

DECISÃO

PRC 2001/14

DATA DA DECISÃO: 08/08/2006

[VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL]

VISADOS:

**SIC - SOCIEDADE INDEPENDENTE
DE COMUNICAÇÃO, S.A.**

**PT MULTIMÉDIA - SERVIÇOS DE
TELECOMUNICAÇÕES E
MULTIMÉDIA, SGPS, S.A.**

**CATVP - TV CABO PORTUGAL,
S.A.**

DECISÃO

A Autoridade da Concorrência,

Considerando as competências atribuídas pelos artigos 6.º, n.º 1, alínea a) e 7.º, n.º 2, alínea a) dos Estatutos da Autoridade da Concorrência (adiante designada por Autoridade), aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro;

Considerando a Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (adiante designada por Lei n.º 18/2003);

Visto o processo de contra-ordenação registado sob o n.º PRC 14/01, em que são arguidas as sociedades:

SIC - Sociedade Independente de Comunicação, S.A., pessoa colectiva n.º 501940626, com sede na Estrada da Outurela, n.º 119, Carnaxide, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Oeiras, sob o n.º 08673;

PT MULTIMÉDIA - Serviços de Telecomunicações e Multimédia, SGPS, S.A., pessoa colectiva n.º 504453513, com sede na Avenida Fontes Pereira de Melo, n.º 40, Lisboa, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Lisboa, sob o n.º 8357; e

CATVP - TV Cabo Portugal, S.A., pessoa colectiva n.º 503039063, com sede na Avenida dos Combatentes, 43, 6º, Lisboa, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Lisboa, sob o n.º 2830;

Tem a ponderar os seguintes elementos de facto e de direito:

I. DO PROCESSO

1.º

O presente processo tem por objecto o acordo de vontades entre a SIC – Sociedade Independente de Comunicação, S.A., por um lado, e a PT Multimédia Serviços de Telecomunicações e Multimédia, SGPS, S.A. e a CATVP – TV Cabo Portugal, S.A., por outro, através do qual a CATVP confere à SIC um direito de preferência no fornecimento de canais, em português e produzidos em Portugal para o pacote básico da CATVP e a SIC confere à PT Multimédia um direito exclusivo na comercialização dos canais por ela produzidos.

1. A Origem do Processo

2.º

O presente processo teve origem na sequência de uma operação de concentração relativa à aquisição da sociedade LISBOA TV – Informação e Multimédia, S.A. pela SIC – Sociedade Independente de Comunicação S.A..

3.º

A predita operação notificada foi objecto de decisão de não oposição pelo Senhor Secretário de Estado do Comércio e Serviços, nos termos do Despacho n.º 809/2000, de 28 de Agosto. Dispõe o referido Despacho que *“O ‘Acordo de Parceria’ celebrado entre a ‘SIC’, a ‘PT MULTIMÉDIA – SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES E MULTIMÉDIA, SGPS, S.A.’ e a ‘CATVP – TV CABO PORTUGAL, S.A.’, (...) contém (...) cláusulas restritivas da concorrência, as quais, por não configurarem restrições acessórias indispensáveis à realização da mesma operação, deverão ser analisadas autonomamente, em sede de aplicação do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro”*.

4.º

Assim, por despacho de 6 de Agosto de 2001, da Directora-Geral do Comércio e da Concorrência, foi mandado instruir o presente processo, o qual foi registado com o n.º PRC 14/01 (fls. 3).

2. Diligências Probatórias

5.º

No âmbito das diligências de investigação desenvolvida pela ex-Direcção-Geral do Comércio e Concorrência, realizaram-se, entre outras, as diligências de prova consubstanciadas na obtenção de cópias de elementos documentais relativos à actividade das arguidas.

3. Nota de Ilicitude de 19 de Outubro de 2001

6.º

A Direcção-Geral do Comércio e da Concorrência notificou as arguidas da Nota de Ilicitude que consta de fls. 86 a 95 e que aqui se dá por integralmente reproduzida.

7.º

A título de resumo, pela nota de ilicitude procedeu-se à imputação, assente nos elementos de prova aí identificados, de um ilícito contra-ordenacional, por violação do n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 372/93, de 29 de Outubro. Segundo a Direcção-Geral do Comércio e da Concorrência, a cláusula contratual, do denominado “Acordo de Parceria”, que atribui à SIC um direito de preferência, no fornecimento de canais temáticos para o pacote básico da CATVP, limita o acesso ao mercado da televisão por assinatura, ao nível da produção de programas e dos conteúdos, restringindo, desta forma, a concorrência nesse mercado.

Restrição que assume maior gravidade atendendo a que o referido Acordo vigora por um prazo de dez anos, sendo renovável por mais cinco.

4. Respostas à Nota de Ilicitude de 19 de Outubro de 2001

8.º

As respostas escritas das arguidas à nota de ilicitude constam de fls. 145 a 165 e de 125 a 141 do processo, dando-se aqui por reproduzidas.

9.º

Sem pretensão de exaustão do alegado pela arguida SIC, esta requer o arquivamento do processo defendendo que:

- o seu direito de preferência é “*o correlativo directo da obrigação de fornecimento exclusivo dos canais produzidos no âmbito deste acordo à TV Cabo, ou, em alternativa, na sua comercialização a terceiros por intermédio de empresas do Grupo PT.*”;
- esta preferência é apenas aplicável a temas, até à data, não comprometidos e somente oponível ao grupo PT Multimédia e aos produtores de conteúdos que não sejam operadores de televisão;
- a atribuição deste direito não obstou ao lançamento de novos canais temáticos (e.g. a NTV e a TV Saúde). Impediu apenas a entrada da CATVP nos mercados da produção de programas e conteúdos e do fornecimento de canais, o que, aliás, é benéfico, atendendo à posição desta empresa no mercado da distribuição do sinal de televisão por cabo.
- quanto ao período de vigência da cláusula (dez anos, com possibilidade de renovação por mais cinco), alega que, por não se tratar de um direito exclusivo, não se colocam as limitações temporais que “habitualmente” se considera dever impor a este tipo de direitos.

A SIC discorda ainda da definição do mercado relevante, alegando que o mercado da televisão por assinatura ao nível da produção de programas e conteúdos não encontra correspondência na realidade. Existem sim o “*mercado da televisão por assinatura*” e, a montante, um “*mercado de produção de programas e conteúdos*”.

10.º

Sem pretensão de exaustão do aí alegado, as arguidas PT Multimédia e CATVP requerem o arquivamento do processo com base nos seguintes fundamentos:

- o mercado relevante é o mercado de conteúdos televisivos na Comunidade Europeia, no qual nenhuma das arguidas dispõe de uma posição dominante;
- a preferência tem um âmbito de aplicação bastante limitado – apenas abrange canais portugueses e produzidos em Portugal cujos temas ainda não estejam comprometidos e é somente oponível ao grupo PT Multimédia;
- o prazo de 10 anos é justificado, uma vez que não se trata de uma cláusula de exclusividade;
- que nunca a aludida preferência foi exercida pela SIC ou dada a exercer pela PTM/TV Cabo, sem que tal tenha dado azo a qualquer contencioso entre as partes.
- a preferência merece em todo o caso um balanço económico positivo;

No que se refere às sanções aplicáveis, e caso o processo não seja arquivado, as arguidas PT Multimédia e CATVP consideram desadequada a aplicação de quaisquer coimas, defendendo que a sanção da nulidade prevista no n.º 2 do artigo 2º do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro seria totalmente apta e suficiente para restabelecer o equilíbrio concorrencial.

11.º

Em 26 de Fevereiro de 2002 e em 31 de Janeiro de 2003 o representante legal da arguida SIC e o representante legal das arguidas PT Multimédia e CATVP, melhor identificadas nos autos, prestaram, respectivamente, depoimento oral na ex-Direcção-Geral do Comércio e da Concorrência, reiterando os argumentos apresentados por escrito, aquando da resposta à Nota de Ilicitude. Os referidos depoimentos, que constam de fls. 184 a 187 e de fls. 206 a 208, dão-se aqui por inteiramente reproduzidos

5. Diligências Complementares

12.º

A Direcção-Geral do Comércio e da Concorrência procedeu às seguintes diligências complementares de prova:

- Audição da TVI – Televisão Independente, S.A. (fls. 197 e 198)
- Pedido de elementos às arguidas PT Multimédia e CATVP (fls.209);

13.º

Em 24 de Fevereiro de 2003 o presente processo de contra-ordenação foi remetido para a Autoridade da Concorrência, ao abrigo do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Junho. A AdC reapreciou os factos e realizou as seguintes diligências complementares de prova:

- Pedido de informação e documentos às entidades reguladoras sectoriais Instituto de Comunicações de Portugal – Autoridade Nacional de Comunicações (adiante designado por ICP-ANACOM) e Alta Autoridade para a Comunicação Social (adiante designada por AACS)¹ (fls. 439 a 442);
- Audição da TVI – Televisão Independente, S.A. (adiante designada por TVI), CABOVISÃO – Televisão por Cabo, S.A. (adiante designada por CABOVISÃO), e do Dr. Bruno de Carvalho em representação de um grupo de particulares que propôs o fornecimento de canais de televisão cabo à CATVP – TV Cabo Portugal, S.A., (fls. 997 a 1004);
- Pedido de elementos à TVI (fls. 1000) e à CABOVISÃO (fls. 528 a 529);
- Pedido de elementos às arguidas (fls. 530 a 531 e 1050 a 1057);
- Pedido de informação e documentos à BRAGATEL – Companhia de Televisão por Cabo de Braga, S.A. (adiante designada por BRAGATEL); à TVTEL Grande Porto – Comunicações, S.A (adiante designada por TVTEL); à PLURICANAL Leiria – Televisão por Cabo, S.A (adiante designada por PLURICANAL Leiria) e à PLURICANAL Santarém – Televisão por Cabo, S.A (adiante designada por PLURICANAL Santarém) (fls. 1241 a 1248).

¹ Esta entidade foi extinta pela Lei n.º 53/2005, de 8 de Novembro que criou a Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERCS). Nos termos do n.º 3 do artigo 2 do referido diploma “(...) as referências feitas à Alta Autoridade para a Comunicação Social constantes de lei, regulamento ou contrato consideram-se feitas à ERC.”



5.1 Nota de Ilicitude de 1 de Setembro de 2005

14.º

Em 1 de Setembro de 2005, em face do apuramento de novos factos e da requalificação jurídica dos factos já então apurados, a Autoridade da Concorrência deduziu, com o aproveitamento do processado e em substituição da anterior, nova Nota de Ilicitude nos termos do artigo 26.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, e do artigo 50.º do Regime Geral das Contra-ordenações, assegurando, deste modo, os direitos de defesa das arguidas, através da possibilidade das suas pronúncias sobre todas as questões de facto e de direito, bem como sobre as provas produzidas e as demais questões que possam interessar à decisão do processo.

