

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



**Deliberação
9/OUT-TV/2009**

ENTIDADE REGULADORA
PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

**Averiguação das condições de cedência, pelo operador SPORT
TV, de direitos de transmissão ao concessionário do serviço
público de televisão dos jogos da Liga Portuguesa de Futebol
Profissional relativos às épocas 2008-2009 e 2009-2010**

Lisboa

2 de Dezembro de 2009

Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social

Deliberação 9/OUT-TV/2009

Assunto: Averiguação das condições de cedência, pelo operador SPORT TV, de direitos de transmissão ao concessionário do serviço público de televisão dos jogos da Liga Portuguesa de Futebol Profissional relativos às épocas 2008-2009 e 2009-2010

I. Enquadramento

1. Em reunião realizada em 7 de Janeiro de 2009, o Conselho Regulador da ERC adoptou, entre outras, duas deliberações estreitamente relacionadas entre si.

1.1. Uma delas versava uma queixa apresentada em 29 de Julho de 2008 pelo operador TVI contra o operador SPORT TV, 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, de não discriminação e de respeito integral pelas condições normais de mercado.

Aprovada por maioria, com três votos a favor e dois votos contra, a dita deliberação (1/OUT-TV/2009) considerou improcedente a queixa formulada pelo operador TVI, por não se ter verificado, no caso vertente, a violação do citado artigo 32.º, n.º 2, da Lei da Televisão, por parte do operador SPORT TV.

1.2. A segunda das deliberações em causa aprovava, por unanimidade, uma proposta de início de procedimento visando a averiguação dos termos e condições de negociação do contrato de cedência dos citados direitos de transmissão objecto da queixa da TVI, atentas as especiais obrigações que sobre o operador RTP impendem, enquanto concessionário da prestação do serviço público de televisão.

2. A adopção desta segunda deliberação explica-se em boa parte pelo sentido da decisão correspondente à primeira das deliberações referidas, e, naturalmente, aos fundamentos e condicionantes que a enformaram.

Com efeito, ainda que circunscrevendo-se à alegada violação do artigo 32.º, n.º 2, da Lei da Televisão, a queixa apresentada pela TVI convocava em bom rigor aspectos que, embora alheios ou insusceptíveis de serem tomados em consideração no respectivo procedimento de queixa, pelas razões aí então expressas, poderiam e/ou deveriam ser objecto de apreciação em sede diversa.

2.1. Tal era o caso, desde logo, de questões e matérias alheias à esfera e capacidade de intervenção da ERC à luz do referido preceito legal, por revestirem índole estrita ou predominantemente jusconcorrencial e por, inclusive, terem sido objecto de apreciação requerida também pela TVI junto da Autoridade da Concorrência, através de Denúncia apresentada junto dessa Entidade em 1 de Agosto de 2008, visando a obtenção de respostas relativas às questões de saber (i) se os operadores SPORT TV e RTP incorreram ou não num abuso de posição dominante por estes detida, respectivamente, no mercado dos direitos exclusivos de transmissão dos jogos de futebol, e no mercado das transmissões televisivas de eventos desportivos e em particular de jogos de futebol em canal aberto, bem como no mercado da venda de publicidade que lhes está associada; (ii) se os operadores RTP e SPORT TV estabeleceram entre si uma transacção consubstanciada num acordo de empresas contrário às normas de concorrência aplicáveis; e (iii) se a RTP porventura desrespeitou as regras da União Europeia de Radiodifusão aplicáveis ao sublicenciamento dos direitos por ela detidos por força da sua qualidade de membro desta associação.

2.2. E seria esse igualmente o caso de outras interrogações associadas à prestação do operador RTP enquanto concessionário do serviço público de televisão, e que – corporizando um conjunto de preocupações a enunciar um pouco mais adiante (*infra*, n.º 4) – motivaram a abertura do procedimento de averiguações ora referido.

3. Por missivas remetidas em 30 de Janeiro do ano em curso aos operadores RTP, SIC e TVI, foram estes inteirados da decisão de abertura do procedimento referido e convidados a comunicar à ERC o teor das respectivas propostas contratuais por eles formuladas ⁽¹⁾ em resposta ao convite a contratar endereçado pelo operador SPORT TV com vista à cedência dos direitos de transmissão *supra* identificados.

Na referida correspondência sublinhava-se que, nos termos legais, seria devidamente assegurado o sigilo comercial e profissional dos elementos com natureza confidencial que viessem a ser comunicados, além de se salientar que o operador SPORT TV seria inteirado da realização das diligências apontadas.

3.1. O operador SIC remeteu prontamente a informação solicitada pela ERC.

3.2. Depois de troca de correspondência entre ERC e TVI, veio este operador informar também, em 12 de Maio do ano em curso, o valor pecuniário da proposta endereçada à SPORT TV, reiterando do mesmo passo a sua disponibilidade para explicitar verbalmente a esta Entidade o teor da dita proposta, e requerendo a total confidencialidade e sujeição ao sigilo comercial do conteúdo da sua missiva.

