

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

**Deliberação
1/OUT-TV/2009**

ENTIDADE REGULADORA
PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

**Queixa da TVI contra a SPORT TV por alegada infracção ao
disposto no artigo 32.º, n.º 2, da Lei da Televisão**

Lisboa

7 de Janeiro de 2009

Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social

Deliberação 1/OUT-TV/2009

Assunto: Queixa da TVI contra a SPORT TV por alegada infracção ao disposto no artigo 32.º, n.º 2, da Lei da Televisão

I. Identificação das partes

TVI – Televisão Independente, SA, na qualidade de Queixosa, e *SPORT TV Portugal, SA*, na qualidade de Denunciada.

II. Objecto da queixa

A queixa apresentada tem por objecto “*a presumida infracção do disposto no artigo 32.º, n.º 2, da Lei n.º 27/2007, de 30 de Julho, praticada pela sociedade SPORT TV Portugal, SA*”, em resultado da cedência ao operador RTP de direitos de difusão televisiva, por aquela detidos em regime de exclusividade, e respeitantes a determinados jogos das épocas desportivas de 2008/2009 e 2009/2010 da Liga Portuguesa de Futebol Profissional (LPFP), no termo de um processo de consulta de interessados onde terão sido, alegadamente, violados princípios de transparência, não discriminação e de respeito integral pelas condições normais de mercado que a Denunciada estaria obrigada a respeitar.

III. Factos apurados

1. Em 26 de Junho de 2008, a ora Denunciada endereçou missivas de teor idêntico aos operadores televisivos SIC, RTP e TVI, em que informava ser detentora, em regime de exclusividade, de todos os direitos de transmissão para televisão referentes aos jogos da Liga Portuguesa de Futebol Profissional a disputar durante as épocas desportivas 2008/2009 e 2009/2010.

Admitindo o eventual interesse desses operadores na aquisição dos direitos de transmissão televisiva de alguns dos jogos acima referidos, para emissão em “sinal aberto”, no território português, dava a SPORT TV a conhecer os direitos disponíveis para sublicenciamento, as modalidades e formas de transmissão admissíveis, e outras condições genericamente aplicáveis, sublinhando, do mesmo passo, que a informação assim disponibilizada *“constitu[ía] um mero convite tendo em vista a apresentação de propostas negociais, não podendo em caso algum ser entendid[a] como um negócio jurídico ou como uma proposta contratual”*.

2. Em 23 de Julho de 2008, é divulgado pela SPORT TV um comunicado onde este operador informa que *“chegou a acordo com a RTP – Rádio e Televisão de Portugal para a transmissão televisiva em território nacional de um jogo por jornada da Liga Portuguesa de Futebol, épocas 2008/2009 e 2009/2010”*, e que *“[d]urante o processo de consultas a SPORT TV recebeu propostas de todos os operadores nacionais de televisão em sinal aberto”*, tendentes a garantir a aquisição dos direitos acima referidos.

3. Após ser tornada pública a informação citada, o operador televisivo RTP emitiu um comunicado oficial congratulando-se com a opção tomada pela SPORT TV, e afirmando que a mesma *“premeia a capacidade das direcções de programas e de informação, que foram capazes de construir uma proposta que, respeitando escrupulosamente os limites orçamentais definidos para a empresa e através da troca de conteúdos, foi considerada a mais competitiva”*.

4. A decisão de cedência à RTP, pela SPORT TV, dos referidos direitos de transmissão televisiva, torna-se, entretanto, objecto de vasta discussão pública, amplificada em diversos meios de comunicação social.

5. Em 29 de Julho de 2008, deu entrada na ERC uma queixa apresentada pelo operador televisivo TVI, com o objecto acima identificado (*supra*, II).

6. Em 1 de Agosto, o operador televisivo SPORT TV é notificado do teor da queixa apresentada, com o objectivo de, querendo, apresentar oposição à mesma, no prazo legalmente previsto para o efeito.

7. Na mesma data, é igualmente dado conhecimento do referido expediente ao operador televisivo RTP, para pronunciamento eventual sobre o teor da queixa apresentada – por não lhe ser indiferente o sentido da decisão a proferir no âmbito do procedimento desencadeado pela referida queixa (ainda que não assumindo, aqui, o estatuto processual de parte), e por ser presumível que pudesse este operador contribuir para o esclarecimento das questões aí suscitadas.

