

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



**Deliberação
1/CC/2007**

ENTIDADE REGULADORA
PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

**Denúncia da TVTEL relativa à resolução do contrato de
distribuição dos serviços de programas Sport TV 1 e Sport TV 2**

Lisboa

15 de Maio de 2007

Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social

Deliberação 1/CC/2007

Assunto: Denúncia da TVTEL relativa à resolução do contrato de distribuição dos serviços de programas Sport TV 1 e Sport TV 2

I. FACTOS

I.1. Ponto Prévio

1. Em Fevereiro de 2007, a TVTel Comunicações S.A. (doravante TVTel) dirigiu-se à ERC a solicitando a realização de uma audiência a respeito da resolução pela Sport TV Portugal, S.A. (doravante Sport TV) do contrato de distribuição dos serviços de programas Sport TV 1 e Sport TV 2, com efeitos a partir de 28 de Fevereiro de 2007.
2. A referida audiência teve lugar em 14 de Fevereiro de 2007, nas instalações da ERC, manifestando a TVTel a sua preocupação com as consequências no acesso aos conteúdos que a referida resolução acarretaria.
3. Em 16 de Fevereiro de 2006, a TVTel, na sequência da reunião realizada, enviou um fax à ERC, nos seguintes termos:
 - considera a TVTel que ao deixar de poder distribuir aos seus assinantes os conteúdos desportivos que integram a programação do canal Sport TV, existe condicionamento no acesso à informação de interesse generalizado do público e à diversidade de expressões;
 - a TVTel entende que esta situação se enquadra nos objectivos da regulação (cf. art.º 7.º, al.b), Estatutos da ERC, aprovados em Anexo à Lei n.º 53/2005, de 8 de Novembro) e nas competências do Conselho Regulador (art.º 24.º, n.º 3, al. p), EstERC):
 - anexa a correspondência trocada entre a TVTel e a SPORT TV.

4. Em 22 de Fevereiro de 2007, a SPORT TV comunicou à ERC a resolução, com justa causa, do contrato de distribuição do canal Sport TV, celebrado em 30 de Agosto de 2005 com a TVTel, remetendo a correspondência trocada entre as partes, e que fundamenta a resolução do contrato.
5. A este respeito foi elaborada a Informação n.º 008/MMS/2007.

I.2. A queixa da TVTel

6. Em 9 de Março de 2007, a TVTel apresentou à ERC uma queixa relativa à resolução pela Sport TV do contrato de distribuição dos serviços de programas Sport TV 1 e Sport TV 2.
7. Considera a TVTel inexistir fundamento legítimo para a cessação unilateral do contrato, “não podendo a Sport TV recusar o fornecimento do sinal com fundamentos alegadamente da esfera contratual porquanto o efeito prático de tal recusa é a eliminação de um distribuidor concorrente da TV Cabo (subsidiária em relação de grupo com a Sport TV)”.
8. Refere que a TVTel é operador de rede de distribuição por cabo e celebrou em 15 de Novembro de 2005 com a Sport TV um contrato de distribuição de serviço de programas, conforme minuta apresentada pela Sport Tv e sem possibilidade de negociação.
9. O contrato implica prejuízos recorrentes para a TVTel, decorrentes de cláusulas que considera de “duvidosa legalidade” como a “fórmula de remuneração assente em “mínimos de assinantes”, segundo a qual a TVTel é facturada mensalmente em função de uma taxa de penetração pré-definida, mesmo que o número real de assinantes do canal Sport TV sobre a sua rede seja inferior àqueles mínimos”.
10. A TVTel apenas aceitou as condições deficitárias porque o serviço de programas SPORT TV constitui “atento o interesse gerado pelos conteúdos desportivos exclusivos que compõem a sua programação, uma necessidade imperativa para qualquer operador de televisão por cabo”, e tendo em conta a falta de alternativa foram obrigados a aceitar condições contratuais não equitativas.

11. Remete a correspondência trocada com a Sport TV, entre 7 de Fevereiro de 2006 e 13 de Novembro de 2006, e que, em suma, respeita às queixas e propostas da TVTel quanto ao sistema de remuneração acordado e que tornaria inviável o projecto de digitalização a que estavam obrigados (cf. Docs. 5 a 14 juntos à queixa da TVTel).
12. Em 12 de Janeiro de 2007, a Sport TV invoca o incumprimento contratual, e solicita a adopção das medidas necessárias à digitalização da rede até 31.1.2007.
13. A TVTel, a respeito da implementação do formato digital, invoca que:
 - a TV Cabo é o único operador que implementou o formato digital;
 - o objectivo de digitalizar até 1 de Janeiro de 2006 aplica-se a todos os operadores;
 - “o sistema digital de condicionamento de acesso da TV Cabo foi “quebrado” há já algum tempo”;
 - desde 1 de Fevereiro de 2007 que todos os novos assinantes do canal Sport TV são instalados com boxes digitais.
14. Na sequência de uma reunião entre a TVTel e a SportTV, em que se discutiram as condições comerciais, “um dos administradores da TVTel referiu-se ao tema dos mínimos de assinantes numa entrevista concedida à Agência Lusa, tendo admitido a possibilidade de rescisão do contrato com a Sport TV”, com o objectivo de “desbloquear a negociação com a Sport TV relativamente aos mínimos de assinantes em vigor”.
15. Em 2 de Fevereiro de 2007 a SPORT TV comunicou à TVTel a resolução do contrato de distribuição de canal de televisão a partir de 28 de Fevereiro de 2007, com os seguintes fundamentos:
 - a. na sequência da entrevista do representante da TVTel à comunicação social, a SPORT TV considera que foram revelados termos e condições do contrato, em incumprimento da obrigação de confidencialidade da cláusula 23.^a do contrato, do princípio da boa fé, tendo sido posta em causa a relação de confiança entre as partes em virtude de ter sido declarado que a distribuição do canal Sport TV causa prejuízos significativos;

