a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião.”

2.2. Da incompetência absoluta da ERC

2.2.1. Da falta de competência da ERC para emitir uma decisão condicionada

Alega a Zon que inexistente norma legal que preveja a possibilidade de a ERC emitir parecer de não oposição condicionada sobre uma operação de concentração notificada à AdC.

Sustenta a Notificante que o condicionalismo definido pela ERC, no ponto 58 do seu parecer, “só poderia, em qualquer caso e quanto muito, ser assegurado ou imposto por acto e através de procedimento autónomo, não dispondo a ERC ou a própria AdC de qualquer competência, atribuição ou qualquer outro meio legal que lhes permita fixar, determinar ou impor o condicionalismo em questão.”

Não obstante o esforço de construção argumentativa desenvolvido pela Notificante, cumpre explicitar que não lhe pode assistir razão, por não ter em devida conta os princípios da decisão administrativa, bem como os objectivos e propósitos da regulação.

Em primeiro lugar, relembre-se o disposto no artigo 4º, n.º 2, da Lei 32/2003, de 22 de Agosto: “...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.”

Conforme a Zon reconhece, tem sido entendimento pacífico a aplicabilidade deste preceito legal à emissão de parecer sobre operações de concentração entre operadores de distribuição. Nem de outro modo poderia ser, considerando que os operadores de distribuição de serviços de programas detêm um poder de selecção e agregação de conteúdos que se repercute, com toda a certeza, na diversidade de correntes de opinião e na garantia da liberdade de expressão, ao ponto de estes agentes sectoriais se encontrarem, hoje, no âmbito de incidência da Lei da Televisão em vigor (cfr. arts. 2º, nº 1, e), 3º, nº2, 9º, n.º 2, e 25º da Lei nº 27/2007, de 30 de Julho). Tal facto justifica que a Entidade Reguladora do sector tenha o poder de obstar à realização de qualquer operação de concentração que possa pôr em causa a salvaguarda da existência e expressão de determinadas correntes de opinião.

Por outro lado, também os Estatutos da ERC prescrevem comandos normativos com relevância no caso de apreciação de uma concentração do teor da notificada.

Assim, nos termos da alínea a) do 7º constitui objectivos da regulação do sector da comunicação social “*promover e assegurar o pluralismo cultural e a diversidade de expressão das várias correntes de pensamento, através das entidades que prosseguem actividades de comunicação social sujeitas à sua regulação.*” Do mesmo modo, a ERC tem ainda como atribuição “*zelar pela independência das entidades que prosseguem actividades de comunicação social com vista à salvaguarda do pluralismo e da diversidade.*” (cfr. artigo 8º, al. c)). Também nos termos do artigo 24º, n.º3 al. p) compete à ERC pronunciar-se, nos termos da Lei [entenda-se dos seus próprios Estatutos e da demais legislação aplicável ao caso, seja a Lei n.º 32/2003, a Lei n.º4/2001, de 23 de Fevereiro, ou a Lei n.º 2/99, de 13 de Janeiro] *sobre as aquisições de propriedade ou práticas de concentração das entidades que prosseguem actividades de comunicação social.*

No presente caso, incidindo o objecto da concentração sobre dois agentes que prosseguem actividades de comunicação social, a ERC tem o poder e o dever de emitir parecer ao abrigo do disposto quer nos seus Estatutos, quer na Lei n.º 32/2003 (cfr. artigo 4º, n.º2).

Considerando as competências estatutárias da ERC, compreende-se a expressão de preocupações também relacionadas com o pluralismo, num sentido mais amplo, ou com a diversidade. Valores, aliás, também presentes, embora expressos com recurso a diferente terminologia, no próprio artigo 4º, n.º2 da Lei n.º 32/2003, conforme visto *supra*.

O parecer da ERC neste género de concentrações assume natureza vinculativa quando negativo, compreendendo-se assim a preocupação legal no estabelecimento de linhas de orientação, que vêm balizar a admissibilidade da emissão de parecer em sentido negativo.

A ERC teve em devida conta as condicionantes existentes no preceito legal no que respeita a emissão de um parecer em sentido desfavorável. De facto, o parecer da ERC, qualificável como um parecer de não oposição condicionada, não vem impor obrigações *ex post*, mas antes determinar requisitos a cumprir pela Notificante.

Concretizando, entendeu o Conselho Regulador que o projecto de concentração notificado, tal como configurado, e por poder implicar o desaparecimento de determinados serviços de programas essenciais à preservação da diversidade de correntes de opinião, imporá um parecer de sentido negativo à realização da dita operação de concentração.