3.3. Apenas em 28 de Julho deu entrada na ERC missiva do operador de serviço público, contendo em anexo documentação visando dar satisfação à solicitação da ERC.

3.4. Concluída a instrução do presente procedimento por parte do Departamento Jurídico da ERC em 22 de Setembro, foi a mesma formalizada em informação,

⁽¹⁾ No caso da RTP, a solicitação da ERC era naturalmente extensiva ao próprio contrato a este respeito celebrado com a SPORT TV.

sumariamente aprovada em Reunião do Conselho Regulador de 4 de Novembro do ano em curso.

II. Apreciação

4. Assegurada a reunião dos elementos informativos para dar continuidade ao procedimento de averiguações *supra* identificado o qual, recorda-se, tem por objecto «*a averiguação dos termos e condições de negociação do contrato de cedência dos direitos de transmissão de certos jogos das épocas desportivas de 2008/2009 e 2009/2010 da LPFP entre os operadores SPORT TV e RTP, atentas as especiais obrigações que sobre este último impendem, enquanto concessionário da prestação do serviço público de televisão*» -, cumpre levar a cabo a sua apreciação e decidir

Atendendo à expressão pecuniária das diferentes componentes englobadas nas propostas dos operadores interessados e, bem ainda, dos termos do contrato celebrado entre SPORT e RTP, é possível verificar que a TVI apresentou uma proposta inferior relativamente às demais, sendo a da RTP a mais atractiva desse mesmo ponto de vista, pelo que, mesmo ou também à luz de considerações estritamente quantitativas ⁽²⁾, a opção tomada pela SPORT TV não pode ser tida como discriminatória, revelando-se, além disso, e sobretudo, como aquela que, plausivelmente, qualquer operador económico privado adoptaria à luz de estritas considerações de mercado.

4.1. No caso vertente, apresenta-se, contudo, como indispensável um grau de escrutínio mais exigente, ou abrangente, no tocante à apreciação da regularidade da actuação desenvolvida pelo operador RTP na negociação dos direitos televisivos licenciados, tendo em conta as “*especiais obrigações que sobre este impendem enquanto*

⁽²⁾ Recorda-se, a propósito, a observação avançada no âmbito da Deliberação 1/OUT-TV/2009, ponto 2.3.: “(...) *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*”.

concessionário do serviço público de televisão”, que parecem servir de elemento referenciador ou de enquadramento básico à dita apreciação.

A essa luz, importaria ainda, também, averiguar no âmbito do presente procedimento:

(i) se a actuação desenvolvida pelo operador RTP no caso vertente representa, ou não, um desvio à conformação essencial da missão de serviço público que, nos termos constitucionais, legais e contratuais, lhe está confiada; e (ii) se, em particular, a RTP garantiu o sublicenciamento dos direitos em causa com base numa proposta porventura incompatível com as exigências de contenção e equilíbrio orçamental impostas pela lei e pelo contrato de concessão ⁽³⁾.

4.1.1. A ERC integra um conjunto relativamente restrito de entidades que, no âmbito das respectivas competências, e em complemento do mecanismo de acompanhamento parlamentar, detêm responsabilidades na aferição do cumprimento dos objectivos e obrigações do serviço público por parte do respectivo concessionário dele incumbido: nesse mesmo sentido dispõe, desde logo, o artigo 4.º, n.º 4, dos *Estatutos da RTP*, aprovados pela Lei n.º 8/2007, de 14 de Fevereiro.

Os *Estatutos da ERC* reconhecem ao seu Conselho Regulador competências para «*verificar o cumprimento, por parte dos operadores de rádio e de televisão, dos fins genéricos e específicos das respectivas actividades*» (art. 24.º, n.º 3, al. i), 1.ª parte), bem como para «*promover a realização e a posterior publicação integral de auditorias anuais às empresas concessionárias dos serviços públicos de rádio e de televisão e verificar a boa execução dos contratos de concessão*» (art. 24.º, n.º 3, al. n)).

Por sua vez, e de acordo com o disposto na *Lei da Televisão* vigente, «[o] Estado assegura o financiamento do serviço público de televisão e zela pela sua adequada aplicação, nos termos estabelecidos na lei e no contrato de concessão» (art. 57.º, n.º 1), cabendo a este último instrumento «*estabelecer um sistema de controlo que verifique o*

⁽³⁾ Neste contexto, tenha-se em conta o comunicado emitido pelo operador RTP após conhecida a decisão de adjudicação, em que se afirma que a escolha da SPORT TV “*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*”: cfr. Deliberação 1/OUT-TV/2009, cit., ponto III.3.

cumprimento das missões de serviço público e a transparência e a proporcionalidade dos fluxos financeiros associados, garantindo que estes se limitem ao necessário para a sua prossecução e prevendo os mecanismos adequados para assegurar o reembolso, em caso de sobrecompensação financeira» (art. 57.º, n.ºs 2 e 3), devendo igualmente «impedir a concessionária de adoptar práticas não justificadas pelas regras do mercado que conduzam ao incremento de custos ou à redução de proveitos» (art. 57.º, n.º 4). Ainda nos termos da lei citada, “[a] auditoria externa anual, promovida pela Entidade Reguladora para a Comunicação Social no âmbito das suas competências, inclui necessariamente a verificação do cumprimento do disposto nos n.ºs 2 a 4 do presente artigo» (art. 57.º, n.º 7).

