

Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social

Deliberação 5-P/2006

Assunto: Parecer sobre o Projecto de Decisão do Processo de Contra-Ordenação n.º PRC 14/01 contra a SIC, PT Multimedia e TV Cabo Portugal

Em 10 de Maio de 2006 a Autoridade da Concorrência (doravante AdC) solicitou à Entidade Reguladora para a Comunicação Social (doravante ERC) que emitisse parecer sobre o *Projecto de Decisão* do processo de contra-ordenação n.º PRC 14/01, que corre termos naquela Autoridade, contra a SIC – Sociedade Independente de Comunicação, S.A. (adiante designada por SIC), a PT Multimédia – Serviços de Telecomunicações e Multimédia SGPS, S.A. (adiante designada por PT Multimédia) e a CATVP – TV Cabo Portugal, S.A. (adiante designada por CATVP).

Para efeitos das competências e atribuições previstas nos artigos 7.º, 8.º e 24.º dos Estatutos da ERC (adiante Estatutos), adoptados pela Lei n.º 53/2005, de 8 de Novembro, e ao abrigo do disposto no art.º 6.º dos mesmos Estatutos, designadamente nas suas alíneas c), d) e e), as Arguidas do processo contra-ordenacional acima referido, porque prosseguem actividades de comunicação social, estão sujeitas à supervisão e intervenção do Conselho Regulador da ERC.

Importa analisar o *Projecto de Decisão* pronunciando-nos, exclusivamente na medida do que nele é dado a conhecer, sobre a actuação das arguidas e tendo em conta a 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 dos Estatutos da ERC.

I. Do Processo

A apreciação da ERC quanto à origem do processo encontra-se limitada pela factualidade carreada no *Projecto de Decisão* da AdC sob análise.

Sem prejuízo, e tendo em conta ter este órgão regulador assumido, entre outras, ao abrigo da Lei n.º 53/2005, de 8 de Novembro, as competências da Alta Autoridade para a Comunicação Social (doravante AACCS), importa aduzir ao processo os elementos disponíveis e apresentados perante aquela AACCS.

1. Em 8 de Maio de 2001, foi dirigida pelo Conselho de Administração da TVI – Televisão Independente, S.A. (adiante designada por TVI) ao Presidente em exercício da AACCS uma missiva demonstrando preocupação e apreensão acerca de um acordo “dito de parceria estratégica para o desenvolvimento de conteúdos televisivos” celebrado entre a SIC e o Grupo PT Multimédia, e emergente da aquisição pela SIC de 60% do canal CNL.

Discutia-se a preferência no desenvolvimento de novos canais atribuída à SIC e que, tendo em conta a posição dominante da CATVP no mercado da televisão por subscrição, “é susceptível de colocar em risco o pluralismo e a diversidade de correntes de opinião na televisão, para além de colocar o surgimento de novas formas de expressão e entretenimento na dependência de um só grupo económico”.

Ademais, preterirem-se os restantes operadores de televisão no fornecimento de serviços de programas acarretaria uma violação da obrigação prevista no art.º 16.º, alínea f), do Decreto-Lei n.º 241/97, de

18 de Setembro¹, por não se garantir a igualdade no acesso à distribuição por cabo pelos fornecedores de serviço.

2. Em 4 de Junho de 2001, recepcionou a AACS uma comunicação do Instituto da Comunicação Social (ICS) dando conta de uma missiva de teor idêntico à recebida pela Alta Autoridade.
3. A AACS entendeu endereçar a participação à, então, Direcção Geral do Comércio e da Concorrência, por estar em causa a violação das regras da concorrência no mercado televisivo, sendo que em Junho de 2002 terá sido determinado o arquivamento da referida participação.
4. Em Abril de 2003, a propósito do licenciamento de canais de acesso codificado (canais *Premium*) do Grupo PT, foi recepcionada pela AACS uma missiva da TVI, demonstrando a sua preocupação com as políticas discriminatórias do Grupo PT, enquanto detentor da CATVP, relativamente aos projectos de serviços de programas apresentados por operadores que não a SIC.

Não obstante as negociações entre a TVI e a CATVP, e ao contrário do surgimento de canais SIC, nunca chegaram a bom porto os projectos apresentados pela TVI.