Dúvidas não resistem, nem mesmo à Notificante, de que estando em causa os valores *supra* assinalados a ERC poderia opor-se, de forma incontornável, à realização da operação de concentração entre a Zon e a TVTel.

Não obstante, identificados os factores impeditivos da concentração, entendeu o Conselho Regulador desta Entidade enunciá-los de modo expresse, e determinar que, uma vez sanado o perigo de afectação da diversidade de correntes de opinião (proporcionados por determinados serviços de programas presentes na oferta da TVTEL), não existiria qualquer outro fundamento que determinasse a emissão de parecer desfavorável pela ERC.

Não poderá a Zon invocar falta de competência da ERC para a emissão de um parecer de aprovação condicionada, quando existe norma legal que de modo expresse confere à Entidade um poder de obstar à realização desse acto. Não é juridicamente sustentável que a Entidade possa proibir a concentração entre os dois operadores mas não a possa permitir de forma condicionada.

De acordo com a argumentação sustentada pela Zon, entre o poder de proibir a concentração e o poder de a permitir existiria um vazio de habilitação legal, que obstará à fixação de requisitos que o interessado poderá cumprir e, assim, beneficiar de um parecer favorável. Semelhante entendimento, além de não ter apego à letra da lei, seria,

inclusivamente, contrário ao espírito da norma, visto que a emissão de parecer negativo deve ser excepcional, estando em causa a diversidade de correntes de opinião (veja-se a redacção legal “...o qual só deverá ser negativo quando...”). Só quando a Entidade considere esgotada a possibilidade de reunir as condições necessárias à emissão de parecer favorável é que poderá e deverá emitir parecer de sentido negativo.

Conforme refere o Prof. Freitas do Amaral, “ *a actividade administrativa deve traduzir-se em actos cujo conteúdo seja também inspirado pela necessidade de satisfazer da forma mais expedita e racional possível o interesse legalmente fixado*” (cfr. “Curso de direito Administrativo”, Vol. II, Coimbra, Almedina, 6ª reimp., 2001, pág.38).

Seria ainda contrário ao princípio da eficiência, e ao dever de boa administração, que a ERC, tendo detectado os factores impeditivos da concentração, se limitasse a enunciá-los como fundamentos da sua oposição, obrigando o interessado a reformular o seu projecto de concentração e a proceder a uma nova notificação, na sequência da qual, encontrando-se sanados os impedimentos, seria então emitido novo parecer, desta feita de conteúdo favorável.

Tal raciocínio importaria uma duplicação de actos, acarretando a morosidade do processo em prejuízo dos próprios interessados e até do interesse público. A adopção de um parecer negativo redundaria numa medida desnecessária e desadequada em face da possibilidade de aprovação condicionada, pelo que a sua emissão ter-se-ia, no caso, por violadora do princípio da proporcionalidade. Deve considerar-se, em obediência ao princípio da adequação, que o parecer de aprovação condicionada emitido pela ERC representou o sentido de deliberação legalmente devido na situação em apreço.

Por outro lado, a actividade das entidades reguladoras rege-se por um princípio de colaboração com os interessados e, sobretudo, obedece à escolha da medida de regulação menos gravosa para os operadores, considerando a defesa dos valores em causa. Não se compreende, portanto, a reacção da Zon, nem os fundamentos por esta invocados.

2.2.2. Da natureza dos condicionalismos impostos pela ERC

Há ainda a considerar como totalmente improcedente a argumentação sustentada pela Zon no sentido de que o conteúdo da Deliberação da ERC, *maxime* os requisitos referentes aos serviços de programas identificados, seriam inexecutáveis, por falta de competência da AdC para impor “remédios” sem que esteja em causa a livre concorrência.

Sobre este aspecto, há que referir que a ERC não está a impor remédios, mas sim a assegurar determinados requisitos tidos por essenciais para a emissão de parecer favorável. Na verdade, apenas foi solicitado à Notificante que assegurasse a existência de determinados conteúdos, pertencentes à oferta de uma das empresas envolvidas na operação de concentração. Trata-se de uma condição pré-existente à operação de concentração e não de uma imposição *ex post*, de carácter regulatório em sentido estrito, configurável como um “remédio”.