- b. acresce a violação reiterada da cláusula 7.^a, n.º 2 do contrato em virtude do incumprimento da obrigação de distribuição do canal Sport TV em formato digital desde 1 de Janeiro de 2006, até à presente data.
16. Em 12 de Fevereiro de 2007 a TVTel respondeu à SPORT TV, considerando inválida a resolução do contrato, na medida em que seria “forçada” a invocação da obrigação de confidencialidade e que o incumprimento da obrigação de distribuição do canal Sport TV em formato digital não seria causa de resolução do contrato, mas apenas da sua não renovação, sendo certo que outros operadores não a cumprem, tratando-se de um comportamento discriminatório em relação à TVTel.
17. Remete a correspondência trocada entre as partes, reiterando a Sport TV a resolução do contrato.
18. Em Março de 2007 o canal Sport TV deixou de ser transmitido pela TVTel.
19. A resolução do contrato e o corte de sinal provocou a rescisão de contratos por clientes da TVTel, pondo em causa o bom nome e imagem comercial da empresa, e “prejudica, desde já, o livre acesso dos utilizadores das zonas cobertas pela oferta da TVTel a fornecedores alternativos destes conteúdos”.
20. Considera que pelo facto de a Sport TV integrar a estrutura da PT Multimédia, SGPS, SA, que por sua vez detém o controlo sobre a TV Cabo, se causam “efeitos negativos, para a liberdade de informação e garantia de pluralismo”.
21. A este propósito remete para a Deliberação do Conselho Regulador da ERC 5-P/2006, referente ao acordo entre a SIC/PT Multimédia/TV Cabo, que incluía os direitos de exclusividade conferidos à PT Multimédia para a comercialização dos serviços de programas temáticos SIC e se debruçou, “também, sobre o âmbito de intervenção da ERC em matérias relacionadas com as condições de distribuição de canais e o relacionamento entre os respectivos produtores e as redes de distribuição”.
22. Considera as conclusões da referida Deliberação aplicáveis ao seu caso no sentido de que “a discriminação no acesso ao canal resulta, no caso da Sport TV, das condições de remuneração (mínimos de assinantes, por exemplo) [...] e de uma resolução contratual abusiva”.

23. Nestes termos requer à ERC que adopte as diligências necessárias “tendo em vista a reposição da situação anterior à resolução contratual operada pela Sport TV”.

I.3. A oposição da Sport TV

24. Notificada a Sport TV a pronunciar-se quanto ao teor da queixa supra descrita, apresentou defesa em 23 de Abril de 2003. Alegando em suma,

a) Da extemporaneidade da queixa

25. Nos termos do art.º 55.º EstERC, o prazo para apresentação de queixa é de 30 dias a contar do conhecimento dos factos e desde que tal conhecimento não ocorra passados mais de 120 dias da ocorrência da alegada violação.

26. A ilicitude da resolução do contrato de distribuição de sinal dos canais Sport TV, foi comunicada à TVTel por carta de 2 de Fevereiro de 2007 e por esta recepcionada em 5 de Fevereiro de 2007.

27. O prazo para apresentação de queixa terminou, por isso, no dia 7 de Março de 2007.

28. A TVTel remeteu a queixa à ERC por fax de 9 de Março de 2007, remetendo posteriormente por carta de 12.3.2007 cópia da queixa e documentos.

29. A queixa deve ser rejeitada, por extemporânea.

b) Da inutilidade procedimental junto da ERC

b.1) Da decisão da Autoridade da Concorrência (doravante AdC) sobre a mesma questão

30. Entende a Sport TV que “a apreciação da queixa pela ERC está prejudicada uma vez que a matéria sobre que versa foi já objecto de apreciação e decisão pela AdC”, conforme resulta do Comunicado n.º 3/2007, emitido em 14 de Março de 2007.

31. A AdC analisou a resolução contratual e concluiu que não recai sobre a alçada da Lei da Concorrência, representando matéria do foro contratual entre as empresas, e verificou “não existirem indícios de prática anti-concorrencial e, nomeadamente, de discriminação entre operadores”.

32. A AdC comunicou a decisão à TVTel em 23 de Fevereiro de 2007, mas ainda assim a TVTel, omitindo tal facto, denunciou “comportamentos alegadamente anti-concorrenciais por parte da Sport TV, invocando expressamente a al. g) do art.º 8.º EstERC, que trata da necessária articulação da ERC com a AdC no desempenho das suas atribuições”.
33. “[C]onsiderando que, as competências da ERC no que à matéria da Queixa respeita se circunscreveriam à conexão de eventuais ilícitos jusconcorrenciais com o sector da comunicação social, não podendo deixar de ser exercidas em articulação com a AdC (al. g) do art.º 8.º dos EstERC e artigos 15.º e 29.º n.º 2 da Lei da Concorrência), parece inequívoco que a apreciação desta Queixa da TVTel se revela prejudicada”.
34. Além de prejudicada a apreciação pela ERC, considera a Sport TV que “sem a legalmente exigida “articulação” com a AdC, poderia conduzir a uma inaceitável contradição de decisões sobre a mesma factualidade”, e que a Lei da Concorrência no seu art.º 29.º, n.º 2, pretende evitar.

b.2) Da pendência do procedimento cautelar requerido pela TVTel

35. A TVTel requereu, ainda, contra a SportTV um procedimento cautelar não especificado que corre termos na 2.ª Secção da 13.ª Vara Cível de Lisboa, invocando como causa de pedir a mesma factualidade alegada na Queixa apresentada à ERC e anteriormente dirigida à AdC.
36. Sob pena de existir, também aqui, uma possibilidade de contradição de decisões deve a ERC julgar prejudicado o conhecimento da queixa.

c) *Dos fundamentos da queixa*

37. Sem conceder, alega a Sport TV que para sustentar a ilicitude da resolução “a TVTel recorre a uma série de factos que nada têm a ver com a resolução, e que estão há muito pacificamente aceites pela AdC, não constituindo qualquer prática anti-concorrencial”, nomeadamente a respeito de algumas cláusulas do contrato.