8. Em 11 de Agosto, deu entrada na ERC oposição apresentada pela SPORT TV.

9. Em 12 de Agosto, e ao abrigo do disposto no artigo 57.º dos seus Estatutos, a ERC comunica aos operadores TVI e SPORT TV o agendamento para 4 de Setembro de uma *audiência de conciliação*, depois alterada para 11 de Setembro, a pedido da TVI, por incompatibilidade de agenda dos seus representantes.

10. Entretanto, em 14 de Agosto, dá entrada na ERC uma missiva da RTP, onde, em resposta ao convite referido (*supra*, n.º 7), este operador considera que “*neste momento*,

não se nos afigura relevante fazer quaisquer comentários sobre as questões suscitadas pela TVF' na sua queixa.

11. Em 11 de Setembro, é realizada na sede da ERC audiência de conciliação entre a TVI e a SPORT TV, sem que, contudo, as partes hajam alcançado um entendimento apto a sanar o diferendo que esteve na origem da apresentação da queixa.

12. No decurso da elaboração da proposta de decisão relativa a este caso, deu entrada nos serviços da ERC, em 24 de Setembro, nova missiva da TVI, por via da qual se veio “*dar conhecimento do relatório elaborado pela Marktest sobre as transmissões televisivas dos Jogos Olímpicos de Pequim efectuadas pela RTP 1, RTP 2, SPORT TV e SPORT TV 2*”, cujos dados, segundo aquele operador, corroborariam as suspeitas já manifestadas, em certos pontos da sua queixa, no sentido de que o acordo de sublicenciamento, então questionado, teria efectivamente envolvido, como contrapartida, a cedência, por parte da RTP à SPORT TV, de direitos de transmissão televisiva dos Jogos Olímpicos de Verão de 2008 e do Campeonato do Mundo de Futebol de 2010.

De igual modo, aí informava a TVI ter solicitado à Autoridade da Concorrência, em 1 de Agosto de 2008, e ao abrigo do disposto no artigo 24.º da Lei da Concorrência (Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho), a abertura de um *procedimento de inquérito* contra a RTP e a SPORT TV, junto em anexo à citada missiva e fundamentado, em síntese, e “*na parte relevante para a queixa apresentada com base na violação do n.º 2 do artigo 32.º da Lei da Televisão*”, na invocação de um *abuso de posição dominante* detida pela SPORT TV no mercado dos direitos exclusivos de transmissão de jogos de futebol, e na existência de uma transacção entre RTP e SPORT TV correspondente a um *acordo de empresas proibido* pelas normas do direito da concorrência.

13. O teor do citado expediente da TVI foi prontamente comunicado à SPORT TV e, bem assim, à RTP, com vista a garantir-lhes o exercício do contraditório, o que veio a verificar-se em 10 e em 16 de Outubro de 2008, respectivamente.

14. Em 19 de Novembro, dá ainda entrada na ERC um ofício da TVI anexando um parecer da Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA), de 12 de Novembro, no qual se considera, em síntese, que as propostas e o contrato celebrado entre a RTP e a SPORT TV a respeito desta matéria constituem documentos administrativos de natureza não confidencial, concluindo-se no sentido de dever a RTP “*facultar o acesso aos documentos requeridos, relativos à aquisição de direitos televisivos*”.

IV. Argumentação da Queixosa

Sustenta a TVI, em síntese, que a SPORT TV terá, no caso vertente, infringido o disposto no n.º 2 do artigo 32.º da Lei n.º 27/2007, de 30 de Julho (Lei da Televisão), uma vez que tal dispositivo obrigaria este operador a “*pautar a integralidade do processo de consulta de interessados [na aquisição dos direitos de difusão televisiva de um jogo por jornada das épocas desportivas 2008/2009 e 2009/2010 da LPF] e posterior atribuição dos direitos exclusivos por princípios de transparência, não discriminação e respeito integral pelas condições normais de mercado*”.

Por consequência, o operador cedente “*não pode[ria] deixar de fundamentar adequadamente a sua decisão no termo do processo de consulta dos interessados em apreço*”, pelo que importaria conhecer os critérios e fundamentos da decisão adoptada em sentido favorável às pretensões do operador RTP, em detrimento da proposta apresentada pela TVI que, a própria afirma, atingiu “*valores económicos extremamente significativos*” (mas cujo montante, contudo, não chega a quantificar).

Considera a TVI, além disso, que, no caso vertente, a SPORT TV “*não poder[ia] valorizar elementos da proposta negocial que configur[ass]em, por si próprios, uma violação das regras aplicáveis ao mercado concorrencial ou que consist[issem] em vantagens competitivas ilegítimas por não se encontrarem na disponibilidade de todos os interessados no procedimento de consulta em causa, ou seja, e para além da RTP, os operadores TVI e SIC*”.