15.º

Através desta Nota de Ilicitude foi imputada às arguidas a prática de uma contra-ordenação jusconcorrencial por violação do n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003. A infracção consubstancia-se, por um lado, na atribuição pela CATVP à SIC de um direito de preferência – cláusula 2ª do referido acordo – que restringe a concorrência no mercado da comercialização de canais, em português e produzidos em Portugal, de acesso não condicionado; e, por outro, na atribuição pela SIC ao Grupo PT Multimédia da comercialização exclusiva com terceiros dos canais SIC – cláusula 6.ª – que restringe a concorrência no mercado nacional da televisão por subscrição. Assim, nesta Nota de Ilicitude reformulou-se a definição do mercado relevante e, para além do direito de preferência atribuído à SIC, foi também considerada anti-concorrencial a exclusividade atribuído ao Grupo PT Multimédia.

5.2 Respostas das Arguidas à Nota de Ilicitude de 1 de Setembro de 2005

16.º

As arguidas exerceram o seu direito de defesa respondendo à Nota de Ilicitude de 1 de Setembro de 2001 por escrito e oralmente. Para corroborar os seus argumentos, as arguidas juntaram documentos e apresentaram testemunhas.

17.º

A resposta escrita da arguida SIC à nota de ilicitude consta de fls. 1822 a 1859 do processo, dando-se aqui por reproduzida. Sem pretensão de exaustão do aí alegado:

- a SIC defende que o Acordo de Parceria tem a natureza de um acto instantâneo, pelo que será aplicável a lei vigente no momento da respectiva celebração, *in casu*, o Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro.
- a SIC requer o arquivamento do processo com os seguintes argumentos: a cláusula de preferência tem um âmbito de aplicação limitado, nunca foi exercida e não obstuou ao surgimento de novos canais; além de ser a forma de minimizar o risco financeiro associado ao cariz pioneiro do “Acordo de Parceria”. Já a cláusula de exclusividade visa apenas aproveitar a especialização da PT Multimédia no que toca ao contacto com potenciais clientes; também esta não obstuou a que os concorrentes da CATVP tivessem acesso aos canais SIC.
- Subsidiariamente, a SIC alega que o Acordo de parceria mereceria sempre um balanço económico positivo, pelo que qualquer restrição dele adveniente estaria justificada. E que a ter cometido uma contra-ordenação jusconcorrencial, fê-lo a título de negligência inconsciente.

18.º

A resposta escrita das arguidas PT Multimédia e CATVP à nota de ilicitude consta de fls. 1988 a 2056, dando-se aqui por reproduzida. Sem pretensão de exaustão do aí alegado:

- as arguidas defendem que a lei aplicável é o Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro, atendendo à natureza instantânea do Acordo em apreço;
- requerem o arquivamento do processo invocando a prescrição do mesmo e alegando que a sua morosidade é atentatória da segurança jurídica;
- As arguidas alegam que a Nota de Ilicitude de 1 de Setembro de 2005 não tem base legal;

- defendem que a cláusula de preferência tem um âmbito de aplicação limitado, nunca foi exercida e não obstou ao surgimento de novos canais;
- a cláusula de exclusividade é uma cláusula necessária à operação de concentração SIC/Lisboa TV e, nessa medida, já mereceu de uma avaliação positiva aquando a aprovação da mesma;
- o Acordo de Parceria não consubstancia uma fixação de preços, uma repartição de mercados ou um controlo de vendas, pelo que nunca poderia ter por objecto a restrição da concorrência;
- alegam incorrecções na definição dos mercados relevantes do produto e geográfico.
- Subsidiariamente, as arguidas alegam que o acordo merece um balanço económico positivo.

19.º

A SIC requereu ainda a audição do seu legal representante, encontrando-se o seu depoimento junto a fls. 2060 a 2063 e dá-se o mesmo aqui por inteiramente reproduzido

20.º

De igual forma, também foram ouvidos os representantes legais das arguidas PT Multimédia e CATVP, melhor identificados nos autos, encontrando-se os seus depoimentos juntos a fls. 2075 a 2079 e que se dão aqui por inteiramente reproduzidos.

21.º

As testemunhas arroladas pela SIC, cujos depoimentos se encontram a fls.2081 a 2092 foram: o actual Director da SIC – Sociedade Independente da Comunicação, S.A., que exerce também, funções de administrador executivo da Lisboa TV, S.A., o Senhor Dr. João Pedro Nava; o actual Administrador da Sojornal ex-Director da SIC, o Senhor Dr. Pedro Norton; o actual Director da SIC, que na altura das negociações do Acordo de Parceria detinha funções de Director da SIC Radical, Director dos Canais Temáticos e Director da SIC Multimédia, o Senhor Dr. Francisco Penim.

22.º

As arguidas PT Multimédia e CATVP arrolaram como sua testemunha o actual Director Jurídico da PT Multimédia e da CATVP, ao tempo da negociação do Acordo, administrador da CATVP, o Senhor Dr. José Vilaça., cujo depoimento consta de fls. 2069 a 2073.

23.º

Sobre a prova documental junta pelas arguidas, refira-se, designadamente, que

- a arguida SIC juntou aos autos, aquando da apresentação da sua resposta à nota de ilicitude os documentos de fls.1853 a 1859, que foram analisados e considerados pela Autoridade. Mais tarde requereu a junção aos autos de uma deliberação da ex AACS que consta de fls. 2095 a 2096;
- as arguidas PT Multimédia e CATVP juntaram aos autos, aquando da apresentação da sua resposta à nota de ilicitude, os documentos de fls.2048 a 2056 que foram analisados e considerados pela Autoridade.
- Aquando a prestação do depoimento da testemunha da SIC, o Senhor Dr. Pedro Norton, foi junto aos autos, a fls. 2084, um documento relativo ao investimento realizado pela SIC na Lisboa TV e respectivo orçamento de exploração.

24.º

Em 11 de Maio de 2006 foi dado conhecimento do projecto da presente decisão às entidades reguladoras sectoriais, em razão da matéria, o ICP-ANACOM e a ERC para que as mesmas se pronunciassem, nos termos do n.º 2 do artigo 28.º da Lei n.º 18/2003.

25.º

O ICP-ANACOM enviou o seu parecer em 9 de Junho 2006, junto a fls.2468 a 2479, o qual se dá aqui por inteiramente reproduzido. Conforme solicitado por esta Autoridade, o ICP – ANACOM enviou, ainda, um conjunto de elementos sobre os serviços de televisão por

subscrição que permitiram proceder à actualização e rectificação dos respectivos dados desde a Nota de Ilicitude de 1 Setembro de 2005 até à presente data.

26.º

A ERC enviou o seu parecer a 22 de Junho de 2006 que se encontra a fls.2480 a 2500 e que se dá aqui por inteiramente reproduzido. Não obstante, são de salientar as conclusões do referido parecer:

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 40, 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 78º, 11.0 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.”*

6. Questões prévias suscitadas pelas arguidas.

27.º

A arguida SIC contestou a qualificação da infracção objecto do presente processo como infracção permanente, alegando tratar-se de uma infracção instantânea com base nos seguintes argumentos:

“ (36) Os acordos entre empresas têm natureza de facto instantâneo, ao contrário daquilo que foi alegado pela AdC. (37) Pela sua celebração, poderia quanto muito, cometer-se se os mesmos fossem restritivos da concorrência, uma infracção ao artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, constituindo esta uma contra-ordenação punível com coima nos termos do artigo 42.º e 43.º do mencionado diploma legal. (38) Quer isto dizer que mesmo que as partes se apercebam do carácter ilícito do acordo e nunca o ponham em prática, não chegando o mesmo de facto a restringir a concorrência, nada impede a AdC de abrir o respectivo inquérito nos termos do artigo 24.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho. (39) Significa isto que o resultado típico da conduta ilícita relativa a um acordo entre empresas se produz no momento da celebração do acordo e aí se esgota. (40) A censura do ordenamento jurídico manifesta-se mesmo que as empresas concorrentes, fornecedoras ou clientes nunca venham a sentir o efeito deste acordo no respectivo mercado (...) (43) O nosso legislador optou assim pela teoria da acção, segundo a qual se deve ter em conta o momento em que foi perpetrada a acção alegadamente delituosa. (...) (45) É por isso inoperante o momento em que o resultado

típico nas infracções materiais se possa produzir, a menos que haja disposição especial que derroque a regra geral, o que não é o caso. (46) Em síntese, o momento relevante é o da acção, isto é o da materialização e da vontade e não o da produção do resultado. (47) Entendimento contrário ao supra mencionado padece de vício de inconstitucionalidade por violação ao princípio da tipicidade.”

28.º

Considerando-a uma infracção instantânea e atendendo que a lei vigente ao tempo da prática do facto foi posteriormente modificada, a SIC defendeu que a lei a aplicar será a mais favorável ao arguido, de acordo com o artigo 3.º do RGCO, o que no caso *sub judice* corresponde, no seu entendimento, ao Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro.

29.º

As arguidas PT Multimédia e CATVP também alegaram tratar-se de uma infracção instantânea e não permanente, com base nos seguintes fundamentos:

- “69.º (...) se a DGCC assumiu, em 22 de Outubro de 2001, o tipo como preenchido, por meio da primeira Nota de Ilicitude, e passível de ser sancionado já nessa data, não pode agora AdC caracterizá-lo como uma infracção permanente”.
- “72.º (...) Sendo a “celebração de um acordo” parte do tipo de infracção p. e p. pela aplicação conjugada dos artigos 4.º n.º 1, e 43.º, n.º 1, a), da Lei da Concorrência (artigos 2.º n.º 1, e 37.º, n.º 2, da Anterior Lei da Concorrência), este elemento “celebração” evidentemente não se repete no tempo - antes esgota-se num momento passado. 73.º Podem sim prolongar-se os seus efeitos no tempo, mas estes não podem ser, neste caso, confundidos com elementos do próprio tipo. (...) 75.º (...) A putativa infracção, a existir, teria reunido todos os seus elementos constitutivos no momento da assinatura do contrato.”
- “76.º (...) para considerar uma infracção como permanente, exige-se que o agente mantenha culposamente o estado antijurídico no tempo. (...) 78.º (...) a manutenção da infracção deve ser culposa - tal como a própria infracção não bastando considerar legalmente punível apenas a não actuação, a não correcção (por implicar uma violação do Princípio da Tipicidade). Esta também deve, evidentemente, ser culposa.”
- “81.º (...) a AdC também não pode sustentar a culpa das Arguidas na manutenção de uma resolução antijurídica. Se não, vejamos. 82.º O Acordo não foi renovado (nem antes nem depois da entrada em vigor da Nova Lei da Concorrência), tratando-se de um acto isolado, um acordo único, assinado em circunstâncias específicas e que foi objecto de análise logo em sede de autorização prévia de concentração. 83.º Ou seja, não estamos, portanto, perante uma minuta-tipo ou um acordo que reflecta uma política de empresa e que tenha sido repetido no tempo.
- “102.º Primeiro porque “a celebração de um acordo” é de formação instantânea e, portanto, tipo contra-ordenacional constante do artigo 2.º da Antiga Lei da Concorrência e do artigo 4.º Lei da Concorrência, não se coaduna com a natureza permanente. 103.º

Segundo, porque, de qualquer forma, para que uma infracção seja permanente é necessário que esta se repita no tempo. 104.º E, terceiro, se repita de forma culposa”.