A existência dos serviços de programas assinalados na Deliberação, ou de outros de conteúdo equiparável, é condição de não oposição da ERC, entidade com competência para a determinar, não constituindo obrigações que a AdC deva ou possa fixar na decisão final sobre o processo. Compreendo-se, portanto, que aquela Entidade tenha, ao abrigo do artigo 34º, n.º2 da Lei 18/2003, de 11 de Junho, solicitado à Notificante que se pronunciasse quanto à sua capacidade para atender aos condicionalismos impostos pela ERC. Pois caberá a esta informar se poderá ou não cumprir o que é solicitado pela ERC.

Como é manifesto, a imposição de condições a que se refere o artigo 35º, n.º3 da Lei 18/2003, de 11 de Junho, refere-se apenas a medidas que tenham em vista assegurar a manutenção de uma concorrência efectiva. Nem poderia deixar de o ser tendo em conta que o controlo de concentrações, de cariz preventivo, efectuado pela AdC, caracteriza-se por uma actuação *ex ante*, que considera as implicações na própria estrutura dos

mercados, estando orientada para uma análise aos efeitos objectivos da operação notificada, visando, portanto, prevenir os danos potenciais que uma concentração entre empresas possa originar no jogo concorrencial de um determinado mercado relevante.

A participação da Entidade Reguladora no processo não visa prosseguir os mesmos objectivos, mas sim salvaguardar, nos termos da Lei, a defesa dos valores subjacentes às suas atribuições. Os condicionalismos impostos pela ERC reportam-se ao exercício da sua competência própria, conforme *supra* exposto, visam assegurar valores próprios de regulação sectorial (garantia da livre expressão e diversidade de correntes de opinião), e não de defesa da concorrência.

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

2.2.3. Da alegada ingerência na liberdade de programação da Notificante

Sustenta a Zon, a propósito dos condicionalismos enunciados pela ERC no seu Parecer, que os mesmos se consubstanciam (§§39-42) numa ingerência ilegítima na liberdade de programação em que o exercício da actividade de televisão assenta – tal como decorre, de resto, do n.º 2 do art. 26.º da Lei da Televisão vigente.

É manifesto, porém, o erróneo entendimento que a Notificante possui da liberdade de programação e seu alcance, posto que esta se reporta à autonomia amplamente reconhecida aos operadores para determinarem os conteúdos televisivos e moldes da sua respectiva apresentação no âmbito de um concreto serviço de programas.

Em termos lineares, a liberdade de programação afere-se em função dos *programas*, ou, com mais propriedade, da ordenação que o operador, livre e autonomamente, confere aos *diferentes elementos que compõem um dado serviço de programas televisivo* – isto

é, ao “conjunto sequencial e unitário dos elementos da programação fornecido por um operador de televisão”, na formulação empregue pelo art. 2.º, n.º 1, al. h), da LTV. Tem como fundamento e preocupação essenciais a salvaguarda e a afirmação da liberdade de expressão no sector televisivo, isto é, a liberdade de expressão televisiva.

Os conditionalismos expressos pela ERC no seu Parecer situam-se em ordem diversa de preocupações, e centram-se na necessidade de assegurar, no elenco da oferta concretamente apresentada por um operador de distribuição, a disponibilidade de diferentes *serviços de programas*, dotados de determinadas características tipológicas, como condição indispensável à salvaguarda dos objectivos já enunciados (liberdade de expressão e garantia de pluralismo).

2.2.4. Da alegada imposição pela ERC de obrigações de transporte

Por seu turno, assenta também em qualificação equívoca a referência feita, pela Notificante, a *obrigações de transporte* alegadamente impostas pela ERC no âmbito da operação de concentração notificada (§§ 43, 51 e 52).

De um ponto de vista técnico-jurídico, as obrigações de *must carry* dirigem-se a empresas que oferecem redes de comunicações electrónicas, impondo a distribuição, nestas, de determinados “canais e serviços”, com vista à satisfação de certos objectivos de interesse público, entre os quais a salvaguarda do pluralismo. Por definição, as empresas de redes de comunicações electrónicas não detêm qualquer responsabilidade, *maxime* editorial, na exploração de tais canais e serviços, a elas inteiramente alheia.

As circunstâncias do caso em análise assentam em pressupostos e reportam-se a factos de ordem substancialmente diversa.

No seu Parecer, a ERC não pretendeu impor – nem, sequer, especificar – qualquer obrigação de transporte de serviços de programas televisivos, mas antes sublinhar a necessidade imperiosa de se assegurar uma conformação mínima da respectiva oferta daqueles.