Com isto, alude a TVI à muito provável circunstância de a escolha da SPORT TV ter recaído na proposta da RTP em resultado de esta, alegadamente, incluir como contrapartida a cedência de direitos de transmissão respeitantes a provas dos Jogos Olímpicos de 2008 e a jogos do Campeonato do Mundo de Futebol de 2010, de que apenas o operador concessionário do serviço público de televisão teria possibilidade de dispor, dada a sua qualidade de membro da União Europeia de Radiodifusão (UER), tendo, além disso, desrespeitado as próprias regras desta organização, aplicáveis ao sublicenciamento dos direitos desportivos em causa.

Em face do exposto, e após alertar para o “*perigo de uma excessiva concentração de direitos de difusão de eventos desportivos de interesse geral do público na órbita da RTP*”, termina sustentando que “*o citado comportamento da SPORT TV é susceptível de configurar uma violação do disposto no artigo 32.º n.º 2 da Lei n.º 27/2007, de 30 de Julho, pela circunstância de ter facultado à RTP o acesso aos direitos de difusão em termos discriminatórios para a TVI, e desrespeitando as condições normais de mercado, e [que] o comportamento da própria RTP é igualmente susceptível de censura, ao ter adjudicado à SPORT TV direitos que estava obrigada a sublicenciar em condições de transparência e não discriminação, mediante procedimentos de natureza concursal, os quais omitiu*”.

V. Defesa da Denunciada

A Denunciada invoca, na sua defesa, desde logo, a inexistência de norma habilitante para apresentação da queixa por parte da TVI, uma vez que o sistema jurídico português desconhece o conceito de “*presumida infracção*”.

Sustenta, de qualquer modo, a improcedência da queixa, pois considera ter actuado com “*total lisura e transparência e com absoluto respeito pelas normas que lhe são aplicáveis, nomeadamente pelo artigo 32.º, n.º 2, da Lei da Televisão*”, uma vez que “*não praticou qualquer acto de discriminação entre os diferentes operadores*” e que “*actuou de acordo com as condições normais de mercado*”, entendimento que não reputa prejudicado pelo facto de “*face às propostas que recebeu, [ter optado] por aquela que, economicamente, considerou mais vantajosa*”.

Por fim, entende a SPORT TV que a sujeição ao regime do artigo 32.º, n.º 2, da Lei da Televisão não lhe retira a natureza de entidade privada, estando, nessa medida, eximida das “*exigências de transparência e publicidade que uma concessionária de serviço público ou uma qualquer outra entidade administrativa possui*”. Por isso – e embora sem enjeitar a possibilidade de disponibilizar à ERC os elementos por esta tidos como convenientes à apreciação da presente queixa –, considera não ter a TVI qualquer direito a aceder aos “*critérios e respectiva ponderação, bem como [aos] fundamentos que presidiram à tomada de decisão da SPORT TV*”, por se tratar de informação comercial e profissional desta, sujeita aos inerentes deveres (e direitos) de sigilo.

VI. Análise e fundamentação

1. Âmbito da queixa e sua correcta delimitação à luz dos n.ºs 2 e 4 do artigo 32.º da Lei da Televisão

1.1. Na queixa apresentada, a TVI invoca “*a presumida infracção do disposto no artigo 32.º, n.º 2, da Lei n.º 27/2007, de 30 de Julho*” por parte da SPORT TV, “*pela circunstância de ter facultado à RTP o acesso aos direitos de difusão [de um jogo por jornada das épocas desportivas 2008/2009 e 2009/2010 da Liga Portuguesa de Futebol] em termos discriminatórios para a TVI, e desrespeitando as condições normais do mercado*”.

Postula o referido n.º 2 do artigo 32.º da Lei da Televisão (LTV) que, “[e]m caso de aquisição, por operadores de televisão que emitam em regime de acesso condicionado ou sem cobertura nacional, de direitos exclusivos para a transmissão, integral ou parcial, directa ou em diferido, de outros acontecimentos que sejam objecto de interesse generalizado do público, os titulares dos direitos televisivos ficam obrigados a facultar, em termos não discriminatórios e de acordo com as condições normais do mercado, o seu acesso a outro ou outros operadores interessados na transmissão que emitam por via hertziana terrestre com cobertura nacional e acesso não condicionado.”