Encontrar-se-iam, assim, violadas as disposições constantes do n.º 1 do art.º 16º da Lei de Bases das Telecomunicações, os art.ºs 16.º, alínea f) e 25.º do Decreto-Lei n.º 241/97, de 18 de Setembro, o n.º 1 do art.º 12.º e

¹ Este diploma foi revogado pelo art.º 127.º, n.º 1, alínea c), da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro (Lei das Comunicações Electrónicas), que entrou em vigor em 11 de Fevereiro de 2004 (cf. art.º 128.º, n.º 1). As previsões correspondentes ao art.º 16.º, alínea f) do Decreto-Lei n.º 241/97, de 18 de Setembro, na Lei das Comunicações Electrónicas, são, a partir daquela data, o art.º 39.º, n.º 1, alínea a, e n.º 2, alínea b) do diploma citado.

o art.º 5.º do Decreto-Lei n.º 237/98, de 5 de Agosto, colocando em causa o pluralismo da oferta televisiva.

5. Chamada a comentar a exposição apresentada, a CATVP contestou os dados avançados, fundando o acordo de colaboração com a SIC e PT Multimédia em “princípios de eficiência e rentabilidade empresarial”, adiantando estarem em preparação projectos de canais com a TVI.
6. A AdC deu conhecimento à AACS, em 30 de Dezembro de 2004, da abertura de um inquérito para investigação de eventuais práticas restritivas da concorrência no mercado da televisão por cabo, tendo por objecto duas cláusulas contratuais do “Acordo de Parceria” celebrado entre a SIC, a PT Multimédia e a CATVP, pelas quais se atribuía à SIC um direito de preferência no acesso à rede de distribuição por cabo operada pela CATVP, por 10 anos, e um direito de exclusividade na comercialização dos canais SIC a favor da PT Multimédia, requerendo à AACS elementos necessários à instrução do processo.
7. Em resposta a pedido da AACS, a AdC transmitiu àquela Autoridade o conteúdo dos artigos segundo, sexto e décimo-quinto do “Acordo de Parceria”.
8. Em 30 de Abril de 2005, ao abrigo da cooperação entre a AdC e as autoridades reguladoras sectoriais, foi suscitada a colaboração da AACS no esclarecimento de questões referentes ao exercício da actividade de televisão.
9. Em Junho de 2005, e com referência ao inquérito iniciado, a AdC deu conhecimento à AACS de denúncias da TVTEL Grande Porto – Comunicações, S.A. (doravante TVTEL) e da Cabovisão – Televisão por Cabo. S.A. relativas às dificuldades sentidas por aqueles operadores na

distribuição dos serviços de programas SIC Mulher e LUSOMUNDO HAPPY.

10. Considerando as exposições feitas pela TVTEL e pela Cabovisão, entendeu a AACCS, em deliberação de 29 de Junho de 2005, que:
 - a questão suscitada pela AdC, e não obstante as competências da AACCS em matéria de concorrência e concentração previstas na Lei da televisão (Lei n.º 32/2003, de 22 de Agosto) e na Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, escapava ao âmbito de intervenção da AACCS;
 - era inaplicável o art.º 4.º, n.º 5, da Lei da Televisão, por se reportar exclusivamente à salvaguarda dos interesses dos operadores de televisão na sua relação com as redes de comunicações electrónicas;
 - a preocupação da salvaguarda do pluralismo e da liberdade de expressão levava a considerar que as condições de comercialização dos canais LUSOMUNDO HAPPY e SIC Mulher podiam colocar em causa o art.º 19.º, n.º 1, da Lei da Televisão, motivo pelo qual seria feita participação ao Instituto da Comunicação Social. Sem prejuízo, “entend[ia] que os referidos serviços de programas dev[iam] ser disponibilizados, na base de relações contratuais justas e adequadas, a todos os operadores de redes de comunicações electrónicas que os solicita[ss]em”.

II. Dos Factos

Na ausência de dados adicionais, a presente análise encontra-se circunscrita pela factualidade enunciada pela AdC nos artigos 71.º a 130.º do *Projecto de Decisão*. A avaliação desenvolvida pela ERC reporta-se, exclusivamente, aos elementos aí constantes e cuja acuidade não é objecto de exame.

Nesses termos, e com essas restrições, serão apreciadas à luz das competências, das atribuições e dos objectivos da regulação do sector audiovisual, as cláusulas do Acordo entre as Arguidas pelas quais estas “acordaram entre si a atribuição à SIC de um direito

de preferência na realização de acordos comerciais com o grupo PT Multimédia, para o fornecimento de canais de televisão, em português e produzidos em Portugal. E acordaram atribuir ao grupo PT Multimédia um direito exclusivo na distribuição e comercialização dos canais produzidos e emitidos pela SIC” (cf. art.º 191.º do *Projecto de Decisão*).

III. Mercado da Televisão

Compete à ERC assegurar, em articulação com a AdC, o regular e eficaz funcionamento do mercado de audiovisual em condições de transparência e equidade, em conformidade com o art.º 8.º, alínea g), dos Estatutos.