30.º

As arguidas PT Multimédia e CATVP defenderam ainda a aplicação do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro, enquanto lei mais favorável, mesmo no caso de se tratar de uma infracção permanente:

“ 106.º Assim, e ainda que se admitisse a infracção como permanente, o concreto comportamento que está em causa é sucessivamente regulado no tempo por duas leis diferentes, particularmente no que se refere ao seu enquadramento contra-ordenacional.(...) 109.º Assim, seja o tipo instantâneo ou permanente, quando estamos em sede de aplicação da lei mais favorável no tempo, há que fazer uma valoração concreta sobre qual a lei mais favorável ao agente, sob pena de ser violado o princípio da aplicação da lei mais favorável ao arguido, com protecção constitucional no artigo 29.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa (doravante “CRP”). 110.º Mais e ainda dentro das matérias com dignidade constitucional, não se pode alargar o espectro punitivo através de uma construção doutrinária e jurisprudencial sobre a tipicidade da infracção. 111.º Deverá ser feita sempre uma análise restritiva da qualificação de uma infracção como permanente porque se tratam de contribuições doutrinárias, sem dúvida douradas, mas que não são critérios legais. 112.º Isto sob pena de se agredirem os princípios da legalidade e da tipicidade. 113.º Aliás, o RGCO não faz qualquer referência ao conceito de infracção permanente ou instantânea.”

31.º

As arguidas PT Multimédia e CATVP alegam que o presente processo prescreveu em 10 de Agosto de 2004:

“124.º Resulta, portanto, da aplicação conjugada dos artigos 27.º, alínea a), e 17.º, n.º 2, do RGCO, e do artigo 37.º, n.º 2, da Anterior Lei da Concorrência, nas versões em vigor à data da celebração do Acordo de Parceria (27 de Março de 2000) que o prazo de prescrição aplicável seria de dois anos, uma vez que o montante da coima em abstracto aplicável ao caso em concreto (100.000\$00 a 200.000.000\$00, nos termos do artigo 37.º, n.º 2) era superior ao valor previsto no artigo 17.º, n.º 2, do RGCO (ou seja, 9.000.000\$00). 125.º Em suma, dois anos é o prazo de prescrição aplicável ao caso em apreço. (...) Este prazo prescricional interrompe-se, no entanto, com a “comunicação ao arguido dos despachos, decisões ou medidas contra ele tomados ou com qualquer notificação’ nos termos do artigo 28.º, n.º 1, alínea a), do RGCO. 129.º Ora, as Arguidas foram notificadas, em 10 de Agosto de 2001, de que contra elas corria um processo de contra-ordenação junto da DGCC por alegada violação do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro. 130.º A partir dessa data, começou a contagem do prazo de prescrição que, no entanto, tem também um limite absoluto. 131.º (...) no nosso caso, três anos 132.º Resulta então que o procedimento

por contra-ordenação prescreveu a 10 de Agosto de 2004, devendo por isso ser considerado extinto e, conseqüentemente, serem arquivados os autos.

32.º

As arguidas PT Multimédia e CATVP alegaram ainda que o presente processo atenta contra a segurança jurídica:

“90.º As Arguidas não podem deixar de se insurgir contra a morosidade deste processo e o sério impacto que este tem tido sobre as suas esferas jurídicas, violando um dos princípios basilares do Estado de Direito - a Segurança Jurídica. 91.º As Arguidas consideram que esta incerteza é, ela sim, altamente prejudicial para a concorrência, para o mercado e para as empresas - na pessoa das Arguidas. 92.º Protelar cinco anos uma decisão (considerando a operação de concentração, aprovada em 8 Agosto de 2000), decisão que se espera que seja e que deve ser rápida, não pode deixar merecer profunda desaprovação. 93.º Aliás, as Arguidas, já no início deste processo, e em resposta à primeira Nota de Ilicitude, alertaram para o desrespeito pelo valor essencial da Segurança Jurídica - isto a 22 de Novembro de 2001(...) 95.º Mais. Se sempre pareceria inadmissível esta demora, compreenderíamos as razões da AdC se o que estivesse em causa fosse um caso com gravíssimas implicações e conseqüências. 96.º Mas este não pode ser o caso. Se o fosse, a DGCC então e a AdC hoje poderiam ter tomado alguma das medidas cautelares ao seu dispor.”

33.º

As Arguidas PT Multimédia e CATVP invocaram também a ilegalidade da Nota de Ilicitude de 1 de Setembro de 2005:

“143.º Ou seja, mais de cinco anos passados sobre a notificação do Acordo de Parceria, quase quatro anos depois da primeira Nota de Ilicitude dirigida às Arguidas pela DGCC e quase dois anos e meio depois da AdC ter tomado o processo em mãos, surge uma segunda Nota de Ilicitude. 144.º Esta segunda Nota de Ilicitude, evoluindo, desde 2001, de 21 para 147 artigos, re-analisa o mesmo Acordo de Parceria — o Acordo cujo conteúdo já era conhecido pelas autoridades da concorrência há cinco anos atrás e que permaneceu inalterado — focalizando agora sua atenção não apenas sobre o artigo 2.º (a chamada “cláusula de preferência”), associa ao artigo 15.º, relativa à duração do contrato, o que já acontecia na primeira Nota de Ilicitude, mas também sobre o artigo 6.º (a chamada “cláusula de exclusividade”), em conjugação com os artigos 3.º, 4.º e 5.º, que não tinham sido considerados anticoncorrenciais há quatro anos, apesar de, como já se referiu, terem permanecido inalterados. 145.º Ora este modus operandi para além de ser, salvo o devido respeito, manifestamente irrazoável, por lesivo da mais elementar segurança jurídica, carece de cobertura jurídica sendo, conseqüentemente, ilegal.”

34.º

As arguidas PT Multimédia e CATVP invocaram que a cláusula de exclusividade é uma cláusula acessória necessária à concentração SIC/Lisboa TV, SA., pelo que, a mesma foi nesse âmbito avaliada e autorizada pelo Despacho n.º 808/00/SECS do Secretário de Estado Comércio e Serviços:

“177.º Convém recordar que o Despacho do Secretário de Estado, datado de 28 de Agosto de 2000, que viabilizou a concentração, ressaltou não serem aprovadas algumas cláusulas do Acordo, por não serem consideradas restrições acessórias indispensáveis. 178.º E que, consultando-se o parecer da DGCC de 9 de Agosto do mesmo ano de 2000, nomeadamente o seu último parágrafo, não pode deixar de se concluir quais as cláusulas que se referia a decisão do Secretário de Estado. São elas: artigo 2.º, n.º1 (produção do pacote básico da TV Cabo exclusiva da SIC); artigo 3.º, n.º 1 (fornecimento do canal SIC GOLD em exclusivo à IV Cabo); artigo 4.º, n.º 1 (fornecimento do canal SIC Radical em exclusivo à TV Cabo); e o artigo 15.º, n.º 1, relativa à duração do acordo. 179.º Ora, consequentemente, a cláusula 6.ª do Acordo de Parceria, dita de exclusividade, gora referida nos artigos 118.º e seguintes da Nota de Ilicitude, foi considerada no âmbito da operação de concentração e autorizada ao abrigo do Despacho n.º 809/00/SECS, de 28 de Agosto de 2000, do Secretário de Estado.”

7. Apreciação da Autoridade sobre as questões prévias

7.1. Lei Aplicável

35.º

Nos termos do n.º 1 do artigo 3.º do RGCO a contra-ordenação é punível *“pela lei vigente no momento da prática do facto ou do preenchimento dos pressupostos de que depende.”*

36.º

Nos termos do artigo 5.º do RGCO o *“facto considera-se praticado no momento em que o agente actuou ou, em caso de omissão, deveria ter actuado, independentemente do momento em que o resultado típico se tenha produzido.”*

37.º

O tipo objectivo da contra-ordenação em apreço neste processo é aquele estatuído no n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003: *“São proibidos os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas entre empresas, qualquer que seja a forma*

que revistam, que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear, ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional ”

38.º

O primeiro elemento do tipo é precisa e verdadeiramente o encontro de vontades entre empresas, independentemente deste se materializar num acordo ou numa prática concertada. Ou seja, o elemento do tipo é o próprio encontro de vontades e não a sua formalização.

39.º

Porquanto há que atender ao momento em que se assiste ao encontro de vontades das empresas e não ao momento da sua (eventual) formalização. O encontro de vontades prolonga-se por todo o tempo em que de facto essas vontades permanecem alinhadas, não se consome, nem tão pouco coincide, com o momento da sua formalização.

40.º

Ao contrário do que alegam as arguidas, a prática do facto – que neste caso é o encontro de vontades – não se exaure no momento da celebração do contrato, mas protraí-se ininterruptamente durante todo o tempo em que as empresas concertam as suas vontades, o que no caso em apreço, corresponde pelo menos ao período de vigência do Acordo de Parceria.

41.º

E é de relembrar que segundo a jurisprudência comunitária - cujo recurso interpretativo se justifica no facto de o artigo 4.º ter colhido assumidamente os tributos positivos e jurisprudenciais do direito comunitário da concorrência - o artigo 81.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (TCE) é ainda aplicável aos comportamentos das empresas que se mantém após a cessação do contrato que os estabeleceu, mesmo sem ser necessária a renovação do mesmo. Ou seja, este artigo é aplicável sempre que as partes mantenham o seu encontro de vontades, independentemente da cessação formal dos respectivos contratos.²

² Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Julho de 1985, *SA Binon & Cie v SA Agence et messageries de la press*, processo 243/83, Colect. p. 02015.

42.º

A não exigibilidade de efeitos restritivos, impeditivos, ou falseadores quando um encontro de vontades já tem por objecto restringir, impedir, falsear a concorrência, não implica, nem justifica, que este mesmo encontro de vontades se consuma no momento da sua formalização.

43.º

Ao proibir o encontro de vontades por objecto (independentemente dos seus efeitos), o legislador condena, desde logo, a acção das empresas que coloca a concorrência em perigo de ser restringida, impedida ou falseada. Porquanto, o encontro de vontades que tem por objecto restringir, impedir, ou falsear a concorrência não se esgota num primeiro momento, executando-se em todos aqueles momentos em que as empresas perigam lesar o bem jurídico, *in casu*, a concorrência.

44.º

Ao se considerar que o encontro de vontades se protraí no tempo continuamos, ainda e sempre, a atender ao espaço temporal em que os agentes mantêm as suas acções e não os efeitos das suas actuações.