Oferta essa que já se achava devidamente baseada e estruturada, tanto por parte da Zon quanto da TvTel – e, portanto, em momento anterior à concentração projectada – ao

abrigo dos princípios da autonomia da vontade e da liberdade negocial, sem sujeição externa aos ditames de autoridades públicas.

Não será admissível, pois, que, no pressuposto de vir a concretizar-se a operação notificada, venha a Zon doravante sustentar que lhe foi imposto o “transporte” de serviços de programas ‘alheios’ (da empresa incorporada), pois que estes, por força da própria concentração, não poderão deixar de qualificar-se como ‘próprios’.

2.3. Erro de facto

Contrariamente ao que a Zon parece pretender afirmar, a ERC não “olvida em absoluto” as limitações de capacidade de que as redes de comunicações electrónicas continuam a padecer, apesar da constante evolução tecnológica registada neste campo. Não é, contudo, líquida a afirmação (que a Notificante, de resto, não sustenta devidamente) de que “a adição de canais à actual oferta dos operadores – e, em concreto, à da Zon TV Cabo – implicaria a retirada de outros canais ou uma maior compressão do sinal dos existentes, com a consequente degradação da qualidade de imagem dos restantes, bem como da qualidade (e, conseqüentemente, velocidade de débito) do serviço de acesso à Internet, colocando a integralidade dos consumidores finais seus clientes em clara situação desvantajosa, relativamente à situação existente anteriormente à concretização da operação notificada” (§50).

Ressalvado o devido respeito pela autonomia de que a Notificante beneficia neste âmbito, não é crível que, do ponto de vista tecnológico ou outro, a capacidade da oferta por ela disponibilizada esteja perto de se achar esgotada, ou que a eficiência da exploração da mesma possa ser minimamente perturbada ou colocada em risco por força do entendimento expresso pela ERC no âmbito da presente operação de concentração.

Acresce que o ponto de vista sustentado pela Notificante parece em tudo contrariar aquela que vem sendo a tendência publicamente verificada pelo mercado no sentido de um crescimento constante, regular e sustentado da oferta disponibilizada pela Zon em matéria de serviços de programas.

Além disso, e em particular, no §54 do seu documento, a Zon parece misturar – indevidamente – considerações de ordem técnica com motivações de (quotas de)

mercado, em moldes que claramente denunciam que são sobretudo, ou em exclusivo, estas últimas que – legitimamente, do ponto de vista de um investidor económico privado – constituem a verdadeira preocupação da Notificante.

Pelo exposto, padece também de qualquer fundamento a invocação de erro de facto, como vício gerador de invalidade da deliberação ora contestada pela ZON.

2.4. Violação do princípio da adequação e proporcionalidade

A Zon alega ainda que os requisitos impostos pelo Conselho Regulador não obedecem a quaisquer critérios de razoabilidade e, em especial, de adequação e proporcionalidade, relativamente aos fins que a ERC pretenderia atingir.

Quanto a este ponto, cabe notar primeiramente que a alternativa à colocação de requisitos à operação de concentração seria a emissão de um parecer negativo. Conforme *supra* referido, a televisão desempenha um papel insubstituível na formação da opinião pública, enquanto mediador e veículo de informação, pelo que se torna curial garantir a expressão da *pluralidade* de correntes de opinião e de pensamento. O desaparecimento de serviços de programas com a tipologia referida na Deliberação da ERC (pontos 48 a 51) representaria um comprometimento da diversidade programática e, por isso, uma lesão significativa do interesse público. Como tal, considera-se que o sacrifício imposto à Zon se afigura justo e proporcional ao benefício alcançado para o interesse público, uma vez que, com a imposição dos requisitos à operação de concentração, se garante um nível de diversidade e confrontação de correntes de opinião idêntico ao que existe actualmente. Desproporcional seria uma oposição da ERC à operação de concentração, ao invés do seu condicionamento nos termos operados.

Cabe ainda realçar, uma vez mais, que a Deliberação da ERC em nenhum momento impôs a obrigatoriedade de transmissão de serviços de programas específicos e determinados, uma vez que a sua preocupação era o acolhimento pela Zon de determinado perfil e tipologia de programas. O Conselho Regulador não limitou a liberdade que assiste à Zon na composição da sua oferta de serviços de programas, continuando a ser reconhecida a esta a possibilidade de optar por sucedâneos dos serviços de programas referidos na Deliberação. Como tal, foram respeitadas a

autonomia e a liberdade de que a Notificante beneficia na definição da sua oferta, apenas se pretendendo salvaguardar, de uma forma adequada, necessária e proporcional, o interesse público de se manter a mesma diversidade programática que a Zon e a TVTEL asseguram, actualmente, em separado.