Considerando a importância da delimitação do mercado relevante como “instrumento para identificar e definir os limites da concorrência entre as empresas”², entende o Conselho Regulador tomar como base da sua análise as conclusões desenvolvidas nos artigos 131.º a 182.º do *Projecto de Decisão*, no que concerne à determinação dos mercados envolvidos no Acordo entre as Arguidas.

IV. Igualdade e não discriminação no acesso aos operadores de redes de telecomunicações

Nos termos do art.º 4.º, n.º 1, da Lei da Televisão, é “aplicável aos operadores de televisão o regime geral de defesa e promoção da concorrência, nomeadamente no que diz respeito às práticas proibidas, em especial o abuso de posição dominante, e à concentração de empresas”. Aplica-se, por isso, neste sector o disposto no art.º 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

² Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos de direito comunitário da concorrência (97/C372/03).

Escapa ao âmbito de intervenção da ERC, por se reportar a atribuições próprias da AdC em matéria de concorrência e concentração, a verificação de consubstanciarem as condutas das Arguida práticas proibidas nos termos daquele art.º 4.º.

Tão pouco cumpre a esta Entidade debruçar-se sobre matérias afectas à actividade da autoridade reguladora nacional das redes e serviços das comunicações electrónicas – o ICP-Anacom (Instituto de Comunicações de Portugal – Autoridade Nacional de Comunicações).

Todavia, e porque a matéria da concorrência no sector do audiovisual toca as competências das diversas Entidades Reguladoras, importa não subvalorizar a análise pela ERC das práticas anti-concorrenciais no sector da televisão.

Desta forma se compreende que, “na ausência ou *a latere* da imposição, pela ARN [ICP-Anacom] das obrigações de acesso [...], os operadores de rede se encontram imediatamente vinculados, em matéria de televisão, pelo disposto neste n.º 5 [do art.º 4.º da Lei da Televisão], que releva claramente de uma opção em matéria de política audiovisual”³.

Estabelece o art.º 4.º, n.º 5, da Lei da Televisão que “[a] transmissão de serviços de programas televisivos por operadores de redes de telecomunicações deve processar-se com respeito pelos princípios da igualdade, da transparência e da não discriminação, nomeadamente quanto a acesso e condições de remuneração”.

Através do direito de preferência, a SIC constitui-se como o principal produtor de canais de acesso não condicionado em português e produzidos em Portugal, direito que é oponível perante o grupo PT Multimédia e terceiros. A SIC adquire, por isso, em face do principal operador de redes de telecomunicações e do único com cobertura nacional - a CATVP -, um acesso preferencial na distribuição dos seus serviços televisivos. Sem

³ ALBERTO ARONS DE CARVALHO, ANTÓNIO MONTEIRO CARDOSO e JOÃO PEDRO FIGUEIREDO, *Legislação Anotada da Comunicação Social*, Casa das Letras, 1ª Edição Maio 2005, p.118.

esquecer que, dessa forma, tem a SIC, por oposição aos seus concorrentes, garantido o acesso a uma rede de distribuição de sinal televisivo, cumprindo o art.º 7.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 237/98, de 5 de Agosto, aquando do pedido de autorização.

Constata-se, por isso, que os concorrentes da SIC saem lesados na transmissão de serviços de programas televisivos pelo operador de redes de telecomunicações – CATVP. Verificando-se que o acesso àquele operador, pelos outros concorrentes, se faz sem respeito pelos princípios da igualdade e da não discriminação, pois a CATVP oferece à SIC a possibilidade de esta substituir o terceiro no fornecimento de um canal por aquele proposto, vedando o acesso desses terceiros à plataforma TV Cabo.

Os concorrentes e potenciais concorrentes da arguida SIC, ao pretenderem fornecer canais de acesso não condicionado ao grupo PT Multimédia para transmissão/difusão na rede cabo operada por esta empresa – a CATVP –, vêem-se preteridos em relação à SIC, em razão do direito de preferência consagrado entre as Arguidas. A possibilidade de transmissão de serviços de programas televisivos de terceiros, através do principal operador de redes de telecomunicações, encontra-se coarctada em condições que não respeitam a igualdade e a não discriminação desses terceiros, fornecedores de canais de acesso não condicionado.

E este entendimento é tão mais certo quanto na prática se terá verificado ter sido prejudicado o aparecimento de novos canais, com excepção do canal SIC Mulher, que mais não é do que um desenvolvimento daquela preferência.