45.º

A infracção permanente é precisamente aquela em que a consumação do tipo legal se estende durante um determinado lapso de tempo. A sua essência “(...) *está em que depois de se realizar não se exaure, mas tende a protrair-se ininterruptamente no tempo: a cessação da sua permanência constitui o seu exaurimento (...).*”³ Eis as duas fases que alguns autores distinguem na estrutura da infracção permanente: “*uma que se analisa na produção de um estado anti-jurídico*” – que equivale ao momento em que as vontades se encontram pela primeira vez – “*outra (...) que corresponde (...) à “manutenção desse evento”* – que equivale a todos os momentos da existência do encontro de vontades.

³ in *Enciclopedia Del Diritto*, XXXVIII, Giuffrè Editore, p.856

46.º

A manutenção deste estado anti-jurídico depende da vontade do autor no sentido em que a permanência do evento apenas se deve ao facto deste persistir na sua acção (ao contrário das infracções de estado). Na infracção permanente o agente actua “(...) *com o propósito inicialmente formulado e nunca abandonado, ou seja mantendo em reiteração o seu animus (...)*” (acórdão do STJ em 7.12.89, BMJ 400, 1990). Ora, as arguidas, ao manterem o seu encontro de vontades, continuam a actuar com mesma resolução ilícita que só cessará com o termo do mesmo.

47.º

De facto, como alegam as arguidas PT Multimédia e CATVP, a manutenção da situação anti-jurídica não se compadece com a não actuação do agente, pois é exactamente na execução contínua que reside a natureza verdadeiramente típica da infracção permanente. Todavia, ao contrário do que as arguidas PT Multimédia e CATVP pretendem fazer crer, durante a vigência do acordo de vontades as três arguidas não estiveram sem actuar. Pelo contrário, actuaram e actuam ainda precisamente na manutenção desse acordo.

48.º

Aliás a actuação das arguidas na manutenção do seu acordo de vontades é notória no primeiro considerando do “Contrato de Distribuição do Canal”, celebrado em 30 de Dezembro de 2002: *“E considerando que: a) o Acordo celebrado entre, por um lado, a PT Multimédia – Serviços de Telecomunicações e Multimédia, SGPS, S.A. (adiante designada PT Multimédia) / PT Conteúdos, SGPS, S.A., sociedade então em vias de criação, e a CATVP – TV Cabo Portugal, S.A. (adiante designada por TV Cabo Portugal), e, por outro lado, a SIC – Sociedade Independente de Comunicação, S.A., a 27 de Março de 2000, no qual «as Partes definem e regulam de boa fé, os termos e condições nos quais se materializará a sua cooperação e parceria no âmbito da actividade de produção de programas e conteúdos para a televisão, de televisão por cabo, de telecomunicações afins e de multimédia em Portugal»;*”

49.º

Estamos, pelo exposto, em presença de uma infracção permanente.

50.º

E não se podem aceitar os argumentos apresentados pelas arguidas PT Multimédia e CATVP que referem que o RGCO não faria qualquer referência aos conceitos de infracção permanente e instantânea e que estes deveriam ser objecto de uma análise restritiva, sob pena de agredirem os princípios da tipicidade e legalidade.

51.º

Os conceitos de infracção permanente e instantânea são instrumentais à interpretação do artigo 3.º do Código Penal e do artigo 5.º do RGCO, tendo como propósito único auxiliar o intérprete a localizar no tempo a acção do agente - para que este possa, em seguida, saber qual a lei aplicável e a partir de que momento se inicia a contagem do prazo de prescrição. Porquanto, ao utilizá-los nenhum intérprete cria um novo tipo de infracção ou restringe/amplia o tipo existente.

52.º

Estes conceitos de génese doutrinária foram acolhidos pelo legislador no n.º 2 do artigo 119.º do Código Penal, relativo precisamente à contagem do prazo de prescrição do procedimento criminal. Ora, por força do artigo do 32.º do RGCO este artigo é aplicável às contra-ordenações.

53.º

Da mesma forma que não pode proceder a interpretação que as arguidas PT Multimédia e CATVP fazem do Acórdão da Relação de Lisboa no caso *Unicer*⁴. Alegam, as arguidas, que o douto Tribunal qualificou a infracção como permanente, por se tratar de um feixe de

⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28 de Março de 2001, processo n.º 00112623.

contratos, que segue o mesmo modelo contratual predefinido, de forma a concretizar uma mesma política empresarial. O que – concluem - não se verifica no caso em apreço, uma vez que o Acordo de Parceria “*é um acto único e isolado*”.

54.º

No caso *Unicer*, a referência ao conjunto de contratos celebrados de acordo com o mesmo modelo contratual predefinido prende-se com a definição da própria infracção - que consistia na introdução de cláusulas ilícitas num feixe de contratos, através do qual se implementava o sistema de distribuição - e não com a sua qualificação de permanente. O Tribunal da Relação de Lisboa não imputa a qualidade de permanente ao número de vezes em que o modelo contratual predefinido é utilizado na celebração de contratos, ou ao número de contratos celebrados, mas sim ao lapso de tempo em que a *Unicer* conservava a sua resolução ilícita de inserir e manter cláusulas ilegais nos contratos de distribuição que celebrava. Lapso de tempo este que correspondia exactamente à duração desses mesmos contratos: o estado antijurídico mantinha-se na dependência da vontade da *Unicer* enquanto os contratos estivessem em vigor e só com a respectiva cessação, a *Unicer* colocaria termo à sua resolução ilícita.

“A Unicer Cervejeira, SA, celebrou contratos com os seus distribuidores, e neles terá inserido cláusulas de eventual contrariedade à Lei, surtindo resultados “contra-legend”; criou um estado anti-jurídico, isto é em obediência a um modelo contratual pré-definido. (...) A arguida ao reger-se por modelos contratuais pré-estabelecidos, de cujos termos de cumprimento pontual, ponto por ponto, não abdicou ou distanciou, em reiterada e constante vinculação às estipulações negociais insertas, impondo-as e querendo-as, fiscalizando-as a todo o momento, até cessação da sua vigência, tipifica uma conduta contraordenacional permanente e não instantânea, mesmo de efeitos permanentes, a pressupor o desprendimento de tais efeitos, o que se não verificou, pelo que estaremos em presença de uma contraordenação a pautar como permanente.”

Até cessação dos efeitos dos contratos a arguida manteve, por intermédio dos seus responsáveis, uma permanente resolução ilícita, que reiterou e da qual não se absteve.⁵ – sublinhado nosso.

55.º

A lei aplicável é, como indica o n.º 1 do artigo 3.º do RGCO, a lei vigente no momento da prática do facto. Tratando-se de uma infracção permanente, este momento da prática do facto protraí-se por um certo período de tempo. Se durante este período se assistir a uma sucessão de leis, haverá duas leis que, em abstracto, são potencialmente aplicáveis, pois ambas eram e são vigentes aquando a prática do facto. No entanto, e na medida em que o agente mantém a sua resolução ilícita e contínua a executar a mesma infracção, após a entrada em vigor da nova lei, o agente age contra a nova lei, como aceitou agir contra a lei antiga, e, por isso, deve ser pela nova lei punido. Ou seja, tampouco se coloca, numa tal situação, uma questão de sucessão de leis *strictu sensu*.

56.º

Ao contrário da tese apresentada pelas arguidas PT Multimédia e CATVP, esta situação insere-se ainda e sempre na estatuição do n.º 1 do artigo 3.º do RGCO. O número dois desse artigo está pensado para aquelas situações em que apenas uma lei é vigente no momento da prática do facto, lei essa substituída por outra, que apenas entra em vigor depois de o facto já ter sido praticado. Ou seja, nas infracções permanentes a questão da aplicação da lei mais favorável nem sequer se coloca. Este é o motivo pelo qual a doutrina defende que: “*as Contra-ordenações de carácter permanente, (...), inserem-se no campo de aplicação da lei nova, ainda que mais severa, desde que prossiga na sua vigência a conduta necessária à permanência do resultado (a cada momento de tal permanência está presente, por acção ou omissão, a vontade do agente).*”⁶

7.2 Prescrição do Procedimento

⁵ *Idem*.

⁶ Santos, Manuel Simas e Sousa, Jorge Lopes de, *Contra-Ordenações Anotações ao Regime Geral*, 2ª edição, Vislis Editores, 2002, p.89

57.º

A contagem do prazo de prescrição do procedimento inicia-se a partir do momento da prática da contra-ordenação. Tratando-se, como é o caso, de uma infracção permanente, a contagem apenas se inicia após o exaurimento da mesma, ou seja, após a prática do último acto de execução, de acordo com o artigo 119.º, n.º 2, a) do Código Penal, *ex vi* artigo 32.º RGCO.

58.º

No caso em apreço, o acordo de vontades ainda se encontra em vigor, porquanto o prazo de prescrição do procedimento nem sequer começou a decorrer. Logo, ao contrário do que defendem as arguidas PT Multimédia e CATVP, o procedimento não prescreveu.

59.º

Aliás, dificilmente se entenderia, *de iure condendo*, a opção do legislador que não permitisse perseguir contra-ordenacionalmente um acordo de vontades que se encontra em vigor e a violar a lei, como parecem defender as arguidas PT Multimédia e CATVP.

7.3 Segurança Jurídica

60.º

As arguidas PT Multimédia e CATVP alegam que a morosidade do presente processo as coloca numa situação de incerteza, violando um princípio basilar do Direito, a Segurança Jurídica. Acrescentam ainda que esta morosidade apenas se poderia entender se a situação em apreço tivesse “*gravíssimas implicações e consequências*”, o que concluem não ser o caso, uma vez que a DGCC e a AdC, podendo, não adoptaram medidas cautelares.

61.º

O princípio da segurança jurídica, basilar do Estado de Direito, postula “*uma ideia de protecção da confiança dos cidadãos e da comunidade na ordem jurídica e na actuação do Estado, o que implica um mínimo de certeza e de segurança no direitos das pessoas e nas expectativas que a elas são juridicamente criadas*” (cf., por entre muitos outros, o Acórdão do

Tribunal Constitucional n.º 303/90, publicado nos *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 17.º vol., pp. 65 a 95). Pergunta-se, então, quais são as expectativas juridicamente tuteladas das arguidas PT Multimédia e CATVP que não foram devidamente asseguradas ao longo deste procedimento.

62.º

A tempestividade do processo é regulada pelas regras da prescrição, não estando juridicamente tuteladas, em sede do processo de contra-ordenação, quaisquer outras expectativas para além daquelas que caem sob a alçada deste instituto. Mais, o decurso do tempo, em sede do processo especial instituído pela Lei da Concorrência, apenas tem implicações para efeitos da prescrição, sendo que neste tipo de processo nem sequer existem prazos processuais de referência.

7.5. Segunda Nota de Ilicitude

63.º

As arguidas PT Multimédia e CATVP invocam a ilegalidade da Nota de Ilicitude de 1 de Setembro de 2005 por falta de base legal.