38. A AdC tem conhecimento do teor de todos os contratos celebrados pela Sport TV e que correspondem a um modelo contratual único para todos os operadores, e considerou não existirem cláusulas discriminatórias.
39. A AdC é, igualmente, “informada das taxas de penetração mínima fixadas pela Sport TV, nunca tendo oposto nada, quer às próprias taxas, quer ao modo como as mesmas são calculadas”, traduzindo esses mínimos prática habitual no mercado de distribuição de canais codificados.
40. A TVTel vinculou-se a esse contrato, e é o único operador a questionar a regra das taxas de penetração mínima.
41. Não compreende como a TVTel mantém interesse na subsistência de um contrato que considera tão ruinoso.
42. “Aliás, o argumento de que não há alternativa no mercado para os canais Sport TV não é verdadeiro, como a própria TVTel reconhece ao publicamente anunciar ter já dois “dos mais famosos canais desportivos do mundo” (o ESPN Classic e o NASN)”.
43. Quanto à implementação do sistema digital na rede da TVTel, esta incumpriu reiteradamente a obrigação de digitalização da rede, não obstante as inúmeras oportunidades concedidas pela Sport TV e sendo o único operador com quem a Sport TV não conseguiu chegar a acordo.

d) Da licitude da resolução contratual

44. Considera a Sport TV que a resolução contratual “é perfeitamente lícita e justificada face, (i) quer ao incumprimento reiterado e definitivo da obrigação de digitalização, (ii) quer à violação dos deveres de confidencialidade e à quebra de confiança geradas pela entrevista”.
45. A TVTel assumiu, aliás, que as afirmações do seu Administrador divulgadas em diversos jornais tiveram “o intuito de pressionar a Sport TV a aceitar as suas “exigências””, mantendo a acusação de práticas discriminatórias contra a Sport TV.
46. A conduta da TVTel confirma a justa causa invocada pela Sport TV para pôr termo ao contrato.

47. A Sport TV assumiu perante a AdC um compromisso de não discriminação que tem vindo a ser cumprido, sendo irrelevante para a resolução operada o facto de a Sport TV ser detida em 50% pela PT Multimédia.
48. Mais entende a Sport TV que o direito a não ser discriminado da TVTel é um direito limitado pela boa fé e pelos seus limites económicos.
49. A TVTel agiu de má fé ao atentar contra o bom nome da Sport TV e quebrar a confidencialidade da relação comercial, e ultrapassou os limites económicos do direito a contratar sem ser discriminado ao pretender “usá-lo como causa de exclusão da ilicitude para reiterados incumprimentos ou como forma de pressão negocial”.
50. Mesmo posteriormente à resolução “a TVTel continuou a denegrir publicamente a Sport TV” e “a transmitir ilegalmente os canais da Sport TV depois de o respectivo sinal ter sido oficialmente interrompido”, pelo que não existem condições para exigir à Sport TV a manutenção da relação contratual com a TVTel.
51. Alega a Sport TV que a resolução não coloca em risco a livre difusão de conteúdos, uma vez que a Sport TV estabelece e estabeleceu relações comerciais com todos os operadores que solicitam os seus serviços, v.g. ArTelecom, Cabovisão, Bragatel, Pluricanal Leiria, Pluricanal Santarém, TV Cabo Portugal e Novis.
52. Não se aplica ao presente caso o parecer da ERC, que tem como pressuposto um comportamento “injustificado”.

e) Conclusões

53. Nestes termos a Sport TV requer à ERC que:
 - julgue extemporânea a Queixa apresentada pela TVTel;
 - julgue prejudicada a apreciação da Queixa, em face da decisão da AdC e da existência de um procedimento cautelar, por poder conduzir à contradição de decisões;
 - julgue improcedente a Queixa por a resolução contratual efectuada ser lícita e não constituir “comportamento susceptível de configurar violação de direitos, liberdades

e garantias ou de quaisquer normas legais ou regulamentares aplicáveis às actividades de comunicação social”.

II. QUESTÕES PRELIMINARES

II.1. Competência da ERC

54. A SPORT TV e a TVTel estão, respectivamente, sujeitas à supervisão e intervenção do Conselho Regulador ao abrigo do art.º 6.º, alíneas c) e d), EstERC), cabendo à ERC arbitrar e resolver os litígios que surjam no âmbito das actividades de comunicação social (art.º 24.º, n.º 3, al. t), EstERC).

55. Importa analisar a resolução do contrato de distribuição, quanto à sua conformidade com os objectivos da regulação do sector da comunicação social, as atribuições da ERC e as competências do seu Conselho Regulador, enunciados, respectivamente, nos artigos 7.º, 8.º e 24.º, EstERC.

II.2. Da extemporaneidade da queixa

56. Ao abrigo do art.º 55.º, EstERC, as queixas devem ser apresentadas “no prazo máximo de 30 dias a contar do conhecimento dos factos e desde que tal conhecimento não ocorra passados mais de 120 dias da ocorrência da alegada violação”.

57. Alega a Sport TV que a TVTel tomou conhecimento dos factos em 5 de Fevereiro de 2007, terminando o prazo para apresentação de queixa no dia 7 de Março de 2007, sendo que esta apenas foi apresentada à ERC por fax de 9 de Março de 2007.

58. Ocorre que a ERC tomou conhecimento, em 14 de Fevereiro de 2007, aquando da realização da audiência com a TVTel, da factualidade descrita na petição ora em apreço, e a propósito da qual em 16 de Fevereiro de 2006 recebeu denúncia por escrito.