Há que notar, igualmente, que o “Acordo de Parceria” celebrado entre as Arguidas não estava sujeito a divulgação pública. Considerando que as suas previsões regulavam as relações privadas entre as signatárias, revestia, por isso, carácter sigiloso.

Todavia, as consequências que o Acordo faz recair sobre terceiros, concorrentes e potenciais concorrentes das Arguidas, conduzem à asserção de existir falta de transparência. Dir-se-á que o acesso dos fornecedores de serviços de programas

televisivos, que não a SIC, ao operador de redes de telecomunicações - CATVP -, e as condições em que a transmissão desses serviços de programas seria realizada, tendo em conta a cláusula de preferência, não se conformam com as exigências legais de transparência referidas no art.º 4.º, n.º 5, da Lei da Televisão.

Deste modo, deve concluir-se, como acima descrito, que as condutas das Arguidas quanto à “transmissão de serviços de programas televisivos por operadores de redes de telecomunicações” não respeitam os princípios da igualdade, da transparência e da não discriminação.

Também, o art.º 5.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 237/98, de 5 de Agosto, referente ao regime de atribuição de licenças e autorizações para o exercício da actividade de televisão, consagra a favor dos operadores televisivos o direito de acesso, em igualdade de condições, às redes públicas de telecomunicações exploradas por operadores licenciados ao abrigo do Decreto-Lei n.º 381-A/97, de 30 de Dezembro⁴.

Tal imperativo de igualdade é tanto mais relevante quanto o art.º 39.º, n.º 1, alínea a), da Lei das Comunicações Electrónicas o reforça, ao considerar que “constituem direitos dos utilizadores de redes acessíveis, para além de outros que resultem da lei:

⁴ O n.º 2 daquele art.º 5.º tipificava como contra-ordenação a violação da obrigação prevista no n.º 1, em conformidade com o art.º 33.º, n.º 1, alínea c) do Decreto-Lei n.º 381-A/97, de 30 de Dezembro.

Mas, a Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, Lei das Comunicações Electrónicas, veio revogar o Decreto-Lei n.º 381-A/97, de 30 de Dezembro (cf. art.º 127.º, n.º 1, alínea d)). Assim, a violação do art.º 5.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 237/98, de 5 de Agosto, deixou de estar tipificada como contra-ordenação a partir da data de entrada em vigor da Lei citada.

Dita o princípio da legalidade, conforme previsto no art.º 2.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, ou Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social, que “só será punido como contra-ordenação o facto descrito e declarado passível de coima por lei anterior ao momento da sua prática”. Ora, atendendo a que, à data de celebração do Acordo entre as Arguidas, isto é, em 27 de Março de 2000, ainda se mantinha em vigor o Decreto-Lei n.º 381-A/97, de 30 de Dezembro, os factos consubstanciam, no período decorrido entre 27 de Março de 2000 e 11 de Fevereiro de 2004 (data de entrada em vigor da Lei das Comunicações Electrónicas, cf. art.º 128.º, n.º 1 deste diploma), a contra-ordenação prevista na alínea c) do n.º 1 do art.º 33.º do Decreto-Lei n.º 381-A/97, de 30 de Dezembro, por remissão do art.º 5.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 237/98, de 5 de Agosto.

Todavia, considerando que o n.º 2 do art.º 5.º do Decreto-Lei n.º 237/98, de 5 de Agosto, mandava aplicar o regime do Decreto-Lei n.º 381-A/97, de 30 de Dezembro, por força do art.º 34.º, a ERC não detém/detinha a competência para a instauração e instrução do processo de contra-ordenação e aplicação da respectiva coima. Essa competência cabe/cabia, cf. os n.ºs 1 e 2 desse art.º 34.º, ao Instituto de Comunicações de Portugal.

a) Aceder, em termos de igualdade, às redes e serviços oferecidos”.

A confirmarem-se, as condutas das Arguidas, consubstanciadas na cláusula de preferência estipulada no seu Acordo, representam no entender do Conselho Regulador a violação de obrigações que sobre elas impendem, mormente ao abrigo do art.º 4º, n.º 5, da Lei da Televisão e do art.º 5.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 237/98, de 5 de Agosto.

Com efeito, sai prejudicado o direito de acesso, em igualdade de condições, não discriminatórias e transparentes, às redes públicas de telecomunicações. É, por isso, inevitável formular uma avaliação de teor negativo na apreciação das condutas das Arguidas, por se verificar que aquela cláusula de preferência pode colidir com os princípios da igualdade, transparência e não discriminação, que assumem dignidade constitucional.