64.º

No RGCO, assim como na Lei da Concorrência, constitui preocupação do legislador que o processo de contra-ordenação acolha e concretize os direitos de audiência e defesa dos arguidos, de forma a garantir que ninguém seja condenado no pagamento de uma coima, ou no cumprimento de uma sanção acessória, sem lhe ter sido previamente concedida a possibilidade de se pronunciar. Veja-se o artigo 50.º do RGCO: “*Não é permitida a aplicação de uma coima ou de uma sanção acessória sem antes se ter assegurado ao arguido a possibilidade de, num prazo razoável, se pronunciar sobre a contra-ordenação que lhe é imputada e sobre a sanção ou sanções em que incorre.*” E o próprio número 1 do artigo 26.º da Lei da Concorrência: “*Na notificação a que se refere a alínea b) do n.º 1 do artigo precedente, a Autoridade fixa às arguidas um prazo razoável para que se pronunciem por escrito sobre as acusações formuladas e as demais questões que possam interessar à decisão*

do processo, bem como as provas produzidas, e para que requeiram as diligências complementares de prova que considerem convenientes.”

65.º

O Supremo Tribunal de Justiça referiu ainda, no assento n.º 1/2003, 28 de Novembro de 2002⁷, que “a concretização da «forma» e o «prazo razoável» de se assegurar esse «direito de audição do arguido» [a que se refere o artigo 50.º do RGCO] não poderá prescindir (...) da convocação dos correlativos preceitos do procedimento administrativo, designadamente dos artigos 100.º a 102.º do Código do Procedimento Administrativo” e concluiu:

I – Quando, em cumprimento do disposto no artigo 50.º do RGCO, o órgão instrutor optar, no termo da instrução contra-ordenacional, pela audiência escrita do arguido, notificá-lo-á para - no prazo que o regime do procedimento previr ou, na falta deste, em prazo não inferior a 10 dias – dizer o que se lhes oferecer (cf. artigo 101.º, n.º 2, do Código de Processo Administrativo).

II – A notificação fornecerá todos os elementos necessários para que o interessado fique a conhecer todos os aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito (cf. artigo 101.º, n.º 2) e, na resposta, o interessado pode pronunciar-se sobre as questões que constituem objecto do procedimento, bem como querer diligências complementares e juntar documentos (artigo 101.º, n.º 3)(...)”.

66.º

Daqui resulta que a Nota de Ilicitude inserida no processo especial da Lei da Concorrência tem por único e exclusivo propósito assegurar aos arguidos o exercício dos seus direitos de audição e defesa, antes de tomada a decisão final.

67.º

Porquanto, ao notificar as arguidas em 1 de Setembro de 2005, a AdC não age ilegalmente, muito pelo contrário, a AdC cumpre o Princípio do Contraditório e possibilita o direito de

⁷ Publicado no Diário da República n.º 21 I - Série A, de 25 de Janeiro 2003.

defesa e audiência das arguidas relativamente aos resultados da investigação por si realizada, após a notificação de 19 de Setembro de 2001, para que estas tenham acesso e se pronunciem sobre “*todos os aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito*”.

68.º

Recorde-se que o processo de contra-ordenação, ao contrário do processo penal, não tem, nem pode ter, uma estrutura de tipo acusatória baseada no princípio da acusação, uma vez que é a mesma entidade que, na fase administrativa deste processo, investiga, instrui e decide. Não existe, porquanto, uma entidade julgadora sem funções de investigação preliminar, que apenas possa “*investigar e julgar dentro dos limites de que lhe são postos por uma acusação fundamentada e deduzida por um órgão diferenciado.*”⁸

69.º

O processo de contra-ordenação é composto de duas fases: a administrativa, a cargo de uma autoridade administrativa, e a judicial, a cargo de um órgão judiciário. Na primeira fase, a autoridade administrativa procede à investigação e instrução, finda a qual arquiva o processo ou aplica uma coima, através, neste último caso, de uma decisão condenatória (art. 54.º, n.º 2 e art. 58.º do RGCO). A segunda fase depende da impugnação da decisão administrativa, caso em que, a autoridade administrativa envia os autos ao Ministério Público, que os tornará presentes ao juiz, valendo este acto como acusação (art. 62.º do RGCO), ou seja, assiste-se, nesta fase, à convalidação da decisão condenatória em acusação.

70.º

Daqui se depreende que a fase a que o RGCO se refere como de “*investigação e instrução*” corresponde, *grosso modo*, ao inquérito no âmbito do procedimento criminal, tendo ambas as fases a mesma finalidade - a investigação do ilícito e dos seus agentes. O mesmo se diga para o processo previsto na Lei da Concorrência, que consagra uma fase destinada à investigação do ilícito jusconcorrencial, finda a qual a AdC ou arquiva o processo ou profere uma decisão condenatória.

⁸ Figueiredo Dias, Direito Processual Penal, reimp. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp.136-137.

71.º

Na Lei da Concorrência esta fase de investigação desenvolve-se em dois momentos. O inquérito, no qual a Autoridade promove diligências necessárias à identificação de eventuais práticas proibidas e dos respectivos agentes (artigo 24, n.º 1 da Lei n.º 18/2003). Findo o inquérito a Autoridade, ou, arquiva o processo, caso não hajam indícios suficientes da prática de infração, ou, caso existam, notifica as empresas. No último caso, passamos, então, ao segundo momento, a instrução (artigo 25.º). Na instrução as empresas são ouvidas sobre as acusações formuladas e as demais questões que possam interessar à decisão do processo, bem como sobre as provas produzidas (artigo 26, n.º1). Mas, na instrução, a actividade de investigação da Autoridade pode não cessar, uma vez que lhe é legítimo proceder a diligências complementares de prova, por si oficiosamente ordenadas, nos termos do n.º 4 do artigo 26.º

72.º

Ou seja, desde a abertura de inquérito até à decisão final da Autoridade, estamos ainda e sempre, numa fase de investigação. Até à primeira notificação das arguidas, a investigação tem o propósito de recolher indícios suficientes da alegada infração, sendo realizada, em princípio, com o seu total desconhecimento, em prol da própria investigação – trata-se de um momento interno da investigação. Numa fase posterior, a investigação é aprofundada, nomeadamente com o próprio contributo das arguidas, que já sobre ela se podem pronunciar e durante a qual se dá cumprimento ao contraditório – momento externo da investigação.

73.º

Sempre que na instrução as investigações levadas a cabo pela AdC resultem no apuramento de novos factos e/ou na alteração da qualificação jurídico-económica dos factos anteriormente apurados, a Autoridade tem de notificar novamente as arguidas de *“todos os elementos necessários para que estas fiquem a conhecer a totalidade dos aspectos relevantes para a decisão nas matérias de facto e de direito”*, sob pena de não respeitar o princípio do contraditório e da audiência do arguido.



7.6. Cláusula de Exclusividade enquanto cláusula acessória necessária

74.º

As arguidas PT Multimédia e CATVP alegam que a cláusula de exclusividade foi considerada um cláusula acessória necessária à operação de concentração SIC/Lisboa TV, tendo sido nesse âmbito apreciada e, por isso, encontrava-se já abrangida pela decisão de não oposição à operação concentração.

75.º

Em primeiro lugar, esclareça-se que nenhuma das cláusulas objecto do presente processo foi, alguma vez, considerada uma cláusula acessória necessária à concentração SIC/Lisboa TV. Pelo contrário, no processo de apreciação desta operação conclui-se que as cláusulas do Acordo de Parceria não são cláusulas acessórias necessárias à concretização da operação, remetendo-as para análise à luz do então artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 371/93, equivalente ao actual artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, porquanto da autorização dessa concentração não se pode extrair a justificação de qualquer uma dessas cláusulas.

76.º

O Despacho do ex-Secretário de Estado Comércio e Serviços, que autoriza a referida operação de concentração, dá por reproduzida para todos os efeitos legais a informação técnica da DGCC de 9 de Agosto de 2000. Nesta informação refere-se que “*relativamente ao Acordo de Parceria firmado entre a SIC, por um lado, a PT Multimédia e a CATVP, por outro, importa referir que o mesmo não deverá ser entendido como restrição acessória necessária à concretização da presente operação de concentração, propondo-se que o mesmo seja analisado nos termos do artigo 2.º do Decreto-Lei 371/93, de 29 de Outubro, por conter cláusulas, nomeadamente o n.º 1 do art.2º (produção do pacote básico da TV Cabo exclusiva*

da SIC), o n.º 1 do art. 3º (fornecimento do canal SIC GOLD à TV Cabo em exclusivo), o n.º 1 do art. 4º (fornecimento do canal SIC RADICAL em exclusivo à TV Cabo) e o n.º 1 do art. 15º (duração do acordo) susceptíveis de restringir a concorrência.” – sublinhado nosso.

77.º

No referido Despacho o Senhor Secretário de Estado do Comércio e Serviços conclui: “(...) O ‘Acordo de Parceria’ celebrado entre a ‘SIC’, a ‘PT MULTIMÉDIA – SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES E MULTIMÉDIA, SGPS, S.A.’ e a ‘CATVP – TV CABO PORTUGAL, S.A.’, na medida em que aplicável à presente operação de concentração, contém contudo cláusulas restritivas da concorrência, as quais, por não configurarem restrições acessórias indispensáveis à realização da mesma operação, deverão ser analisadas autonomamente, em sede de aplicação do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro.”- sublinhado nosso. E, portanto, decide: “(...) não [se] opor concentração à supra identificada, sem prejuízo da análise pela Direcção-Geral do Comércio e da Concorrência das cláusulas restritivas contidas no Acordo de Parceria supra identificado, à luz do artigo 2.º do citado diploma”.

78.º

Ao contrário do que as arguidas PT Multimédia e CATVP alegam, sempre ficou claro que:

- 1- o Acordo de Parceria e as cláusulas que o integram não eram acessórias e necessárias à operação de concentração;
- 2- as cláusulas que integram o Acordo de Parceria, exactamente por não serem indispensáveis à operação de concentração, não foram apreciadas e muito menos autorizadas aquando o despacho de não oposição à concentração;
- 3- na informação da DGCC referem-se cláusulas a título exemplificativo. Esta numeração não é nem exaustiva, nem taxativa.
- 4- no âmbito do processo de apreciação da operação de concentração, os poderes de apreciação do Senhor Secretário de Estado do Comércio e Serviços estavam limitados a avaliar se as cláusulas contratuais constituíam ou não uma restrição necessária à concentração, não podendo analisar as mesmas à luz do artigo 2º. do Decreto-Lei n.º

371/93, de 29 de Outubro, atendendo que, à data só, o Conselho da Concorrência poderia decidir ao abrigo deste artigo nos termos do artigo 13.º daquele diploma.

79.º

Porquanto, também a cláusula de exclusividade que se integra no Acordo de Parceria, também ela, nunca foi considerada uma cláusula acessória necessária à concentração e nunca foi nem justificada, nem autorizada aquando da análise e decisão dessa operação.