59. Aí, cabendo à ERC arbitrar e resolver os litígios que surjam no âmbito das actividades de comunicação social quer *ex officio*, quer por denúncia das partes, deu início a um procedimento no âmbito das suas competências e atribuições de regulação e supervisão.
60. E note-se, aliás, que a própria Sport TV, em 22 de Fevereiro de 2007, deu conhecimento à ERC, remetendo a correspondência trocada, do litígio existente entre as partes.
61. Ao informar a ERC da querela existente com a TVTel, bem sabia a Sport TV que a ERC, no âmbito das suas atribuições e porque vinculada a um dever de decisão (art.º 9.º, Código do Procedimento Administrativo, doravante CPA), poderia, como fez, dar início a averiguações.
62. Foi no decurso do procedimento que a denúncia da TVTel foi reformulada, mantendo-se a factualidade descrita, nos termos da petição apresentada em 9 de Março de 2007.
63. Petição essa que, integrando a denúncia de 16 de Fevereiro de 2007, foi levada ao conhecimento da Sport TV para que esta se pronunciasse (cf. art.º 53.º, n.º 5.º, EstERC, art.ºs 56.º, 89.º, CPA).
64. Daí que, não obstante se ter indicado por lapso no Ofício enviado à Sport TV, o prazo previsto no art.º 56.º, n.º 2, referente ao procedimento de queixa, se haja que considerar estarmos no âmbito de um procedimento que não se rege pelas disposições do art.º 55.º e ss., EstERC.
65. E, por isso, não sujeito ao prazo previsto no art.º 55.º, n.º 1, EstERC.
66. E ainda que se regesse, considerar-se-ia ter sido a queixa apresentada em 16 de Fevereiro de 2007 e, por isso mesmo, dentro do prazo estipulado no art.º 55.º, EstERC.
67. Não procede a invocação da extemporaneidade da queixa alegada pela Sport TV.

II.3. Da inutilidade procedimental junto da ERC

68. Alega a Sport TV que a apreciação da factualidade objecto da petição da TVTel pela ERC se encontra prejudicada, por se encontrar já apreciada pela AdC,

conforme o Comunicado n.º 3/2007, emitido em 14 de Março de 2007. Podendo conduzir esta apreciação da ERC a uma “inaceitável contradição de decisões sobre a mesma factualidade”, e que a lei no art.º 29.º, n.º 2 da Lei da Concorrência pretende evitar.

69. Do mesmo modo, estando pendente um procedimento cautelar em que é a mesma a causa de pedir, existe, também aqui, uma possibilidade de contradição de decisões, pelo que deve a ERC julgar prejudicado o conhecimento da queixa.
70. Ao abrigo do art.º 8.º, al. g), EstERC, constitui atribuição da ERC assegurar, em articulação com a Autoridade da Concorrência, o regular e eficaz funcionamento do mercado audiovisual em condições de transparência e equidade.
71. Os operadores de televisão, como é a Sport TV (cf. Deliberação da Alta Autoridade para a Comunicação Social de autorização de acesso da Sport TV Portugal, S.A. à actividade televisiva, de 2 de Setembro de 1998), estão sujeitos ao regime geral de defesa e promoção da concorrência, nomeadamente no que diz respeito às práticas proibidas, em especial o abuso de posição dominante (art.º 4.º, n.º 1, da Lei da Televisão (Lei n.º 32/2003, de 22 de Agosto, doravante LT)).
72. Daí que, em matéria de defesa da concorrência no sector da comunicação social, tendo em conta o alargamento do âmbito do quadro legal da defesa da concorrência a todas as actividades económicas (art.º 1.º, n.º 1, Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, doravante RJC), o exercício das funções de regulação sectorial pela ERC apresenta sobreposição com a actuação da AdC.
73. É certo que importa, por isso, articular sempre as decisões que venham a ser tomadas pela ERC com a actuação da AdC, pois corre-se o risco de a ERC se pronunciar sobre matérias da competência da AdC, e vice-versa, ou existirem por parte das duas entidades entendimentos díspares sobre o mesmo assunto.
74. Ora, em termos gerais, em matéria de concorrência a regulação da ERC assume-se como intervenção *ex-ante*, isto é, através da criação de regras procura influenciar o comportamento dos agentes. Por sua vez, a defesa da concorrência procura, através

da detecção e penalização de determinadas práticas comerciais, influenciar o comportamento dos operadores.

75. Assim se compreende que a lei confira à AdC competência para a análise *ex-post* de situações susceptíveis de contrariar a lei da defesa da concorrência (art.º 14.º, RJC), nomeadamente em matéria de processos relativos a práticas proibidas (art.ºs 22.º e ss., RJC).
76. Mas, neste âmbito estabeleceram-se, igualmente, mecanismos de articulação com as demais autoridades reguladoras sectoriais - incluindo-se aqui a ERC -, nomeadamente nos art.ºs 24.º e 29.º, RJC, e no art.º 6.º, n.ºs 2 e 3, do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro.
77. Na hipótese de a resolução do contrato de distribuição do canal Sport TV ser susceptível de configurar uma prática restritiva da concorrência, dois cenários seriam possíveis:
- a. a AdC, ao tomar conhecimento dos factos, abre, se assim o considerar necessário, um processo de inquérito (art.ºs 24.º, n.º 1, RJC) e, concluída a instrução, requer parecer prévio à ERC (art.º 28.º, n.º 2, RJC);
 - b. a ERC pode apreciar, oficiosamente ou a pedido de entidades reguladas, questões que possam configurar uma violação ao disposto no RJC. Informará de imediato a AdC do processo, e dos seus elementos essenciais, e “antes da adopção da decisão final a autoridade reguladora sectorial dá conhecimento do projecto da mesma à Autoridade, para que esta se pronuncie num prazo razoável por aquela fixado” (art.º 29.º, n.ºs 2 e 4, RJC);
78. Em qualquer das hipóteses a ERC tem o dever de participar à AdC os factos (art.º 24.º, n.º 2, RJC).
79. A entender é que a articulação com a AdC se baseia nas diferentes capacidades de actuação, competências e atribuições de que gozam a AdC e a ERC em matéria de concorrência, clarificando os campos de actuação de cada uma das entidades por

forma a resolver os casos de competências concorrentes e solucionar as possíveis divergências de opinião.