Entende, por isso, o Conselho Regulador tratar-se de factos e práticas dos quais a ERC deverá extrair as necessárias ilações, nos termos de competências reguladoras e sancionatórias que lhe assistem, por força, entre outros, do art.º 78.º, n.º 1, da Lei da Televisão.

V. Pluralismo e diversidade de conteúdos

“O princípio do pluralismo é importante para permitir a livre expressão e confronto de várias correntes de opinião e, desse modo, assegurar a liberdade na procura da verdade e estimular o sentido crítico do público”⁵.

Considerando que a concorrência funciona, normalmente, como garantia de um verdadeiro pluralismo, enquanto princípio fundador do direito da comunicação audiovisual⁶, só a salvaguarda daquela efectuará a concretização deste último. Desta

⁵ LUÍS BRITO CORREIA, *Direito da Comunicação Social*, Vol. I, Almedina, Setembro 2000, p. 254.

⁶ Cf. CHARLES DEBBASCH, in PHILIE MARCANGELO-LEOS, *Pluralisme et Audiovisuel*, L.G.D.J., Bibliothèque de Droit Public, Tome 240, 2004, p. V.

forma, a análise das práticas das Arguidas não pode deixar de atentar às suas consequências sobre os princípios e regras que regulam as actividades de comunicação social, especificamente no sector da televisão.

Tendo em conta que as partes estipularam a favor da arguida SIC um direito de preferência no fornecimento de canais de acesso não condicionado, em português e produzidos em Portugal, para o pacote básico da CATVP, atribuindo ainda à PT Multimédia exclusividade na comercialização dos seus canais com terceiros, cabe agora verificar em que medida tais cláusulas poderão contender com a regulação própria dos mercados afectados.

Entende-se que o pluralismo assume duas dimensões – externa e interna⁷.

O pluralismo externo destina-se a preservar a pluralidade de suportes ou de operadores, permitindo garantir a diversidade de empresas. “Neste contexto, a concorrência significa a coexistência de várias empresas de comunicação social a oferecer, lado a lado, os seus serviços”⁸.

O pluralismo externo surge assim garantido pelo princípio da concorrência, através de “menções favoráveis à *concorrência* entre órgãos de comunicação social ou em menções desfavoráveis à *concentração* destes”⁹, pretendendo-se proteger o pluralismo dos *media*, essencialmente por dispositivos anti-concentração. Assegurando a concorrência entre as empresas de comunicação social, garante-se, em princípio, à

⁷ Para LUÍS BRITO CORREIA [ob.cit., pp. 254-255] são três as *modalidades* que o pluralismo pode assumir: “a) *Pluralismo de empresas*: consiste na possibilidade e na efectiva existência de *várias empresas* (independentes umas das outras), cada uma com a sua orientação, diferente da das outras; b) *Pluralismo de publicações ou emissões da mesma empresa*: consiste na existência de *várias publicações* ou *emissões* de uma mesma empresa, com orientações diferentes umas das outras; c) *Pluralismo interno*: consiste na existência, *numa empresa*, de uma publicação ou *emissão*, em que, todavia, é admitida a expressão, simultânea ou sucessiva, de *várias orientações*”. Independentemente da acuidade, ou especificidade, da delimitação a distinção tradicionalmente feita limita-se à diferença entre pluralismo externo e interno. O primeiro corresponde ao denominado *pluralismo de empresas*, reportando-se à pluralidade de órgãos e suportes de informação, enquanto o último cobre as duas últimas modalidades enunciadas.

⁸ LUÍS BRITO CORREIA, ob.cit., p. 255.

⁹ Idem, *ibidem*, p. 260.

partida, a possibilidade de expressão e de confronto das informações e das diversas correntes de opinião.

Não obstante a relação de grupo existente entre as Arguidas CATVP e PT Multimédia, não está aqui em causa a análise de uma operação de concentração. Todavia, entendendo-se que a efectividade do pluralismo aplicado ao audiovisual não se basta com a pluralidade de suportes de informação, mas exige uma apreciação qualitativa quanto à diversidade da informação difundida¹⁰, o pluralismo externo não se encontra ameaçado apenas pela concentração da titularidade dos meios de comunicação social. Tanto mais quanto se entenda que a garantia do pluralismo dos *media* não teria importância ou utilidade, que não para garantir um certo pluralismo de conteúdos ou de programas¹¹.