1.2. A orientação legislativa aqui vazada inspira-se, amplamente, em normaçoão europeia – mais concretamente, na denominada Directiva comunitária “Televisão sem Fronteiras” ⁽¹⁾, entretanto, renomeada Directiva “Serviços de Comunicação Social Audiovisual” ⁽²⁾, e na Convenção Europeia sobre Televisão Transfronteiras ⁽³⁾ –, partilhando com estas fontes a *preocupação fundamental* que presidiu à sua génese:

⁽¹⁾ Directiva do Conselho n.º 89/552/CEE, de 3 de Outubro de 1989, alterada pela Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho n.º 97/36/CE, de 30 de Junho de 1997.

⁽²⁾ V. o artigo 1.º, n.º 1, da Directiva 2007/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro de 2007.

⁽³⁾ Aprovada pelo Conselho da Europa em 1989, revista em 1998, e ratificada por Portugal em 2001.

garantir o acesso da generalidade da população a acontecimentos de reconhecido interesse generalizado do público que constituam objecto de direitos exclusivos detidos por operadores que emitam numa televisão de acesso condicionado (itálico acrescentado no texto).

Os acontecimentos assim qualificados passam a beneficiar, em tal contexto, de um particular estatuto, ancorado em regime jurídico correspondente.

No limite, a protecção dispensada a tais acontecimentos pode revestir *eficácia transnacional*, quando integrem as listas nacionais que beneficiem do denominado *sistema de reconhecimento mútuo*, por força do qual os eventos constantes da lista elaborada por um dado Estado são oponíveis tanto aos operadores televisivos sujeitos à jurisdição desse mesmo Estado, como, também, à generalidade dos operadores sob jurisdição de Estados terceiros (membros da União Europeia, ou Partes na Convenção Transfronteiras do Conselho da Europa, consoante os casos).

1.3. Isto dito, cabe sublinhar que, ao menos até à data, e por razões que relevam de opção política, o elenco de eventos que integram a lista nacional a que se refere a Lei da Televisão possui *eficácia meramente interna*, sendo, nessa medida, apenas oponível a operadores sujeitos à jurisdição portuguesa ⁽⁴⁻⁵⁾. Além disso – e este é o aspecto que verdadeiramente releva para o ponto ora em apreciação –, tal lista reveste *periodicidade*

⁽⁴⁾ Quer isto dizer que – recorrendo a um exemplo figurado – se um operador televisivo espanhol que, emitindo em regime de acesso condicionado, obtiver os direitos exclusivos de transmissão (inclusive para o território português) relativos, p. ex., à final da Taça de Portugal em Futebol, não estará tal operador sujeito a facultar aos seus congéneres portugueses a possibilidade de aceder à transmissão deste evento, por não lhe serem oponíveis os condicionamentos do art. 32.º, n.º 2, da Lei da Televisão.

⁽⁵⁾ Diversamente, já os operadores sujeitos à jurisdição portuguesa estão adstritos às listas de eventos que, à data, beneficiam do referido sistema de reconhecimento mútuo: v., a propósito, o disposto nos n.ºs 6 e 8 do artigo 32.º da Lei da Televisão.

anual, não partilhando, assim, do carácter estável e tendencialmente ⁽⁶⁾ permanente que caracteriza as listas que beneficiam do sistema de reconhecimento mútuo.

É o que decorre do preceito do n.º 4 do mesmo artigo 32.º da Lei da Televisão, de acordo com o qual “[o]s eventos a que se referem os números anteriores [i.e., os citados acontecimentos objecto de interesse generalizado do público], bem como as condições da respectiva transmissão, *constam de lista a publicar na 2.ª série do Diário da República, até 31 de Outubro de cada ano*, pelo membro do Governo responsável pelo sector, ouvida a Entidade Reguladora para a Comunicação Social, sem prejuízo da publicação de aditamentos excepcionais determinados pela ocorrência superveniente e imprevisível de factos da mesma natureza.” (itálico acrescentado no texto).

Significa isto que – por força da validade temporária de tais listas, e das motivações essencialmente políticas que subjazem à escolha dos eventos que as compõem – um evento que conste, em dado ano, da lista a que se refere o n.º 4 do artigo 32.º da Lei da Televisão, não integrará, necessariamente, essa mesma lista no ano seguinte. Em resultado das limitações associadas à própria concepção do sistema, trata-se de eventualidade juridicamente impossível de antecipar e, sobretudo, garantir – por muito razoável que pareça prognosticar-se, numa lógica de continuidade, que o evento “A” ou “B”, já integrado em lista(s) adoptada(s) no passado, virá a figurar em futuras listas.