2.5. Falta de fundamentação

Por último, a Zon alega que o Parecer da ERC carece de fundamentação. É, porém, manifesto que a Deliberação, ao longo dos seus 58 §§, justifica e motiva convenientemente a decisão, expondo, de modo claro e aberto, o raciocínio subjacente à determinação dos requisitos impostos à Zon, identificando o fim e interesses legalmente definidos – o pluralismo ou, se se preferir, a livre expressão e a diversidade de correntes de opinião – e os factores considerados pelo Conselho Regulador na sua decisão. Aliás, no que respeita aos requisitos impostos, a Deliberação analisa e confronta as ofertas de serviços de programas da Zon e da TVTEL, descrevendo com pormenor aqueles que apenas são fornecidos por este último distribuidor, destacando em que medida os mesmos reflectem realidades específicas e os motivos pelos quais se afiguram como uma alternativa aos conteúdos que apenas existem em acesso condicionado na Zon.

III. Apreciação da posição assumida pela Zon

3.1. Escrutinadas e contestadas as invalidades arguidas pela Zon, passa-se a apreciar a posição por esta assumida, na sua resposta à Autoridade da Concorrência.

3.2. Relembre-se que a Zon compromete-se a desenvolver esforços no sentido de, no “quadro dos princípios da boa-fé e da colaboração”, negociar, com os produtores dos serviços de programas referidos nos §§ 48 a 51 da Deliberação da ERC, no sentido da sua “eventual inclusão na [sua] oferta”.

Porém, o Conselho Regulador considera que o compromisso assim assumido pela Notificante não é suficiente para acautelar as preocupações subjacentes à deliberação da ERC de aprovação condicionada do projecto de operação de concentração.

O preenchimento dos condicionalismos impostos por esta Entidade não se basta com uma tal declaração de intenções. Impõe-se, outrossim, a efectiva incorporação dos serviços de programas em causa ou de outros equiparáveis na grelha de serviços de programas da Zon.

3.3. Por outro lado, a Zon alega que a sua oferta actual já incorpora serviços de programas de conteúdo assimilável aos referidos na Deliberação da ERC. Vejamos se assim é.

3.4. Em relação ao “RNTV”, a Zon defende que o “Porto Canal” e o RNTV, oferecido pela TVTEL, “têm conteúdos perfeitamente assimiláveis, estando já assegurada a diversidade e o pluralismo externo na oferta actual da ZON TV Cabo”. Importa, portanto, aferir da pertinência desta conclusão.

Ambos os serviços de programas adoptam uma matriz regional na concepção da sua programação, concentrando-se em temáticas específicas de um determinado âmbito geográfico. Deve, contudo, assinalar-se a existência de duas diferenças significativas na concepção programática dos dois serviços de programas.

A primeira prende-se com o facto de o RNTV se assumir como um “canal de informação regional”, que privilegia necessariamente os géneros de programação informativos, em particular os serviços noticiosos. Por seu turno, o “Porto Canal” assume um pendor mais diversificado na sua grelha de programação, que se aproxima mais de um modelo de canal de pendor generalista, integrando na sua grelha géneros de programação vocacionados para o entretenimento, a par dos programas informativos.

A segunda diferença deriva do âmbito geográfico que ambos os serviços de programas pretendem privilegiar. Enquanto o “Porto Canal” assume um posicionamento mais próximo de um canal metropolitano, feito a pensar sobretudo nas temáticas que dizem respeito à cidade do Porto e aos restantes municípios que constituem a Área Metropolitana do Porto (Grande Porto), o RNTV assume-se como um serviço de programas de âmbito mais regional, tentando ir ao encontro dos interesses e das realidades locais dos diferentes distritos do Norte do País.

Como tal, e em conclusão, os dois serviços de programas não apresentam conteúdos assimiláveis, na medida em que, de acordo com os seus estatutos editoriais, adoptam posicionamentos diferenciados. Por um lado, um serviço de programas temático de informação e de pendor mais regional – RNTV; por outro, um serviço de programas mais delimitado em termos geográficos e com uma propensão mais generalista no que respeita ao modelo da sua grelha de programação – Porto Canal.