Desde logo, da análise do direito de preferência no fornecimento de serviços de programas (de acesso não condicionado, em português e produzidos em Portugal) para o pacote básico da CATVP, clausulado em favor da SIC, verificam-se uma série de consequências:

- a) a SIC assume-se como o principal produtor de canais de acesso não condicionado, em português e produzidos em Portugal;
- b) a SIC, por ter acesso directo à rede de distribuição da CATVP, detém uma posição particularmente vantajosa para efeitos da autorização de transmissão de novos serviços de programas;
- c) a SIC, considerando a sua preferência junto do único operador de rede de telecomunicações com cobertura nacional, pode limitar ou impedir a entrada de novos concorrentes.

Saem, por isso, diminuídos os incentivos para o lançamento de novos canais, porquanto, por um lado, sem acesso à principal rede de distribuição as possibilidades de viabilização dos projectos concorrentes são dificultadas, e, por outro, o conhecimento

¹⁰ PHILIE MARCANGELO-LEOS, ob.cit., p. 6.

¹¹ Idem, ibidem, p. 293.

antecipado que a SIC tem dos projectos dos concorrentes dissuade a apresentação de novas propostas.

Esta cláusula tem, assim, como efeito reduzir, se não actual pelo menos potencialmente, o conjunto de operadores televisivos concorrentes da arguida SIC. E, tendo presente que a diminuição ou desincentivo ao aparecimento de serviços de programas constitui a pedra de 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.

Não obstante terem existido propostas, nunca chegaram a bom termo as negociações entre a PT Multimédia e outros operadores, pelo que a pluralidade de candidatos, quando impedido ou limitado o seu acesso à principal rede de distribuição, é meramente formal. Materialmente, o pluralismo não se encontra concretizado. Nega-se, assim, aos demais agentes, existentes e potenciais, a livre difusão de conteúdos e, da mesma forma, saem goradas as exigências de diversificação de programas que permitam ao público dispor de serviços televisivos que sejam expressão de tendências e correntes de opinião heterogéneas.

Sendo certo que os órgãos de comunicação audiovisual desempenham um papel fundamental na expressão de valores sociais e culturais, atribuir-se a um único operador televisivo (SIC), um lugar privilegiado e materialmente exclusivo na distribuição dos seus serviços anula os efeitos da heterogeneidade de operadores. Representa, aliás, a afectação grave do pluralismo e a ausência de possibilidade de expressão e confronto das várias correntes de pensamento, contradizendo aqueles que são os objectivos de regulação e as atribuições da ERC (cf. art.º 7.º, alínea a), art.º 8.º, alínea e) dos Estatutos da ERC).

Mais se dirá, atenta a relação de interdependência e controlo existente entre as Arguidas, PT Multimédia e CATVP, que a preferência atribuída à SIC prejudica significativamente as exigências de pluralismo de programas e de confronto de opiniões no seio da plataforma TV Cabo. Pelo que, ficando consideravelmente diminuída a

abertura daquele suporte de comunicação social às diferentes correntes socioculturais, as consequências que se repercutem sobre os cidadãos são nefastas, ao verem-se estes impossibilitados de ter acesso a uma programação diversificada que lhes permita “formarem o seu juízo crítico sobre a realidade e as políticas, de modo a poderem participar democraticamente na vida política e social”¹².

Deterioram-se, também, exponencialmente, no entender do Conselho Regulador, as garantias de livre difusão de conteúdos pelos demais operadores televisivos, bem como o direito de entrada dos potenciais candidatos no mercado televisivo, e lesa-se, finalmente, o livre acesso a esses conteúdos por parte do público (crf. art.º 7.º, alínea b) dos Estatutos da ERC).

De igual modo, a exclusividade atribuída à PT Multimédia na comercialização dos canais SIC com terceiros não pode deixar de suscitar um juízo negativo.

O facto é que os concorrentes da CATVP se vêem obrigados a encetar negociações com o seu concorrente - PT Multimédia - para adquirirem direitos de transmissão dos canais SIC, ao passo que a CATVP, por ser parte do grupo PT Multimédia, tem acesso privilegiado a esses canais. E as dificuldades criadas no acesso aos canais SIC são tão mais evidentes quanto, e tomando por base os factos enunciados no *Projecto de Decisão* (cf. os art.ºs 124.º a 130.º), nenhum dos concorrentes da CATVP conseguiu contratar o acesso ao canal SIC Mulher.

E, por conseguinte, os espectadores que contratam a distribuição dos serviços televisivos com outros operadores de rede de telecomunicações que não a CATVP (sem prejuízo da preservação da concorrência) sujeitam-se a limitações injustificadas no acesso à diversidade de expressões.

¹² LUÍS BRITO CORREIA, ob.cit., p. 259.

Prejudicado o acesso, em condições de igualdade, aos conteúdos SIC, necessariamente saem lesadas as garantias de pluralismo e de diversidade de expressão das correntes de pensamento dos destinatários da oferta daqueles conteúdos que não adiram a esse acesso através do operador CATVP.