80. Assim, se a ERC tem um melhor conhecimento do funcionamento do sector do audio-visual e do seu enquadramento regulador, a AdC, por sua vez, terá um melhor conhecimento das práticas anti-concorrenciais e da sua forma de investigação.
81. Note-se que a AdC dispõe de poderes específicos e alargados em processos relativos a práticas proibidas (art.ºs 22.º, e ss., RJC) de que a ERC não goza. Por outro lado, a AdC tem poderes de investigação e inquérito mais fortes (art.ºs 17.º e ss., RJC), gozando dos mesmos direitos e faculdades dos órgãos de polícia criminal. E, além disso, tem uma capacidade sancionatória significativa dos comportamentos abusivos da concorrência (art.º 42.º, e ss., RJC), de que a ERC não dispõe.
82. Nestes termos, e considerando a não interferência nas competências da AdC e a possibilidade de existir, de facto, duplicação de análises e até de decisões, a ERC participa os factos à AdC, competindo a esta a eventual decisão de abertura de inquérito, a instrução e decisão quanto a uma eventual violação da lei da defesa da concorrência [na hipótese de abrir inquérito e finda a instrução, a AdC, anteriormente à sua tomada de decisão, requer parecer prévio à ERC (art.º 28.º, n.º 2, RJC)].
83. Nomeadamente, não competeria à ERC, porque matéria do domínio da apreciação da AdC, a análise da questão das taxas mínimas de penetração.
84. Atendendo às suas competências próprias, por participação da própria TVTtel àquela entidade, a AdC pronunciou-se sobre a factualidade invocada pela TVTtel em conformidade com o Comunicado n.º 3/2007, emitido em 14 de Março de 2007.
85. A decisão da AdC, contudo, e ao contrário do pretendido pela Sport TV, não prejudica a análise pela ERC.
86. Excluindo-se da competência da ERC a apreciação dos fundamentos da resolução do contrato, nomeadamente o incumprimento das obrigações de digitalização e a

violação da cláusula de confidencialidade, matérias do domínio exclusivamente contratual e, por isso, inter-partes.

87. À ERC compete proceder à análise dos factos sob a perspectiva da sua adequação aos princípios e legislação específicos da comunicação social, pois é aqui que se enquadra a actuação do regulador.
88. No fundo, cumpre apreciar se a resolução do contrato de distribuição põe em causa a liberdade de informação, pluralismo e diversidade de conteúdos e a liberdade de radiodifusão, de tal maneira que aquela resolução se afigure ilícita.
89. É o que se fará no ponto III da presente proposta de deliberação.
90. E a apreciação da petição da TVTel pela ERC não é, igualmente, prejudicada pela instauração de um procedimento cautelar junto das instâncias judiciais.
91. É que sempre impende sobre a ERC um dever de decisão (art.º 9.º, CPA) sob pena de, escusando-se, se estar a furtar ao exercício das suas competências e atribuições.
92. Não procede, assim, o argumento da inutilidade procedimental junto da ERC

III. ANÁLISE

III.1. As partes

A TVTel

93. A TVTel Comunicações, S.A. é um operador de redes públicas de telecomunicações e tem por objecto, entre outras, a actividade de distribuição de sinal de televisão por cabo.

A SportTV

94. A Sport TV Portugal, S.A. foi criada em 1998, tendo por actividade principal o exercício da actividade televisiva.
95. Explora dois serviços de programas temáticos de acesso condicionado: a Sport TV (cf. Deliberação AACCS de autorização de acesso à actividade televisiva da Sport TV

Portugal, S.A., de 2 de Setembro de 1998) e a Sport TV 2 (Deliberação AACCS n.º 875/2005, de 8 de Junho).

96. A estrutura accionista é constituída pela Sportinveste SGPS, S.A. e pela PT Conteúdos – Actividade de Televisão e de Produção, S.A., (doravante PT Conteúdos) cada uma detentora de participações sociais correspondentes a 50% do capital social.
97. A PT Conteúdos detém a 100% a sociedade CATVP – TV Cabo Portugal, S.A. (doravante CATVP).
98. A PT Televisão por Cabo, SGPS, S.A. é detida a 100% pela PT Multimédia – Serviços de Telecomunicações e Multimédia, SGPS, S.A.

III.2. Serviço de distribuição de televisão por cabo

99. “A actividade dos operadores de rede de distribuição por cabo consiste na instalação e exploração de redes de distribuição por cabo para a transmissão e retransmissão de informação, compreendendo, nomeadamente, a distribuição de emissões de televisão e de radiodifusão sonora, próprias e de terceiros, codificadas ou não, bem como a prestação de serviços de natureza endereçada e de transmissão de dados” [cf. ponto 7.2 do Relatório sobre a Situação das Comunicações (2005) do ICP-Anacom, p. 169].
100. De acordo com o Relatório sobre a Situação das Comunicações (2005) do ICP-Anacom os operadores de redes de distribuição por cabo oferecem serviços de televisão similares. Interessam-nos, neste ponto, o serviço básico e o serviço *premium/suplementar*:
 - “• Serviço básico - pacote que contém em média 50 canais, incluindo os quatro canais nacionais abertos, canais generalistas, de entretenimento, informativos, de documentários, cinema, programação infantil, história, música, saúde, etc.. Este serviço implica o pagamento de um preço de instalação e de uma mensalidade. Alguns operadores disponibilizam pacotes com um menor número de canais, denominados mini-básicos, a preços inferiores.