Acrescente-se ainda que a lógica da argumentação da ZON, no sentido de que dois canais de matriz regional se equivalem para efeitos de avaliação do pluralismo externo, não é absolutamente linear, pois o princípio do pluralismo pressupõe precisamente a existência de uma pluralidade de emissores centrados em temáticas idênticas e a comunicar no mesmo âmbito geográfico – local, regional ou nacional – de modo a preservar (e a potenciar) a emergência de diferentes correntes de opinião.

3.5. No que respeita ao “CLPTV”, o Conselho Regulador salienta a fulcral importância que representa a existência de um espaço dedicado à expressão das correntes de opinião dos imigrantes portugueses, enquanto veículo importante para a manutenção de um laço identitário nacional. No entanto, o espaço mediático português tem sido muito parco no que respeita à existência de serviços de programas que dêem voz às comunidades portuguesas no estrangeiro.

Assim sendo, não pode proceder o argumento aduzido pela Zon, de acordo com o qual não seria essencial à defesa da diversidade e do pluralismo a inserção, em ofertas no território nacional, de um serviço de programas focado nas comunidades de imigrantes portugueses. O Conselho Regulador reitera o entendimento exposto no parágrafo precedente, considerando que o desaparecimento do único serviço de programas destinado a conferir alguma expressão às comunidades portuguesas residentes no Luxemburgo, Bélgica e França causaria um significativo prejuízo para a diversidade de correntes de opinião.

Acresce que a pretendida equiparação entre o “CLPTV” e o serviço de programas “RTP África” não se verifica, uma vez que os serviços de programas em causa têm por objecto comunidades residentes em países diferentes, a sua temática não é coincidente e são distintas as correntes de opinião às quais estes serviços visam conferir expressão.

Já no que respeita à equiparação do “CLPTV” ao serviço de programas “RTP Memória”, alegada pela Zon, o Conselho nota que não se descortina qualquer traço de semelhança entre os dois serviços de programas, dispensando-se considerações adicionais a este respeito.

Face ao exposto, não restam dúvidas ao Conselho Regulador de que o serviço de programas “CLPTV” não encontra equiparação em qualquer outro serviço de programas já assegurado pela Zon na sua oferta, pelo que se mantém a decisão de condicionar a não oposição ao projecto de concentração à manutenção daquele serviço de programas, ou de outro assimilável que venha a ser criado.

3.6. No que respeita aos serviços de programas “SCN” e “Música Brasil”, o Conselho Regulador entende que os argumentos alegados pela Zon são atendíveis. Saliente-se que a Deliberação da ERC em nenhum momento impôs a obrigatoriedade de transmissão de serviços de programas específicos, uma vez que a sua preocupação era o acolhimento pela Zon de determinado perfil e tipologia de programas. O Conselho Regulador não pretendeu, como é óbvio, limitar a liberdade que assiste à Zon na composição da sua oferta de serviços de programas, tendo esta a possibilidade de optar entre produtos de natureza similar que assegurem a transmissão de conteúdos em conformidade com os parâmetros definidos pela ERC.

Dado que a exposição apresentada pela Zon vem demonstrar que a sua oferta integra serviços de programas de conteúdo assimilável ao “SCN” e “Música Brasil”, e que o mesmo operador de distribuição se propõe, inclusivamente, enriquecer a presença desta temática musical nos serviços de programas que já oferece, ficarão salvaguardadas, no essencial, as preocupações reflectidas pela ERC na sua Deliberação.

IV. Conclusões

Tendo apreciado um pedido da Autoridade da Concorrência sobre a manutenção do entendimento da ERC constante da Deliberação 3/PAR-ER/2008, que adoptou o parecer sobre o Projecto de operação de Concentração entre a CATVP-TV CABO PORTUGAL S.A. e TVTEL, COMUNICAÇÕES S.A., o Conselho Regulador considera

que a posição assumida pela Notificante, na sua resposta à Autoridade da Concorrência, não satisfaz totalmente as salvaguardas impostas na citada Deliberação, reiterando-se, em conformidade e pelos motivos oportunamente referidos, a não oposição ao projecto de concentração notificado, desde que a Notificante incorpore na sua oferta o RNTV – Região Norte TV e o CLPTV – Canal de Língua Portuguesa, ou, em alternativa, outros serviços de programas que, pela tipologia e conteúdo, lhes sejam assimiláveis.

Lisboa, 6 de Agosto de 2008

O Conselho Regulador

José Alberto de Azeredo Lopes
Elísio Cabral de Oliveira
Luís Gonçalves da Silva
Rui Assis Ferreira