É certo que, pelo funcionamento do mercado, nada impede a CATVP de ter uma maior e/ou melhor oferta de serviços televisivos que os seus concorrentes. Lesivo é, todavia, e discriminatório no acesso a esses conteúdos, que os concorrentes da CATVP hajam de negociar com o grupo no qual esta está integrada para obterem a distribuição desses canais. E essa lesão reflecte-se nos clientes ou potenciais clientes dos demais operadores de redes de telecomunicações, em termos tais que lhes limitem o acesso a esses conteúdos.

VI. Liberdade de informação e livre difusão/acesso a conteúdos

Como se viu, o direito de preferência atribuído à SIC tem como consequência a diminuição na oferta de serviços televisivos, traduzindo-se num desincentivo à diversidade de canais e, necessariamente, numa redução das possibilidades de confronto de ideias e de correntes de pensamento.

Porque inelutavelmente ligada ao pluralismo, não deixa de ser relevante a análise das repercussões que os termos do acordo das Arguidas possam ter sobre a liberdade de informação.

O direito de informação, sem prejuízo de se decompor em três direitos - o direito de informar, de se informar e de ser informado (cf. art.º 37.º, n.º 1, 2ª parte, da Constituição da República Portuguesa e art.º 16.º, n.º 2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem), postula, essencialmente, uma relação entre a liberdade de emitir informações e a liberdade de as receber (cf. art.º 10.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem). E, determinando-se a existência de um direito à informação pluralista, os

destinatários da mesma podem sair lesados com a limitação criada pelo acordo das Arguidas.

Na tarefa de conciliar a liberdade do emissor com a liberdade do receptor, enquanto aspectos de uma mesma liberdade, as exigências de pluralismo surgem como limite, mas também como condição, dessa liberdade de informação. De facto, a manutenção do pluralismo visa a manutenção da diversidade de informações que podem e devem chegar ao público.

E, em consequência, o Conselho Regulador entende que é a defesa do direito fundamental dos cidadãos a serem informados que deverá reger uma qualquer análise de práticas que possam pôr em causa o pluralismo. Desde logo, note-se, porque a efectividade da liberdade de receber informação é avaliada em função das possibilidades que são oferecidas ao destinatário.

Ora, promover preferencialmente um agente do mercado televisivo, tornando-o tendencialmente hegemónico, entra em colisão com esse direito a receber uma informação pluralista. A liberdade de informação não será efectiva se o público a que se dirigem os meios de comunicação audiovisual não puder dispor de um conjunto de programas que garanta a expressão de tendências de carácter diferente.

Dessa forma, é inevitável que o Conselho Regulador tenha por negativas e merecedoras de censura as repercussões que o estabelecimento de um direito de preferência pelo principal operador de rede de telecomunicações a favor do principal operador televisivo encerra sobre as garantias do direito à liberdade de informação.

Ora, a promoção da liberdade de circulação de informações e do pluralismo não se coaduna com a hipótese em que um operador televisivo tem acesso preferencial à única rede de distribuição com cobertura nacional, em condições de poder substituir a oferta dos operadores televisivos, existentes e potenciais, e em que estes, sem acesso a uma rede de telecomunicações, são colocados numa situação em que, exactamente por falta

de garantias de distribuição, estão impossibilitados de obterem autorizações de transmissão dos seus serviços de programas.

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).

Também, sob este prisma, se verifica que a estipulação daquele direito de preferência acarreta a negação da livre difusão de conteúdos pelos demais operadores televisivos, e ao lesar o livre acesso a esses conteúdos por parte do público (cf. art.º 7.º, alínea b) dos Estatutos da ERC) põe em causa o seu direito à liberdade de informação.

Mas o mesmo se dirá, igualmente, se for tomado em consideração que o acesso e a disponibilização dos conteúdos do principal operador de televisão ficam sob o controlo exclusivo da PT Multimédia, o que, atendendo a que a CATVP é detida a 100% por esse grupo, condiciona seguramente o acesso a esses conteúdos pela parte de operadores de redes de cabo concorrentes.

Não cabe ao Conselho Regulador analisar os efeitos concorrenciais que a impossibilidade de distribuição dos canais SIC 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. Interessa apenas verificar que os transtornos criados a essa distribuição, no sentido de a negar injustificadamente a outros operadores de redes de telecomunicações, induzem prejuízos à livre difusão de conteúdos pelos operadores e ao livre acesso a esses conteúdos pelo público.