80.º

Não o foi e nem o poderia ter sido. A cláusula do acordo de parceria que atribui à PT Multimédia o direito de comercializar em exclusivo os canais de televisão produzidos pela SIC não é, para efeitos da Lei da Concorrência, uma cláusula directamente relacionada e necessária à concentração SIC/Lisboa TV, uma vez que:

- Não está economicamente relacionada com a aquisição de 60% do capital social da Lisboa TV, S.A.;
- Não se destina a permitir uma transição harmoniosa para a estrutura alterada da referida sociedade após a concentração;
- Não se destina a proteger o valor transferido, tanto mais que a cláusula se refere a canais a produzir pela SIC;
- A concentração não consistia no desmembramento de uma entidade antiga, nem na constituição de uma entidade nova que carecesse respectivamente de ver assegurado o seu abastecimento ou o seu arranque. Nem esta cláusula teria, nessas circunstâncias, tais propósitos;
- Não se trata de impor ao cedente uma obrigação de não concorrência a fim de poder assegurar a fidelidade da clientela e assimilar o saber-fazer. Muito pelo contrário, esta cláusula confere ao cedente um direito de exclusividade, impondo ao cessionário a obrigação de não comercializar com os concorrentes do cedente.

II – DOS FACTOS

81.º

Dos documentos juntos aos autos e da prova testemunhal produzida resultam provados, com relevância para a decisão em causa os seguintes factos:

1. Caracterização das Arguidas

1.1. SIC – Sociedade Independente de Comunicação, S.A

82.º

A arguida SIC – Sociedade Independente de Comunicação, S.A (adiante designada por SIC) tem por actividade principal o exercício da actividade televisiva (fls. 1172 e 1497).

83.º

Explora, desde Outubro de 1992, um canal generalista de televisão de emissão em aberto, com o mesmo nome e ainda, actualmente, quatro canais temáticos de televisão por subscrição: SIC NOTÍCIAS-CNL, SIC RADICAL, SIC COMÉDIA e SIC MULHER (fls. 1497).

84.º

A arguida SIC adquiriu, no ano 2000, acções representativas de 60% do capital social da Lisboa TV – Informação e Multimédia, S.A. Esta sociedade tem por objecto principal o exercício da actividade de televisão, sendo através dela que a SIC produz o canal SIC Notícias – CNL (fls. 1117).

1.2. PT MULTIMÉDIA – Serviços de Telecomunicações e Multimédia, SGPS, S.A.

85.º

A arguida PT MULTIMÉDIA – Serviços de Telecomunicações e Multimédia, S.G.P.S., S.A. (doravante PT MULTIMÉDIA) foi constituída, em Julho de 1999, pelo Grupo Portugal Telecom, com o objectivo de agregar as competências deste grupo na área dos média e internet (fls. 79).

86.º

Em 31 de Dezembro de 2004, a PT Multimédia, agrupava, de acordo com o respectivo Relatório e Contas (fls. 1302 a 1442), quatro grandes áreas de negócio, a saber:

- Televisão por subscrição e Internet por cabo, desenvolvidas pelas sociedades CATVP – TV Cabo Portugal SA e PT Conteúdos – Actividade de Televisão e de Produção, S.A. (adiante designada por PT Conteúdos). Sociedades estas controladas, desde Outubro de 2004, pela PT Televisão Por Cabo, SGPS, S.A, que, por sua vez, é controlada pela PT Multimédia.
- Distribuição e Exibição Cinematográfica, desenvolvida pelas sociedades Lusomundo Audiovisuais, S.A. e Lusomundo Cinemas, S.A.;
- *Media*, desenvolvida pela sociedade Lusomundo Média SGPS, SA..

87.º

Atente-se que em 25 de Agosto de 2005 a PT Multimédia vendeu à Controlinveste SGPS, S.A. a sua participação (100%) no capital social da Lusomundo Média SGPS, S.A.

88.º

É também de referir a operação de fusão entre a sociedade PT Conteúdos e TV Cabo Audiovisuais, S.A. em 1 de Janeiro de 2003. A nova entidade foi denominada de PT Conteúdos – Actividade de Televisão e de Produção de Conteúdos, S.A. (cf. Relatório e Contas de 2003- Anexo III, fls. 151).

1.3. A CATVP - TV Cabo Portugal, S.A.

89.º

A arguida CATVP - TV Cabo Portugal, S.A. (doravante CATVP) desenvolve a título principal a actividade relativa à exploração de serviços de comunicações electrónicas, nomeadamente:

- distribuição de sinal de televisão por cabo e satélite;
- prestação de serviços de comunicação de dados;
- prestação de serviços de interactividade;
- prestação de serviços de assessoria, consultadoria e outros, directa ou indirectamente relacionados com as actividades e serviços referidos ou que neles se suportem ou deles façam uso. (cf. Relatório e Contas de 2004 a fls. 1468).

90.º

Como referido *supra*, a arguida PT MULTIMÉDIA detém, por intermédio da PT TELEVISÃO POR CABO, SGPS, S.A., 100% da CATVP.

91.º

Em Janeiro de 2003, foi concluída a fusão, por incorporação na CATVP, das empresas por si participadas - TV Cabo Lisboa, S.A., TV Cabo Tejo, S.A., TV Cabo Mondego, S.A., TV Cabo Porto, S.A., TV Cabo Douro, S.A., TV Cabo Sado, S.A., TV Cabo Guadiana, S.A. e TV Cabo Interactiva, S.A. (anexo IV- fls. 259).

92.º

A CATVP é a accionista maioritária da Cabo TV Açoriana, S.A. e Cabo TV Madeirense, S.A. (fls. 1488).

2. Os Serviços de Televisão por Subscrição

93.º

O serviço de televisão por subscrição, ou por assinatura, consiste na distribuição de sinais de áudio e vídeo de serviços de programas televisivos, mediante remuneração pecuniária. A recepção dos sinais de televisão é, por isso, exclusiva das entidades dispostas a pagar a referida contraprestação, ou seja, os assinantes.

94.º

Actualmente em Portugal este serviço é prestado pelas seguintes sociedades: a CATVP; a CABOVISÃO; a BRAGATEL; a TVTEL; a PLURICANAL Leiria; a PLURICANAL Santarém, a Cabo TV Açoriana, S.A. e a Cabo TV Madeirense, S.A., (fls. 525); a Entrónica – Serviços na Área de Telecomunicações, Lda.; e a AR Telecom - Acessos e Redes de Telecomunicações, S.A..⁹

95.º

Com excepção das duas últimas, todas as sociedades foram autorizadas pelo Governo, sob proposta do então Instituto de Comunicações de Portugal (ICP), a exercer a actividade de operador de rede de distribuição por cabo, para uso público, em determinadas áreas geográficas que correspondiam às linhas limítrofes dos municípios. A CATVP, a Cabo TV Açoriana, S.A. e a Cabo TV Madeirense, S.A foram também autorizadas a oferecer serviços de televisão por satélite (*DHT- Direct-to-home*). Mais tarde, à CATVP e à CABOVISÃO foi

⁹ Existe também uma associação de moradores que operam uma pequena rede local de distribuição cabo, apenas disponibilizada aos respectivos associados, ou seja, não acessível ao público: A Associação de Moradores do Litoral de Almancil (fls. 525 e 2470). Desde Janeiro de 2006 um dos operadores dos serviços e redes móveis, a Vodafone, lançou o denominado serviço Mobile TV que permite o acesso a 14 canais de televisão.

atribuído a licença de operador de redes públicas de telecomunicações de âmbito nacional, pela actual entidade reguladora, a ANACOM.

96.º

A Entrónica – Serviços na Área de Telecomunicações, Lda. apesar de estar autorizada pela ANACOM de acordo com o regime da Autorização geral estabelecido pela Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro só a iniciou a partir de Janeiro de 2006.

97.º

A AR Telecom – Acessos e Redes de Telecomunicações, S.A. entrou no mercado em 21 de Setembro de 2005, utilizando a tecnologia *TMax* com uma oferta integrada de serviços de Televisão, Internet e telefone.

98.º

De tanto se observa que o serviço de televisão por subscrição é realizado no território nacional através de três modalidades de difusão: por rede cabo (óptico e/ou coaxial¹⁰) e por satélite (*Direct-to-home*) e mais recentemente via rádio (*Fixed Wireless Access – FWA*) (fls. 2471 a 2472).

99.º

De acordo com os dados do regulador sectorial ICP – ANACOM, juntos ao processo (a fls. 2470) em virtude do respectivo parecer solicitado ao abrigo do n.º 2 do artigo 28.º da Lei n.º 18/2003, existiam no território nacional o seguinte número de assinantes de serviços de televisão por subscrição:

- 1.551.000 (um milhão quinhentos e cinquenta e um mil) em 2002;
- 1.675.000 (um milhão seiscentos e setenta e cinco mil) em 2003;

¹⁰ “Cabo óptico – Cabo cujos condutores de sinais ópticos (luminosos) são fibras de vidro.” in Glossário de Telecomunicações da ANACOM disponível na página electrónica: <http://www.icp.pt/template27.jsp?categoryId=30484&strWord=C> «Cabo coaxial» - “ meio físico de suporte à transmissão fazendo parte de uma rede de distribuição de sinais de televisão e constituído por um condutor isolado envolvido por uma blindagem” - cfr, Portaria n.º 791/98 de 22 de Setembro, alterada pelo Decreto-Lei n.º 192/2000, de 18 de Agosto

- 1.717.000 (um milhão setecentos e dezassete mil) em 2004;
- 1.793.000 (um milhão setecentos e noventa e três mil) em 2005.

100.º

Sendo que, a CATVP prestava serviços de televisão por subscrição – tecnologia cabo e satélite - ao seguinte número de assinantes, de acordo com a mesma fonte (fls.2470):

- 1.293.000 (um milhão e trezentos e sete mil) em 2002;
- 1.418.500 (um milhão e quatrocentos quarenta e dois mil) em 2003;
- 1.440.300 (um milhão e quinhentos cinquenta e três mil) em 2004;
- [1.480.000 a 1.500.000] (entre um milhão e quatrocentos e oitenta mil a um milhão e quinhentos mil) em 2005¹¹

101.º

E a CABOVISÃO ao seguinte número de assinantes – tecnologia cabo¹² (fls. 2470):

- 224.000 (duzentos e vinte e quatro mil) em 2002;
- 225.000(duzentos e vinte e cinco mil) em 2003;
- 237.000(duzentos e trinta e sete mil) em 2004.
- [250.000 a 270.000] (entre duzentos e cinquenta mil e duzentos e setenta mil) em 2005¹³

102.º

Ao subscrever este serviço, o telespectador/assinante tem acesso à oferta base do respectivo prestador, constituída por um conjunto de canais de acesso não condicionado, a que se dá o nome de “pacote base” ou “pacote básico”. A subscrição deste “pacote” é ainda condição de acesso aos demais serviços e/ou pacotes. Estes últimos permitem a recepção de canais de acesso condicionado mediante uma contraprestação pecuniária específica adicional.

¹¹ Confidencialidade solicitada pelo ICP-ANACOM

¹² Esta Sociedade não dispõe de tecnologia satélite.

¹³ *Idem* 10

103.º

Para os consumidores que optem pelo operador AR Telecom, o respectivo pacote básico compreende ainda serviços de Internet e Telefone.