Daqui decorre que os jogos da Liga Portuguesa de Futebol *relativos à época de 2009/2010* não podem seguramente considerar-se compreendidos no âmbito da lista a que se refere a alínea d) do n.º 1 do Despacho n.º 24768/2007, de 18 de Outubro ⁽⁷⁾, para que remete o citado n.º 4 do artigo 32.º da Lei da Televisão, e que elenca “[u]m

⁽⁶⁾ *Tendencialmente*, pois que, uma vez adoptadas, apenas a título excepcional o seu teor pode ser modificado.

⁽⁷⁾ Já abstraindo do facto de que, em rigor, cada uma das épocas desportivas em causa abrange partes de dois anos civis distintos, e assimilando-se, portanto, toda a época desportiva de 2008/2009 ao ano civil de 2009.

jogo por jornada do Campeonato Nacional de Futebol da I Liga, envolvendo necessariamente uma das três equipas melhor classificadas nos campeonatos das últimas cinco épocas, considerando para o efeito o cômputo acumulado das respectivas classificações no conjunto dessas épocas”.

E daqui resulta, também, que, à data em que foi negociada a cedência dos direitos de transmissão dos eventos relativos à época desportiva de 2009/2010, estes não poderiam considerar-se submetidos às exigências do n.º 2 do artigo 32.º da Lei da Televisão. Com efeito, e em rigor, só por via da inclusão desses precisos eventos na nova lista anual constante do Despacho n.º 26037/2008, e recentemente publicada em 17 de Outubro, isso se tornou juridicamente possível. Por outras palavras, à data da realização das negociações (Junho/Julho de 2008), o titular de tais direitos poderia negociá-los com bem maior amplitude que a tolerada por aquele dispositivo, desde logo, não tendo necessariamente de viabilizar, nem restringir, a sua subcedência aos operadores elegíveis aí referidos.

1.4. Assim sendo, importa *corrigir o âmbito da queixa apresentada*, circunscrevendo à época de 2008/2009 a análise da regularidade da cedência, à luz do n.º 2 do artigo 32.º da Lei da Televisão, dos direitos de transmissão televisiva referentes a determinados jogos da Liga Portuguesa de Futebol.

2. Apreciação substancial da queixa

2.1. Como já atrás se deixou visto, o n.º 2 do artigo 32.º da Lei da Televisão impõe a todos os operadores televisivos que emitam em regime de acesso não condicionado, ou desprovidos de cobertura nacional, e que sejam titulares de direitos exclusivos de transmissão dos eventos aí caracterizados a obrigação de *facultar* o seu acesso a operadores terceiros, interessados na sua transmissão.

Para serem considerados elegíveis, devem os operadores cessionários interessados (i) emitir por via hertziana terrestre (ii) com cobertura nacional e (iii) em acesso não condicionado – ou, mais exactamente, dispor de título habilitador referente a um serviço de programas que reúna, cumulativamente, tais atributos.

É bem claro que *tais exigências mais não visam que assegurar um acesso o mais universal possível às emissões relativas a eventos objecto de interesse generalizado do público*, em coerência com os objectivos do preceito, já atrás assinalados.

Resulta do exposto que, no respeitante aos cessionários, e em face das actuais características do mercado televisivo português, o *âmbito de incidência subjectiva da norma em apreço* abrange unicamente três operadores televisivos, a saber, SIC, TVI e RTP ⁽⁸⁾. Isto é, aqueles que, precisamente, constituíram objecto da consulta endereçada pela SPORT TV (v. *supra*, III.1 e 2, e *infra*, VI.2.3.).

2.2. Contrariando ideia em sentido diverso, importa deixar bem claro que nem o titular dos direitos exclusivos está incondicionalmente obrigado a cedê-los aos terceiros, para tanto legalmente habilitados, nem estão estes vinculados a garantir a sua aquisição, a todo o custo ⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ Sendo que o operador RTP explora, actualmente, serviços de programas de acesso não condicionado *livre* e de acesso não condicionado *com assinatura* (cf. art. 8.º, n.ºs 1, 5 e 6, da Lei da Televisão). Saber se o legislador quis indistintamente abranger ambas as hipóteses no campo de aplicação do preceito *sub judice* é questão de que não se tratará no âmbito do presente procedimento, por não ser essencial à sua boa resolução.