Tal situação tem efeitos negativos objectivos sobre a liberdade de informação, que se verifica estar coarctada, pois que não fica assegurado, mesmo que em abstracto, o

direito dos cidadãos a receber informações tanto quanto possível completas e diversificadas, permitindo-lhes aceder sem discriminação aos conteúdos de sua escolha.

Por um lado, reduz-se o direito do destinatário de aceder a uma informação pluralista, enquanto faculdade de captar informação diversificada, escolher entre ela e, a partir de tal multiplicidade, formar a sua livre opinião; mas, por outro lado, também fica muito aquém de assegurar um livre exercício da actividade de informar/transmitir, por se limitar aos concorrentes da CATVP o acesso a serviços de conteúdos de particular relevância.

VII. Conclusões

1. Foi solicitado à ERC que emitisse parecer sobre o *Projecto de Decisão* do processo de contra-ordenação n.º PRC 14/01 que corre na AdC, contra a SIC, a PT Multimédia e a CATVP, pronunciando-nos, em suma, sobre as cláusulas do Acordo pelas quais “as arguidas acordaram entre si a atribuição à SIC de um direito de preferência na realização de acordos comerciais com o grupo PT Multimédia, para o fornecimento de canais de televisão, em português e produzidos em Portugal. E acordaram atribuir ao grupo PT Multimédia um direito exclusivo na distribuição e comercialização dos canais produzidos e emitidos pela SIC” (cf. art.º 191.º do Projecto de decisão).
2. A análise foi restringida aos elementos factuais constantes do *Projecto de Decisão*, e exclusivamente fornecidos pela AdC, tendo o Conselho Regulador aduzido ao processo os elementos em seu poder e procurado averiguar a conformidade das condutas das arguidas com os objectivos da regulação do sector da comunicação social, as suas atribuições e as competências, enunciadas, respectivamente, nos artigos 7.º, 8.º e 24.º dos Estatutos.
3. Tomou-se por base a delimitação dos mercados relevantes no sector da televisão, levada a cabo pela AdC.

4. A confirmarem-se, as condutas das Arguidas, consubstanciadas na cláusula de preferência estipulada no seu Acordo, representam a violação de obrigações que sobre elas impendem, mormente ao abrigo do art.º 4º, n.º 5, da Lei da Televisão e do art.º 5.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 237/98, de 5 de Agosto.

Trata-se de factos e práticas dos quais o Conselho Regulador irá extrair as necessárias ilações, nos termos de competências reguladoras e sancionatórias que lhe assistem, por força, entre outros, do art.º 78.º, n.º 1, da Lei da Televisão.

5. Entende o Conselho Regulador que a cláusula de preferência estipulada a favor da SIC diminui os incentivos para o lançamento de novos serviços de programas e dissuade a apresentação de novas propostas, limitando, conseqüentemente, a inovação e a exploração de novos temas.

Mais considera não se efectivarem as exigências de pluralismo, no sentido da diversificação de programas, que permita ao público ter acesso a tendências e correntes de opinião heterogéneas, necessárias ao desenvolvimento do seu pensamento e à exponenciação do debate de ideias, cerne de uma sociedade democrática. Simultaneamente, frustra-se a livre difusão de conteúdos pelos demais operadores televisivos, e lesa-se o livre acesso a esses conteúdos por parte do público.

Mas também a exclusividade atribuída à PT Multimédia na comercialização dos canais SIC com terceiros não pode deixar de suscitar um juízo de censura. Realmente, as dificuldades injustificadas na distribuição dos canais SIC pelos concorrentes da CATVP goram o acesso do público à diversidade de expressões culturais.

6. Sendo certo que a garantia do pluralismo visa a preservação da diversidade de informações que podem e devem chegar ao público, é exigência de regulação do sector da comunicação social a salvaguarda da liberdade de informação.

A promoção da liberdade de circulação de informações e do pluralismo das fontes de informação não é compatível com o direito de preferência de um operador televisivo no fornecimento de canais para o principal operador de redes de comunicações, o qual prejudica a livre difusão de conteúdos pelos demais operadores televisivos e o livre acesso a esses conteúdos.

Igualmente o direito de exclusividade na comercialização dos canais SIC pela PT Multimédia lesa e cria prejuízos à distribuição dos canais pelos concorrentes do Grupo PT Multimédia, que provocam restrições infundadas à liberdade de informação.

Lisboa, 22 de Junho de 2006

O Conselho Regulador da ERC

José Alberto de Azeredo Lopes

Elísio Cabral de Oliveira

Luís Gonçalves da Silva

Maria Estrela Serrano

Rui Assis Ferreira