- Serviço *premium*/suplementar - serviço que oferece canais de acesso condicionado e que estão sujeitos ao pagamento de um valor adicional, como a *Sport TV*, os canais de cinema, o *Disney Channel*, entre outros, tornando-se necessário instalar um descodificador de sinal dos canais (set-top-box). A generalidade dos operadores comercializa pacotes de canais (por exemplo, *Sport TV + Disney Channel*) a preços mais vantajosos.”
101. Actualmente este serviço é prestado em redes acessíveis ao público, pelos seguintes operadores: Bragatel – Comp. Televisão por Cabo de Braga, S.A. (Bragatel) ; Cabo TV Açoreana, S.A.. (Cabo TV Açoreana); Cabo TV Madeirense, S.A. (Cabo TV Madeirense); Cabovisão – Sociedade de Televisão por Cabo, S.A.(Cabovisão); CATVP; Pluricanal Leiria – Televisão por Cabo, S.A. (Pluricanal Leiria); Pluricanal Santarém – Televisão por Cabo, S.A. (Pluricanal Santarém); TVTel.
102. Em termos de zonas geográficas estão presentes os seguintes operadores:
- a. Norte: Bragatel, Cabovisão, CATVP, TVTel;
 - b. Centro: CATVP, Cabovisão, Pluricanal Leiria, Pluricanal Santarém;
 - c. Lisboa: CATVP, Cabovisão;
 - d. Alentejo: CATVP, Cabovisão, Pluricanal Santarém;
 - e. Algarve: CATVP, Cabovisão;
 - f. Região Autónoma da Madeira: Cabo TV Madeira;
 - g. Região Autónoma dos Açores: Cabo TV Açores.
103. De acordo com os dados do ICP-Anacom, “no final de 2005, existiam em Portugal cerca de 1,4 milhões de assinantes do serviço de distribuição de televisão por cabo, mais 57.000 assinantes que no ano anterior.”

Quadro 97 – Número de assinantes do SDC

Assinantes	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Norte	192.367	246.581	291.281	314.911	317.728	327.636
Centro	113.888	137.218	155.652	161.764	161.211	167.996
Lisboa*	499.391	592.939	644.387	678.338	675.943	707.391
Alentejo	16.429	22.827	35.159	35.111	36.327	38.111
Algarve	31.053	38.401	47.549	49.245	48.826	50.988
Região Autónoma dos Açores	31.635	35.483	36.680	37.881	38.751	40.047
Região Autónoma da Madeira	40.127	45.893	51.156	56.461	62.365	66.073
Total	924.890	1.119.342	1.261.864	1.333.711	1.341.151	1.398.242

*Fonte: ICP-ANACOM

A oferta do serviço por mais do que um operador na mesma região, pode implicar a múltipla cablagem de um mesmo alojamento. Este facto tem vindo a ganhar importância, nomeadamente na região de Lisboa, dando origem a valores superiores a 100 por cento, para este indicador.

III.3. Serviço de programas televisivos temáticos de acesso condicionado. A Sport TV.

104. Vimos que os telespectadores celebram com os operadores de distribuição de televisão por cabo contratos relativos à recepção dos serviços de programas de televisão.
105. O serviço de programas televisivo é o “conjunto de elementos da programação, sequencial e unitário, fornecido por um operador de televisão” (art.º 2.º, n.º 1, al. c), LT), entendendo-se o operador televisivo como “a pessoa colectiva legalmente habilitada para o exercício da actividade televisiva” (art.º 2.º, n.º 1, al. b), LT).
106. Os serviços de programas televisivos podem ser generalistas ou temáticos e de acesso condicionado ou não condicionado (art.º 9.º, LT).
107. A Sport TV tem uma programação exclusivamente sobre desporto, destinada a ser distribuída por operadores de cabo, em regime de *Pay-TV*, constituindo por isso um serviço de programas temático de acesso condicionado.
108. O operador de televisão tem que contratar com os operadores de redes de distribuição a difusão dos seus serviços de programas. A obtenção da própria autorização para o exercício da actividade televisiva depende de os operadores apresentarem comprovativo de acesso a uma rede que permita a distribuição dos serviços de programas (art.º 12.º, n.º 1, Decreto-Lei n.º 237/98). Nos serviços de

programas nacionais a rede tem que garantir a cobertura nacional do respectivo canal.

109. Os serviços de programas de acesso não condicionado constituem a oferta base dos operadores de redes de distribuição. As suas ofertas complementares, destinadas aos telespectadores que não obtêm satisfação com a oferta base e estão disposto a pagar uma contraprestação suplementar, são constituídas pelos serviços de programas de acesso condicionado.
110. O serviço de programas Sport TV integra-se na oferta complementar dos operadores de redes de distribuição de televisão por cabo.
111. É um serviço de programas distribuído pelos seguintes operadores de redes de distribuição de televisão por cabo: Cabo TV Madeira, Cabo TV Açores, CATVP, Cabovisão, Pluricanal Leiria, Pluricanal Santarém e, até à ocorrência da resolução do contrato, pela TVTel.
112. Significa, por isso, que na Zona Norte, em que opera a TVTel, o serviço de programas Sport TV é distribuído pela CATVP, Bragatel e, até à ocorrência da resolução do contrato, pela TVTel.
113. Mais especificamente no distrito do Porto, área de cobertura da TVTel, a Sport TV é distribuída pela CATVP e, até à ocorrência da resolução do contrato, pela TVTel.

III.4. Liberdade de informação, pluralismo e diversidade de conteúdos

114. Nesta fase pretende-se determinar se a resolução do contrato de distribuição do canal Sport TV concretiza uma restrição ao direito a ser informado dos cidadãos, ao pluralismo e à diversidade de conteúdos a que acedem os clientes da TVTel.
115. A liberdade de informação é fundamental para a realização da pessoa e para a sua participação responsável na vida social e política, compreendendo o direito de informar, de se informar e de ser informado (art.º 37.º, n.º 1, 2ª parte, Constituição da República Portuguesa, art.º 16.º, n.º 2 da Declaração Universal [dos Direitos do Homem]).