⁽⁹⁾ No mesmo sentido, Arons de Carvalho, Monteiro Cardoso e João Pedro Figueiredo – embora referindo-se ao n.º 2 do art. 28.º da Lei da Televisão anterior, de regime similar ao actual – afirmam: “*Esta delimitação legal dos operadores «elegíveis» visa, naturalmente, permitir a cobertura quase universal do evento, embora não signifique qualquer obrigação legal nesse sentido. Na verdade, a norma não força os operadores que emitem «em aberto» a qualquer aquisição, apenas lhes facultando, no interesse da população, um modo de o fazer, se assim o desejarem*” (Legislação Anotada da Comunicação Social, Casa das Letras, 2005, p. 143). E também: “*Obviamente que se nenhum operador nas condições referidas estiver interessado na transmissão, o evento pode ser transmitido pelo operador com acesso condicionado ou sem cobertura nacional*” (autores cit., Direito da Comunicação Social, 2.ª ed., 2005, Casa das Letras, pág. 119, nota 137) .

Com efeito, a obrigação a que alude o n.º 2 do art. 32.º da Lei da Televisão e que impende sobre o cedente traduz-se, em rigor, numa obrigação *de meios*, que não *de resultado*: o titular dos direitos exclusivos está adstrito a facultar, em termos não discriminatórios e de acordo com as condições normais de mercado, a *possibilidade* da sua cedência (derivada) a terceiros, neles porventura interessados.

Por seu lado, pode perfeitamente suceder – e tal eventualidade encontra inteira cobertura no quadro legal em referência – que dada oferta de acesso a direitos de transmissão não venha encontrar interessados na sua aquisição, inclusive, por motivações não necessariamente económicas.

Esta precisão é importante para sublinhar, também, a – apesar de tudo confortável – amplitude aqui consentida ao princípio da liberdade contratual, no sentido de cada uma das partes poder autodeterminar-se nas respectivas negociações em função do que entende ser a melhor defesa possível dos seus interesses legítimos, respeitados que sejam os condicionalismos legais: do lado do *cedente*, a expectativa de obtenção de uma vantagem económica que venha a resultar da transmissão, se consumada, dos direitos por ele detidos; por parte dos *cessionários*, sobretudo, o acesso ao(s) direito(s) ambicionado(s), através de uma oferta negocial que, balizada em considerações de racionalidade – e razoabilidade – económica, expresse o seu interesse subjectivo na aquisição daqueles.

A cedência de direitos exclusivos relativos aos eventos para que remete o art. 32.º, n.º 2, da Lei da Televisão inscreve-se, portanto – e sem prejuízo da marcada componente finalística de interesse geral que lhe subjaz –, num processo marcadamente negocial e de índole essencialmente privada, onde os interesses de cada interveniente assumem considerável relevo.

Com efeito, confia o legislador que uma actuação desenvolvida de acordo com as normais práticas do mercado conduzirá, em princípio, não apenas a uma transacção tida por satisfatória para o *cedente* e o *cessionário(s)* dos exclusivos, como também à prossecução do fim visado pela norma, garantindo a ampla divulgação de um acontecimento de interesse generalizado cujo acesso, de outro modo, permaneceria vedado a parte substancial do público nele interessado.

Não obstante, e conquanto inspire a normação que a visa concretizar, a finalidade de interesse geral, visada pelo artigo 32.º, n.º 2, da Lei da Televisão, *não é*, na perspectiva do legislador, um objectivo *absoluto* que tenha de ser impreterivelmente alcançado. Fosse esse o desiderato pretendido, e a correspondente orientação legislativa teria sido fixada. O que se exige é que não seja uma actuação discriminatória e inteiramente desconforme aos mecanismos de mercado (*maxime*, por parte do cedente) o motivo determinante que impeça a realização do desígnio tido em vista pelo legislador.

2.3. As reflexões precedentes revestem-se de importância para aferir a regularidade ou irregularidade da cedência dos direitos de transmissão televisiva em apreço.

Recorde-se que a queixa apresentada questiona a legalidade da decisão adoptada pela SPORT TV no desfecho do processo de consulta da cedência de direitos por ela desencadeado e em cujo âmbito sustenta a Queixosa ter sido prejudicada pela cedente, por força da violação das obrigações de *transparência* (aqui se abrangendo o dever de *fundamentação adequada* da sua decisão), *não discriminação* e *respeito integral pelas condições normais de mercado* que lhe seriam aplicáveis.

Importa apurar se o entendimento da Queixosa é procedente.

A este respeito, deve começar por assinalar-se que o sistema estabelecido pelo legislador nacional é suficientemente aberto para viabilizar a regularidade de uma cedência, assente num sistema de convite aberto à formulação de propostas negociais, no qual o cedente especifica, desde logo, o tipo e extensão dos direitos que se propõe sublicenciar sem, contudo, fixar antecipada e unilateralmente a contrapartida devida por tal cedência, antes devolvendo esse ónus aos interessados.