4.1.2. Sem embargo de ERC ter em devido tempo ⁽⁴⁾ assinalado a imprecisão na forma como, no Projecto de Contrato de Concessão de Serviço Público de Televisão, eram equacionadas as competências fiscalizadoras respeitantes às missões de serviço público, com riscos de confusão entre os papéis da tutela governamental e do regulador independente, e para a necessidade de clarificação das competências da ERC no âmbito das “auditorias externas” e dos “critérios da avaliação”, certo é que tais deficiências não foram totalmente eliminadas na versão definitiva do contrato de concessão, ora em vigor.

De todo o modo, e em rigor, a «boa execução» do contrato de concessão que a ERC está encarregada de verificar (cl.ª 33.ª, n.º 1, *in fine*; v. tb. art. 24.º, n.º 3, al. n), dos Estatutos da ERC) não se confunde com a «fiscalização e controlo do cumprimento» deste instrumento, da responsabilidade exclusiva do Ministro das Finanças, do Ministro com a tutela da comunicação social, e, no plano financeiro, da Inspecção-Geral de Finanças (cl.ªs 31.ª, n.º 1, 32.ª, n.º 1, e 34.ª, n.º 1).

Nesse pressuposto – e a par do desempenho genérico da sua actividade de regulação e supervisão respeitante ao operador RTP, da qual podem resultar as decisões, as directivas, as recomendações e os relatórios a que alude a cl.ª 34.ª, n.º 2, b), do contrato

⁽⁴⁾ Cfr. Relatório de Regulação 2007, p. 63, e, mais remotamente, o Parecer 9/2007, de 22 de Novembro de 2007 (em especial, pontos 2.22, 2.23 e 2.24), ambos referidos ao Projecto de Contrato de Concessão de Serviço Público de Televisão objecto de consulta pública lançada em Outubro de 2007.

de concessão – a verificação, pela ERC, da «*boa execução*» do contrato de concessão, associa-se, em primeira linha, se não em exclusivo, à promoção da realização de auditorias anuais à concessionária e à publicação dos respectivos resultados (cl.^a 33.^a, n.º 1, do contrato de concessão, e art. 24.º, n.º 3, al. n), dos Estatutos da ERC, cits.).

E é somente tendo em conta os resultados de tais auditorias que caberá à ERC, em conformidade, «*pronunciar-se globalmente sobre o cumprimento da missão de serviço público e emitir as recomendações que entenda necessárias*» (v. cl.^{as} 33.^a, n.º 3, e também 34.^a, n.º 2, al. a), do contrato de concessão).

Daqui resultando que:

- em rigor, a apreciação visada pelo procedimento de averiguações *sub judice* apenas poderá ou deverá ter lugar no quadro do mecanismo procedimental a que se reporta a cláusula 33.^a, n.º 3, do contrato de concessão;
- a não se entender assim, sempre a realização e ulitimação de uma auditoria externa relativa ao ano de 2008 constituirá condição prévia e essencial à apreciação tida em vista pela ERC no âmbito do procedimento de averiguações em referência.

III. Deliberação

Em face do exposto, o Conselho Regulador delibera:

- 1** - Inscrever entre as suas prioridades de actuação imediata a análise dos resultados da auditoria à concessionária do serviço público relativa ao ano de 2008 (já em curso), e logo que tal auditoria esteja concluída por parte da empresa KPMG;
- 2** - Pronunciar-se globalmente, em função da análise dispensada a tais resultados, e sem prejuízo das responsabilidades detidas por outras entidades sobre o cumprimento dos objectivos e obrigações do serviço público, a respeito das questões de saber:
 - i) se a actuação desenvolvida pelo operador RTP no caso vertente representa, ou não, um desvio à conformação essencial da missão de serviço público que, nos termos constitucionais, legais e contratuais, lhe está confiada; e

(ii) se, em particular, a RTP garantiu o sublicenciamento dos direitos em causa com base numa proposta compatível com as exigências de contenção e equilíbrio orçamental impostas pela lei e pelo contrato de concessão.

Lisboa, 2 de Dezembro de 2009

O Conselho Regulador

José Alberto de Azeredo Lopes
Elísio Cabral de Oliveira
Maria Estrela Serrano