116. É a defesa deste direito fundamental dos cidadãos a serem informados que rege a análise de práticas que possam pôr em causa o pluralismo.
117. Uma informação pluralista significa diversidade nas informações que podem e devem chegar ao público, sendo a efectividade da liberdade de receber informação avaliada em função das possibilidades que são oferecidas ao destinatário.
118. A existência de uma restrição ao direito de ser informado e à diversidade de conteúdos verifica-se em hipóteses como a submetida à apreciação do Conselho Regulador na sua Deliberação n.º 5-P/2006, aliás invocada pela TVTel na parte referente aos direitos de exclusividade conferidos à PT Multimédia para a comercialização dos canais temáticos SIC.
119. Analisou-se na Deliberação n.º 5-P/2006 o estabelecimento de um direito de preferência pelo principal operador de rede de telecomunicações – a CATVP - a favor do principal operador televisivo - SIC -, e considerou-se que “a diminuição ou desincentivo ao aparecimento de serviços de programas constitui a pedra toque do que se pretende salvaguardar na dimensão externa do pluralismo, é consequência desta quebra a limitação na inovação e na exploração de novos temas. [...] Só a multiplicação dos serviços de programas, dando expressão à proliferação das diversas correntes e fontes de informação, servindo maiorias e minorias, efectiva o direito à liberdade de informação dos telespectadores. E é essa diversidade de conteúdos, própria de uma rede de distribuição plural, que se deve assegurar em termos de fazer cumprir e respeitar o livre exercício do direito à informação (art.º 8.º, alínea a) dos Estatutos da ERC)”.
120. A situação agora analisada é, exponencialmente, diversa.
121. Não está em causa uma limitação à exploração de novos temas, no sentido de restringir a produção de novos conteúdos e o aparecimento de novos operadores de televisão.
122. Mas tão só a impossibilidade de os cidadãos acederem aos conteúdos da Sport TV através daquela específica rede de distribuição – a da TVTel.

123. A existir uma limitação ao direito à informação pluralista – no caso aos conteúdos em matéria desportiva fornecida pela Sport TV -, pressuporia que os clientes da TVTel não dispusessem de qualquer alternativa ao seu fornecimento.
124. Mas dispõem. Através da contratualização do seu fornecimento com os concorrentes da TVTEL em matéria de distribuição de televisão por cabo.
125. E mais, entender que o direito fundamental dos cidadãos - clientes da TVTel - a uma informação pluralista sai lesado por não poderem aceder aos conteúdos da Sport TV, exigiria que se considerasse, pelas exigências de igualdade e não discriminação, que qualquer cidadão que não tenha acesso ao serviço de programas Sport TV está a ser lesado no seu direito à informação.
126. Pressuporia, igualmente, que a própria TVTel e demais operadores estivessem obrigados à sua distribuição, independentemente da sua autonomia de decisão comercial. Admitindo-se uma restrição aos direitos de propriedade, iniciativa económica, liberdade contratual dos operadores em virtude do direito à liberdade de informação dos cidadãos, quando sabemos que a colisão de direitos deve ser resolvida de acordo com o princípio da concordância prática.
127. E que a SPORT TV estivesse obrigada a comercializar o seu serviço de programas com todos os operadores de distribuição de televisão, independentemente dos seus direitos à iniciativa privada e autonomia contratual.
128. No limite, significaria, ainda, que o serviço de programas Sport TV, e consequentemente, qualquer outro serviço de programas nunca pudessem ser de acesso condicionado.
129. E, até, que o acesso às próprias redes de distribuição nunca pudesse ser objecto de contraprestação. Quanto mais, ser aquele serviço de programas integrante da oferta complementar dos operadores de distribuição e sujeito, por isso, a uma contraprestação suplementar.
130. Essencial é notar que o direito a ser informado não significa *free access television*.
131. Desde que o serviço de programas Sport TV esteja disponível ao público, independentemente de com quem o cidadão contrate o seu acesso, este tem a

faculdade de captar informação diversificada, escolher entre ela e, a partir de tal multiplicidade, formar a sua livre opinião.

132. Assim, considera-se que a resolução do contrato de distribuição do canal Sport TV não concretiza uma restrição ao direito a ser informado dos cidadãos e ao pluralismo e à diversidade de conteúdos a que acedem os clientes da TVTel.

III.5. Condicionamento no acesso à informação de interesse generalizado do público

133. Alega a TVTel que a resolução do contrato pela Sport TV, e atenta a importância dos conteúdos transmitidos por aquele serviço de programas, representaria condicionamento no acesso à informação de interesse generalizado do público.
134. A este propósito rege o disposto no art.º 28.º, LT. Assim, “em 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 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 de acesso não condicionado”.
135. Assim, quando a Sport TV tenha adquirido direitos exclusivos para a transmissão, integral ou parcial, directa ou em diferido, de acontecimentos que sejam de interesse generalizado do público, está obrigada a facultar o seu acesso aos operadores que emitam por via hertziana terrestre com cobertura nacional e de acesso não condicionado.
136. Em primeiro lugar, este direito de acesso à transmissão de acontecimentos que sejam de interesse generalizado do público é concedido em favor dos operadores de televisão, especificamente aqueles que emitem por via hertziana terrestre com cobertura nacional e de acesso não condicionado, e não dos operadores de redes de distribuição de televisão.

137. Em segundo lugar, o que se pretende salvaguardar é o acesso dos cidadãos - incluindo dos clientes da TVTel - à transmissão de “acontecimentos que sejam de interesse generalizado do público”, e não o acesso dos operadores de distribuição à transmissão dos serviços de programas detentores desses direitos exclusivos.
138. Daí que, desde que o acesso dos cidadãos, clientes ou não da TVTel, à transmissão de “acontecimentos que sejam de interesse generalizado do público” esteja assegurado, os objectivos do art.º 28.º, LT, estão cumpridos.
139. A resolução do contrato de distribuição do canal Sport TV, celebrado entre a Sport TV e a TVTel, não configura, por isso, um condicionamento no acesso à informação de interesse generalizado do público.