104.º

Os prestadores de serviços de televisão por subscrição contratam com os operadores de televisão a distribuição do sinal áudio e vídeo dos respectivos serviços de programas televisivos, vulgo canais de televisão.

105.º

Actualmente em Portugal os operadores de televisão que produzem canais para o serviço de televisão por subscrição são: a sociedade RTP – Radiotelevisão Portuguesa – Serviço Público S.A.; a SIC; a sociedade PT CONTEÚDOS, a sociedade Premium TV Portugal S.A. e a sociedade SPORT TV Portugal S.A..

106.º

Com excepção da sociedade RTP – Radiotelevisão Portuguesa – Serviço Público S.A. que é concessionária do serviço público de televisão, a todos os restantes operadores foram concedidas autorizações para o exercício da actividade televisiva¹⁴, individualizadas por cada serviço de programa televisivo,¹⁵ - cf. resposta da AACS ao ofício n.º OF/2422/2004/DPR/ADC, de 7 de Dezembro de 2004 e cópia das deliberações em anexo, de fls. 443 a 524.

¹⁴ Nos termos do artigo 15.º da Lei n.º 32/2003, de 22 de Agosto, o acesso à actividade televisiva é objecto de licenciamento ou de autorização, por parte da entidade reguladora - actualmente a ERC – Entidade Reguladora para a Comunicação Social, individualizado(a) por serviços de programação televisiva, consoante as emissões a realizar utilizem ou não o espectro hertziano terrestre. Exceptua-se, deste regime, o acesso ao serviço público de televisão.

¹⁵ De acordo com a definição estatuída na alínea c) do n.º1 do artigo 2.º da Lei n.º 32/2003, de 22 de Agosto, por serviço de programação televisiva entende-se, para efeitos de aplicação da própria lei: “ o conjunto dos elementos da programação, sequencial e unitário, fornecido por um operador de televisão. ”.

3. O Comportamento das Arguidas

107.º

Em 27 de Março de 2000 a arguida SIC, por um lado, e PT MULTIMÉDIA e CATVP, por outro, celebraram o contrato por elas denominado de “Acordo de Parceria”, junto a fls. 20 a 57.

108.º

Nos termos do n.º 1 da cláusula 2.ª daquele Acordo, *“as partes acordam entre si em estabelecer acordos comerciais para o fornecimento de canais em português e produzidos em Portugal, (...) ficando assente que, no quadro do presente acordo, será sempre garantido à SIC um direito de preferência para temas ainda não comprometidos, quer a iniciativa do canal pertença à PT Multimédia/TV Cabo ou a terceiros, excepto nos casos em que a TV Cabo seja obrigada, por imperativos legais ou por decisão administrativa nacional ou comunitária a aceitar o fornecimento de tais canais por terceiros.”*

109.º

Contudo, não se encontram incluídos no âmbito de aplicação da cláusula vinda de referir, *“[...] por já estarem comprometidos e em negociação com outras entidades, (i) o Canal Porto, (II) o Canal Economia/Negócios, (III) o Canal Saúde/Medicina e (IV) canais temáticos relativos a Braga e Évora”* – cf. n.º 2 da cláusula 2.ª do Acordo de Parceria.

110.º

Todavia, nos termos do n.º 3 da referida cláusula 2.ª do Acordo de Parceria, “[c]aso as negociações referidas no número anterior não se concluem até ao fim do ano de 2000, no que

respeita aos Canais Porto e Economia e Negócios, e até ao fim do ano 2001, no que respeita aos Canais Braga e Évora, a SIC gozará, para o desenvolvimentos de tais Canais e a partir daquelas datas, de direito de preferência (sempre sem prejuízo de esta vir a deter uma participação no Canal Saúde/Medicina em associação com as entidades com quem o mesmo se encontra actualmente a ser negociado).”

111.º

Nos termos das cláusulas 2ª, 3ª e 4ª, a SIC fornece respectivamente os canais SIC NOTÍCIAS, SIC RADICAL e SIC GOLD em exclusivo no território nacional, à CATVP.

112.º

O n.º 1 da cláusula 6.ª do Acordo em apreço, confere à PT MULTIMÉDIA um direito exclusivo de comercialização dos canais produzidos no âmbito da parceria. “*Se se pretender a comercialização em Portugal dos canais produzidos no âmbito deste ACORDO para terceiras entidades, tal comercialização será feita por acordo entre as partes e por intermédio de entidades do Grupo PT MULTIMÉDIA.*”

113.º

O acordo foi celebrado pelo prazo de 10 (dez) anos, contados da data da respectiva assinatura, ou seja, de 27 de Março de 2000. As partes do Acordo, aqui arguidas, estabeleceram ainda que o mesmo seria eventualmente renovável, se as partes assim o entendessem, por um período de 5 (cinco) anos – cf. n.º 1 da cláusula 15.ª do Acordo. Nestes termos, o Acordo de Parceria

deverá vigorar até 26 de Março de 2010, podendo a sua vigência estender-se até 26 de Março de 2015.

114.º

As partes previram ainda a possibilidade de, por mútuo consentimento, encurtarem ou alargarem o dito prazo de duração do contrato, em qualquer momento – cf. n.º 2 da cláusula 15.ª.

115.º

No caso de cessação do contrato, não fundamentada em incumprimento, “*as PARTES manterão um direito de preferência recíproco para a celebração dos acordos que eventualmente o venham a substituir, subrogando-se aos terceiros eventualmente interessados na respectiva celebração, nos termos e condições que vierem a ser propostos por estes últimos*” – cf. n.º 3 da cláusula 15.ª.

116.º

Nos termos do n.º 4 da referida cláusula, a “*cessação do presente ACORDO não prejudicará a subsistência dos contratos de fornecimento que ao tempo estiverem em vigor e pelo prazo respectivo.*”

117.º

O Acordo de Parceria encontra-se presentemente em vigor – cf. resposta da CATVP ao ofício n.º OF/109/2005/DPR/ADC, de 11 de Janeiro (fls. 532 a 535 e 554 a 597).

118.º

Em 30 de Dezembro de 2002 e no desenvolvimento da parceria – vejam-se os considerandos do contrato e o acordo de motivação – as arguidas celebraram um contrato para a distribuição do canal SIC Mulher, que se dá por inteiramente reproduzido.

119.º

Neste contrato as partes reiteraram a sua vontade em o grupo PT Multimédia comercializar em exclusivo com terceiros a distribuição do canal SIC Mulher. Na cláusula terceira as partes estipulam: *“1-O direito de comercialização da distribuição do Canal em quaisquer plataformas de distribuição (cabo, satélite terrestre e outras, à excepção das plataformas Internet e móveis) fica a caber, em exclusivo à PT Conteúdos, através de qualquer empresa sua participada, com excepção dos conteúdos para os quais não tenham ou não venham a ser obtidos os respectivos direitos.*

2- A PT Conteúdos deverá informar a SIC dos acordos de distribuição que estabelecer ao abrigo do disposto do número anterior desta Cláusula, em conformidade com o estipulado na cláusula 6ª, n.º1 do Acordo celebrado em 27 de Março de 2000”.

120.º

O contrato foi celebrado por um período de três anos, sendo renovável sucessiva e automaticamente por iguais períodos. Este contrato encontra-se presentemente em vigor (cf. resposta da CATVP ao ofício n.º OF/109/2005/DPR/ADC, de 11 de Janeiro a fls. 532 a 535 e 554 a 597).

121.º

No âmbito das relações contratuais assim conformadas entre as ora arguidas, e por deliberações de 8 de Novembro de 2000, de 28 de Março de 2001, de 26 de Agosto de 2002 e de 29 de Setembro de 2004 (fls. 460 a 472 e 508 a 511), a AACS autorizou a arguida SIC a emitir, respectivamente, os canais SIC Notícias, SIC Radical, SIC Mulher e SIC Comédia (que substituiu a SIC Gold, fls. 1497; 1878; 2088).

122.º

No lançamento do canal SIC Noticias, a SIC investiu na sociedade Lisboa TV SA cerca de 10 milhões de euros (cf. declarações do, então, subdirector de programas da SIC, responsável pelo desenvolvimento de novos negócios, a fls. 2081-2084), tendo elaborado o seguinte orçamento de exploração para a referida Sociedade:

	2001	2002	2003	2004	2005
--	------	------	------	------	------

Receitas	11.541.385 €	14.331.614 €	15.774.482 €	15.728.350 €	18.189.127 €
Grelha	4.965.543 €	4.392.598 €	3.581.697 €	6.125.902 €	6.650.714 €
Outros custos operacionais	6.512.990 €	8.408.221 €	10.243.897 €	7.495.790 €	7.686.368 €
Amortizações	2.057.020 €	1.928.423 €	1.942.129 €	1.351.547 €	1.057.346 €
Resultado	-1.994.167 €	-397.629 €	6.760 €	755.111 €	2.794.699 €

Fonte: SIC- tabela junta aos autos a fls. 2084

123.º

Em 2001, a TVI iniciou negociações com sociedades que pertencem ao grupo PT MULTIMÉDIA, propondo o fornecimento de canais temáticos para a rede da CATVP, a saber: de economia (TVI Economia); para o público feminino –“Mulheres Activas” (TVI LUX); de turismo (TVI Tempos Livres); infantil (TVI Batatoon); e para o público masculino (TVI Homem) (fls. 1512 a 1518).

124.º

Entre a arguida CATVP e a TVI foi celebrado, em 22 de Abril de 2002, um contrato relativo ao fornecimento, nesse mesmo ano, de canais temáticos de informação económica (TVI Economia); de viagens e Lazer (TVI Tempos Livres); e ainda, no ano seguinte (2003), um canal de música (TVI Música) e de saúde (TVI Saúde e Medicina) (fls. 1524 a 1526).

125.º

Tal contrato nunca foi concretizado, mantendo as partes negociações até, pelo menos, Maio de 2005 - cf. cartas enviadas pela TVI a 31 Março de 2003, 14 de Agosto de 2003, 8 de Outubro de 2003, 8 de Março de 2004 e 14 de Maio de 2004, a sociedades do grupo PT Multimédia, juntas aos autos a fls. 1519 a 1531; e os autos de declarações, a fls. 997 a 1000; bem como o e-mail enviado pelo Grupo PT Multimédia à TVI de 19 de Maio de 2005, a fls. 2080.

126.º

Em Janeiro/Fevereiro de 2004, os particulares Bruno Carvalho, José Manuel Cadilhe e Daniel Deusado reuniram-se, pela primeira vez, com o grupo PT Multimédia e apresentaram, em

conjunto, uma proposta de lançamento de um canal dirigido à área metropolitana do Porto - cf. auto de declarações a fls. 1028 a 1030.

127.º

Mostrando-se a sociedade PT Conteúdos, integrada no grupo PT Multimédia, interessada no projecto, os proponentes encetaram diligências de forma a financiarem autonomamente o seu projecto. Conseguiram financiar cerca de 80% do canal, através da venda de pacotes de publicidade e, em 19 Novembro de 2004, os proponentes ofereceram o referido canal, a custo zero, ao Grupo PT Multimédia (cf. auto de declarações a fls. 1028 a 1030 e documento de fls. 1031 a 1032.).