Ora, além de esta modalidade de negociação ser conforme ao princípio da liberdade contratual e mostrar-se, assim, perfeitamente aceitável e válida à luz do nosso sistema jurídico, ela espelha também, desde logo, as condições de mercado normalmente praticadas, neste exacto contexto ⁽¹⁰⁾. Além de que, e como é do domínio público, esta é a prática que, em moldes *constantes e inalterados*, vem sendo *regularmente adoptada* por parte da ora Denunciada, em anteriores exercícios de sublicenciamento de direitos exclusivos por ela detidos, quanto ao mesmo preciso tipo de eventos. E – acrescente-se – sem que, em qualquer desses exercícios, se conheça qualquer contestação por parte dos interessados quanto a tal modo de proceder.

Por outro lado, tendo sido auscultados, e precisamente nos mesmos termos, no processo de consulta desencadeado pela Denunciada e ora em exame, todos os operadores televisivos elegíveis à luz da norma do artigo 32.º, n.º 2, da Lei da Televisão (*supra*, III.1 e 2, e VI.2.1.), não se vislumbra, aqui, qualquer violação do dever de não discriminação fixado por tal norma, relativamente ao universo de possíveis interessados por ela visados. Muito pelo contrário, a via adoptada pela ora Denunciada apresenta-se

⁽¹⁰⁾ A avaliação – necessariamente casuística – da contrapartida oferecida (e aceite) pela aquisição de dado direito de transmissão é algo que, necessariamente, escapa ao crivo de apreciação daquelas que serão as “normais condições de mercado”. Até porque é aqui o próprio jogo da oferta e da procura que conduzirá à concreta determinação da contrapartida que a final venha a ser acordada entre as partes, e sendo esse terreno onde terceiros (*maxime*, o Estado) não podem, ou devem, interferir.

como idónea a garantir a prévia igualdade de tratamento a todos os cessionários elegíveis.

É, com efeito, nesse preciso sentido que deve ser interpretado o aludido requisito de não discriminação, e não já nos termos alegados pela Queixosa, de acordo com os quais não poderia a SPORT TV valorizar (certos) elementos da proposta negocial da RTP, quer porque os mesmos configurariam, por si próprios, uma violação das regras aplicáveis ao mercado concorrencial, quer porque se traduziriam em vantagens competitivas ilegítimas por não se encontrarem na disponibilidade de todos os interessados no procedimento de consulta em causa. Eventuais consequências que, porventura, se retirem de tais alegações, se e quando comprovadas, deverão ser feitas em sede própria e diversa da do presente procedimento. É que essas são preocupações que, sendo em si legítimas, são, contudo, estranhas à *ratio* e ao objectivo de interesse geral da norma do artigo 32.º, n.º 2, da Lei da Televisão, o qual resultaria, não raras vezes, sacrificado se a sua prossecução ficasse dependente de uma ratificação conferida pelas normas do direito da concorrência. Por outro lado, isso representaria, também, uma grave entorse aos valores da estabilidade e segurança jurídica.

Acresce que as ditas “condições normais do mercado” se caracterizam, entre outras, pela circunstância de os intervenientes, em casos como o ora em apreço, exibirem “argumentos” económicos diversos e, não raras vezes, dificilmente comparáveis entre si.

Além disso, e na óptica do cedente, a *melhor oferta* não será, necessariamente, a mais avultada do ponto de vista quantitativo, mas antes aquela que se traduza na disponibilização de certas vantagens (v.g., reportadas à permuta, como contrapartida, de outros direitos de transmissão) cuja obtenção por outra via seria, para esse mesmo cedente, muito difícil ou mesmo impossível garantir.

E também por isso se compreende que, no tocante à alçada da Lei da Televisão, e, em particular, ao mecanismo inscrito no seu artigo 32.º, n.º 2, não esteja a SPORT TV sujeita a qualquer específica obrigação de *transparência* relativamente às motivações subjacentes à decisão por ela adoptada. E – dado tratar-se de entidade puramente privada – nem sequer em legislação avulsa se surpreende qualquer (outro) mecanismo que lhe seria aplicável, no sentido exposto: v., a propósito, pela negativa, os artigos 2.º e 3.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, e o artigo 2.º do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.