III.6. Liberdade de radiodifusão

140. Neste ponto cabe determinar em que medida a resolução do contrato configura, ou não, um condicionamento no acesso e disponibilização dos conteúdos da Sport TV.
141. Não se pretende aqui analisar os efeitos concorrenciais que a impossibilidade de distribuição dos canais Sport TV pela TVTel acarreta, desde logo atenta a quota de mercado, a experiência e o *know-how* de que este operador televisivo goza e o efeito apelativo que aquela “marca” exerce sobre o público.
142. Interessa apenas verificar se existe uma negação injustificada daquela distribuição, que induza prejuízos à livre difusão de conteúdos pelos operadores e ao livre acesso a esses conteúdos pelo público.
143. Os factos carreados pelas partes, pela junção da correspondência trocada, resumem o objecto do litígio a um alegado incumprimento contratual, traduzido na violação pela TVTel da obrigação de confidencialidade da cláusula 23.^a do contrato e da cláusula 7.^a, n.º 2, do contrato, em virtude do incumprimento da obrigação de distribuição do canal Sport TV em formato digital.
144. Além desses factos, que a TVTel nega considerando, em suma, não existir o incumprimento contratual invocado pela Sport TV, nenhum outro, que permita

- concretizar uma violação injustificada da liberdade de difusão e acesso aos conteúdos, foi invocado.
145. Relembra-se que a liberdade de radiodifusão, lida como um cruzamento das liberdades de comunicação com as liberdades económicas, protege todos os que participam no processo comunicativo, desde a selecção e a recolha dos conteúdos, até à sua distribuição e divulgação.
 146. Abrange, por isso, a possibilidade de operar um serviço de programas, mas também a própria exploração de redes de distribuição de radiodifusão para distribuição de emissões de terceiros.
 147. Esta liberdade de radiodifusão, vista como direito constitucional, não é ilimitada, sofrendo, desde logo, as restrições que outro qualquer direito liberdade e garantia sofre (vd. art.º 18.º, CRP).
 148. A liberdade de radiodifusão da TVTel, entendida como a existência na sua esfera jurídica de um direito de acesso e distribuição dos conteúdos da Sport TV, encontra-se, desde logo, limitada pela necessidade de salvaguardar a própria liberdade de radiodifusão e de outros direitos fundamentais - como sejam os direitos de propriedade, iniciativa económica, liberdade contratual - do operador Sport TV.
 149. É que a liberdade de radiodifusão e os direitos de propriedade, iniciativa económica e liberdade contratual da Sport TV implicam que cabe ao próprio operador a decisão sobre o seu funcionamento e sobre a conformação das relações comerciais que pretende estabelecer.
 150. Não existindo, assim, qualquer imposição que recaia sobre a Sport TV no sentido de contratar a sua distribuição com todos os operadores de distribuição, incluindo a TVTel.
 151. Não pode pretender a TVTel, ao invocar a Deliberação 5-P/2006, fazer dela uma leitura tão abrangente que implicasse que a ERC houvesse defendido essa limitação na liberdade de radiodifusão da Sport TV.
 152. Desde logo, e como bem afirma a Sport TV na sua defesa, em causa estavam, de facto, práticas que em concreto se traduziram numa discriminação ilícita dos

operadores: recorde-se que “nenhum dos concorrentes da CATVP conseguiu contratar o acesso ao canal SIC Mulher”.

153. Ora, isto não ocorre em relação ao canal Sport TV. Não existindo qualquer discriminação, ilícita, no acesso dos operadores de distribuição de televisão por cabo à difusão daquele serviço de programas. Comprovado, aliás, pelo facto de todos os concorrentes da TVTel transmitirem o canal Sport TV.
154. Além dos fundamentos adiantados pela TVTel e que se subsumem ao foro contratual das empresas, não se recolhem dados que permitam concretizar a existência de uma violação injustificada da liberdade de difusão e acesso aos conteúdos.
155. Não conforma, por isso, qualquer restrição ilícita à liberdade de radiodifusão da TVTel, na vertente do seu direito de acesso e distribuição de conteúdos, a decisão da Sport TV de resolver o contrato celebrado entre as partes.
156. Nem cabe à ERC, porque matéria exclusivamente contratual e inter-partes, analisar a conformidade dessa resolução.

IV. CONCLUSÕES

Na sequência da apreciação da resolução do contrato, celebrado entre a TVTEL e a Sport TV, referente à distribuição dos serviços de programas Sport TV 1 e Sport TV 2,

- IV.1.** *Considerando que* não procede a invocação da extemporaneidade da queixa alegada pela Sport TV, por se estar no domínio de um procedimento de regulação e, por isso mesmo, não sujeito ao prazo do art.º 55.º, n.º 1 EstER;
- IV.2.** *Considerando que* não procede o argumento da inutilidade procedimental junto da ERC, uma vez que, sem prejuízo das competências e atribuições da AdC em matéria de práticas anti-concorrenciais e a respeito das quais esta se pronunciou nos termos do Comunicado n.º 3/2007, cabe à ERC proceder à análise dos factos sob a perspectiva da sua adequação aos princípios e legislação específicos da comunicação social;

IV.3. *Considerando que*, cabendo à ERC apreciar se a resolução do contrato de distribuição põe em causa a liberdade de informação, pluralismo e diversidade de conteúdos e a liberdade de radiodifusão, de tal maneira que aquela resolução se afigure ilícita, se entende que a resolução do contrato de distribuição do canal Sport TV:

- a) não concretiza uma restrição ao direito a ser informado dos cidadãos e ao pluralismo e à diversidade de conteúdos a que acedem os clientes da TVTel, na medida em que serviço de programas Sport TV está disponível ao público, dependendo apenas de o cidadão contratar o seu acesso com outro operador que não a TVTel;
- b) não configura um condicionamento no acesso à informação de interesse generalizado do público, na medida em que, nos termos do art.º 28.º, LT, a Sport TV, quando adquira direitos exclusivos para a transmissão, integral ou parcial, directa ou em diferido, de acontecimentos que sejam de interesse generalizado do público, está obrigada 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 de acesso não condicionado, de maneira a que aos cidadãos, clientes ou não da TVTel, fique assegurado o direito ao seu visionamento;
- c) não conforma qualquer restrição ilícita à liberdade de radiodifusão da TVTel, na medida em que a própria liberdade de radiodifusão da Sport TV e os seus direitos de propriedade, iniciativa económica e liberdade contratual implicam que lhe cabe a conformação das relações comerciais que pretende estabelecer;

O Conselho Regulador delibera o arquivamento do procedimento.

Lisboa, 15 de Maio de 2007

O Conselho Regulador da ERC

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