Por força das motivações precedentemente expressas, *e sempre à luz do dispositivo do artigo 32.º, n.º 2, da Lei da Televisão*, dispensável se mostra também, no caso vertente, o escrutínio das diferentes propostas endereçadas à SPORT TV. Em particular, não se estima que o pronunciamento emitido pela CADA (*supra*, III.14), a requerimento da TVI, se mostre necessário ou revestido de qualquer efeito útil para a devida apreciação da presente queixa. Com efeito, facultada a possibilidade de cedência dos direitos em apreço a todos os possíveis interessados, em absoluta igualdade de circunstâncias e de acordo com as normais condições do mercado, e uma vez assegurada a divulgação, em ‘sinal aberto’, dos eventos de interesse generalizado objecto desses direitos, qualquer tentativa feita no sentido de apurar o efectivo conteúdo do sublicenciamento acordado entre a SPORT TV e a RTP significaria uma interferência intolerável, por parte da ERC, no âmbito de um negócio que, inspirado embora na prossecução de um objectivo de interesse geral bem definido, apresenta uma base e contornos de índole essencialmente privada. E é manifesto não ter sido essa a intenção tida em vista pelo diploma da Lei da Televisão.

2.4. Acrescente-se, aliás, que, a verificar-se eventual incumprimento de qualquer dos requisitos apontados pela norma do artigo 32.º, n.º 2, da Lei da Televisão, nunca poderia

este bulir com a validade e/ou eficácia do sublicenciamento, no caso vertente, acordado entre os operadores SPORT TV e RTP, pois que, ao abrigo do diploma legal identificado, a actuação da ERC não poderia, em qualquer caso, ir além da cominação (ao operador SPORT TV, e apenas a este) de uma contra-ordenação muito grave, punível, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 93.º e 77.º, n.º 1, alínea a), com uma coima de € 75.000 a € 375.000 e com a suspensão temporária da autorização do serviço de programas.

2.5. Do exposto resulta que, à luz do artigo 32.º, n.º 2, da Lei da Televisão, e no âmbito do presente procedimento de queixa, não cabe apreciar as alegações da TVI que, à luz de considerações jusconcorrenciais, questionam a regularidade da actuação desenvolvida por parte dos operadores RTP e SPORT TV. Embora as questões suscitadas por essa via possam, e devam, obter resposta em sede própria (mas diversa, insiste-se, do presente procedimento de queixa), de igual modo se reitera que nenhuma delas poderá colocar em causa a regularidade da cedência acordada entre os operadores SPORT TV e RTP, satisfeitos que foram os requisitos básicos enunciados no artigo 32.º, n.º 2, da Lei da Televisão, e assegurado o objectivo central prosseguido pela norma em questão.

2.6. Em consonância com o que antecede, e em resultado de boa parte das preocupações suscitadas pela TVI no âmbito do presente procedimento de queixa revestirem, em bom rigor, e como se viu, índole estritamente concorrencial, entende a ERC ser oportuno expressar, desde já, a sua inteira disponibilidade para, no local e momento próprios, colaborar com a Autoridade da Concorrência para a dilucidação das questões identificadas, recordando, a propósito, que entre as diferentes responsabilidades estatutárias que lhe incumbem se conta, precisamente, a de “assegurar, em articulação com a Autoridade da Concorrência, o regular e eficaz funcionamento dos mercados de imprensa escrita e de áudio-visual em condições de

transparência e equidade”: v. artigo 8.º, alínea g), dos Estatutos da ERC, aprovados e publicados em anexo à Lei n.º 53/2005, de 8 de Novembro.

VII. Deliberação

Apreciada uma queixa apresentada pelo operador TVI – Televisão Independente, SA, contra o operador SPORT TV Portugal, SA, tendo por objecto “a presumida infracção do disposto no artigo 32.º, n.º 2, da Lei n.º 27/2007, de 30 de Julho, praticada pela sociedade SPORT TV Portugal, SA”, em resultado da cedência ao operador RTP de direitos de difusão televisiva, por aquela detidos em regime de exclusividade, e respeitantes a determinados jogos das épocas desportivas de 2008/2009 e 2009/2010 da Liga Portuguesa de Futebol Profissional (LPFP), no termo de um processo de consulta de interessados onde teriam sido, alegadamente, violados princípios de transparência, não discriminação e de respeito integral pelas condições normais de mercado que a Denunciada estaria obrigada a respeitar, o Conselho Regulador da ERC considera improcedente a queixa formulada, por não se ter verificado, no caso vertente, a violação do citado dispositivo da Lei da Televisão por parte do operador SPORT TV.

Lisboa, 7 de Janeiro de 2009

O Conselho Regulador

José Alberto de Azeredo Lopes

Elísio Cabral de Oliveira

Luís Gonçalves da Silva (voto contra, com declaração de voto)

Maria Estrela Serrano

Rui Assis Ferreira (voto contra, com declaração de voto)