128.º

Não obstante, foi através de uma notícia, veiculada pelo Jornal de Notícias, a 27 de Janeiro de 2005, que os proponentes tomaram conhecimento que o grupo PT Multimédia não considerava o canal “Porto Canal” prioritário, motivo pelo qual o projecto seria analisado a longo prazo (cf. auto de declarações a fls. 1028 a 1030).

129.º

O mesmo grupo de particulares já tinha proposto, em Fevereiro de 2003, ao grupo PT Multimédia o fornecimento de um canal de humor. No fim do ano de 2003, foram informados pela arguida CATVP que a arguida SIC iria lançar um canal de humor (cf. auto de declarações a fls. 1028 a 1030).

130.º

Detendo as sociedades do grupo PT Multimédia o direito a comercializar os canais da arguida SIC, a sociedade TV Cabo Audiovisuais, S.A. (que, como já foi referido, alterou a sua denominação para PT Conteúdos S.A. e está integrada no grupo da PT Multimédia), contratou, em 4 de Janeiro de 2001, com a CABOVISÃO, a venda para distribuição na rede desta última dos canais SIC Notícias, SIC Radical e SIC Gold (fls. 1237).

131.º

Tal contrato terá sido denunciado, em 2 de Outubro de 2002, pela TV Cabo Audiovisuais, S.A., pelo que a CABOVISÃO propôs à arguida SIC a aquisição dos direitos de transmissão dos canais daquela. (cf. carta da CABOVISÃO enviada à SIC em 3 de Outubro de 2002, a fls. 1237).

132.º

Em 1 de Janeiro de 2003 TV Cabo Audiovisuais, S.A. celebrou com a CABOVISÃO um novo contrato, para a venda pela primeira e a aquisição pela segunda dos direitos de transmissão dos canais SIC Notícias, SIC Radical e SIC Comédia. A vigência deste contrato cessou a 31 de Dezembro de 2004 (fls. 817 a 833).

133.º

Desde tal data e, pelo menos, até ao momento em que a CABOVISÃO prestou declarações (fls. 1001 a 1004), a mesma terá mantido negociações com a sociedade PT Conteúdos para a distribuição dos canais SIC Notícias, SIC Radical e SIC Comédia.

134.º

A CABOVISÃO terá ainda proposto à arguida SIC a aquisição para distribuição na sua rede do canal SIC Mulher (cf. carta de 12 de Maio de 2004 junta a fls. 1094). Por carta de 19 de Maio de 2004, a arguida SIC informou a CABOVISÃO que esta teria de se dirigir à PT Conteúdos para adquirir os referidos direitos de transmissão dos canais SIC (cf. fls. 1099).

135.º

A PT Conteúdos, enquanto sociedade pertencente ao grupo PT Multimédia e, nessa medida, detendo o direito de comercializar os canais da arguida SIC no âmbito do Acordo de Parceria, contratou com a BRAGATEL a venda, para distribuição na rede desta última, dos canais SIC Notícias - CNL, SIC Radical, SIC Comédia. As partes acordaram que o contrato teria a

duração de 1 ano, sendo renovável, caso nenhuma o denunciasse, por iguais períodos (fls. 1249).

136.º

Em Março de 2005, a BRAGATEL contactou, por telefone e *e-mail*, a arguida SIC para negociar directamente a distribuição na sua rede dos canais SIC Notícias, SIC Comédia, SIC Radical e SIC Mulher. Em resposta, a arguida SIC informou a BRAGATEL que esta teria de se dirigir à PT Conteúdos para adquirir os referidos direitos de transmissão (fls. 1251).

137.º

A PT Conteúdos, exercendo o já mencionado direito de comercializar os canais da arguida SIC no âmbito do Acordo de Parceria, celebrou com a TVTEL, em Janeiro 2001, um contrato, por dois anos, para distribuição, na rede desta última, dos canais SIC Notícias - CNL, SIC Radical e SIC Comédia. Desde Janeiro de 2003 até, pelo menos, Maio de 2005 (cf. fls. 1254 a 1272), a sociedade TVTEL encontra-se em negociações com a primeira para a celebração de um novo contrato, continuando, contudo, a transmitir na sua rede os canais vindos de referir.

138.º

Também a sociedade TVTEL tem contactado a arguida SIC, desde Julho de 2004, (fls. 1258 e 1260 a 1262) para adquirir directamente o direito de transmissão dos seus canais, *inclusive* do canal SIC Mulher. Também neste caso a arguida SIC transmitiu à sociedade TVTEL que esta teria de se dirigir à sociedade PT Conteúdos para adquirir os direitos de transmissão dos seus canais (fls. 1264).

139.º

A sociedade PT Conteúdos contratou ainda com as sociedades operadoras de redes cabo PLURICANAL Leiria e PLURICANAL Santarém, a distribuição dos canais SIC Notícias - CNL, SIC Radical e SIC Comédia. Ambos os contratos têm a duração de 1 ano sendo, no entanto, renováveis, caso as partes os não denunciem, por iguais períodos (fls. 1276).

140.º

A PLURICANAL Leiria e a PLURICANAL Santarém contactaram telefonicamente a arguida SIC para negociarem directamente a distribuição, nas suas redes, dos canais por aquela fornecidos. A arguida SIC transmitiu-lhes a necessidade de se dirigirem à sociedade PT Conteúdos para adquirirem os direitos de transmissão dos seus canais (fls. 1276).

III – DO DIREITO

1. Apreciação Jurídica e Económica

1.1. Mercado Relevante

141.º

O “mercado relevante compreende todos os produtos e/ou serviços considerados permutáveis e ou substituíveis pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização pretendida”¹⁶. Trata-se de um conceito jusconcorrencial utilizado para identificar e definir os limites da concorrência entre as empresas, quer em função do produto/serviço, quer em função da dimensão geográfica.

142.º

Como relatado *supra*, os serviços de televisão por subscrição no território nacional são prestados pelos operadores de redes de comunicações electrónicas. Estes operadores de rede oferecem aos respectivos assinantes a recepção do sinal de serviços de programação televisiva, vulgo canais de televisão, cuja distribuição contrataram, a montante, com os operadores de televisão.

143.º

O próprio “Acordo de Parceria” reflecte esta realidade ao estabelecer precisamente uma relação contratual de distribuição de canais televisivos entre um operador de televisão (a SIC)

¹⁶ Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência, in JO C 372, de 9.12.1997

e um operador de rede de comunicações electrónicas que presta serviços de televisão (a CATVP).

144.º

Cumpra, em primeiro lugar, qualificar, no presente processo, o serviço da televisão por assinatura enquanto mercado relevante, assim como o serviço de exploração e fornecimento de canais nacionais de acesso não condicionado, enquanto mercado relevante a montante daquele. Em segundo lugar, cumpra analisar e valorar jusconcorrencialmente as consequências do acordo celebrado entre as arguidas nos dois mercados relevantes.

1.1.1. O Mercado do Serviço – Televisão por Subscrição

145.º

Constitui entendimento pacífico que a televisão por subscrição, mesmo quando parcialmente financiada por receitas publicitárias, desenvolve-se em condições concorrenciais distintas daquelas da televisão de emissão em sinal aberto, ou de acesso livre. Enquanto a primeira assenta numa relação comercial entre o distribuidor do sinal de serviço de programação televisiva e o telespectador/assinante; a segunda assenta na relação comercial entre o radiodifusor e o anunciante.¹⁷ Assim se justifica que os parâmetros-chave da televisão de acesso livre sejam a quota de audiências e o preço do espaço publicitário e, na televisão por subscrição, o número de assinantes e o preço das assinaturas.

146.º

O serviço de televisão por subscrição, ou por assinatura, consiste na distribuição de sinais de áudio e vídeo de serviços de programas televisivos, mediante remuneração pecuniária. A recepção dos sinais de televisão é, por isso, exclusiva das entidades dispostas a pagar a referida contraprestação, ou seja, os assinantes.

¹⁷ Neste sentido veja-se a prática decisória da Comissão Europeia, nomeadamente: a Decisão 1999/242/EC, Processo IV/ 36.237 – TPS, JO L 90, de 2.4.1999; a Decisão de 14 de Agosto 2002, no Processo n.º COMP/M.2845, *Sogecable/Canal satellite Digital/Via Digital*; a Decisão de 29 de Dezembro de 2003, Processo n.º COMP/C.2-38287, *Telenor/Canal+/Canal Digital*.

Também no âmbito nacional existe uma prática decisória neste sentido veja-se o processo de concentração Ccent 04/2000 RTP/*Lusomundo*/TV Cabo; o processo de concentração n.º Ccent 31/2000, *SIC/Lisboa TV*.

147.º

No território nacional, o serviço de televisão por subscrição é oferecido pelos operadores de redes de distribuição por cabo, através do sistema de satélite DHT e mais recentemente por via rádio (FWA).

148.º

As Arguidas PT Multimédia e CATVP alegam, na resposta à Nota de Ilicitude de Setembro de 2005 que se deveria incluir no mercado dos serviços de Televisão por subscrição “...as novas tecnologias TMax, disponibilizada pela AR Telecom (Jazztel), powerline, da ONI, e o papel importante que se antecipa para a ADSL.” Neste sentido anexaram um recorte do jornal “Diário Económico” (fls. 2050).

149.º

Em primeiro lugar sublinhe-se que a inserção, ou não, destas tecnologias em nada afecta a definição do mercado dos serviços de televisão enquanto mercado relevante, uma vez que esta qualificação baseia-se no tipo de serviço oferecido aos consumidores finais e não nos meios tecnológicos utilizados pelas empresas para o fazer.

150.º

Não obstante, de facto em 21 de Setembro de 2005, após a notificação da Nota de Ilicitude de 1 de Setembro de 2005, surgiu no mercado um novo operador a oferecer serviços de televisão por assinatura, a AR Telecom. Este operador utiliza a denominada tecnologia TMax, o que lhe permite apresentar uma oferta integrada de televisão, Internet e telefone. Saliente-se que o subscritor não pode optar unicamente pelo serviço de televisão, tendo obrigatoriamente de adquirir o pacote que engloba os três serviços.

151.º

Quanto ao projecto da ONI de desenvolvimento da tecnologia “powerline”, para além de se encontrar numa fase de experiências piloto, este apenas oferece serviços de acesso à Internet e

telefone. O projecto “*powerline*” da ONI não oferece serviços de televisão. Porquanto a ONI nem sequer poder ser considerada como um potencial concorrente.

152.º

Quanto ao “*papel importante que se antecipa para a ADSL*”, refira-se que o desenvolvimento desta tecnologia para transmissão do sinal de televisão está em fase de experimentação, pelo que, não constitui uma alternativa efectiva para o consumidor final. Poderá ser considerado como um concorrente potencial.

153.º

No entanto, relembramos e salientamos que a existência de concorrentes potenciais apenas releva num momento posterior ao da definição do mercado relevante, para aferirmos o grau de contestabilidade desse mesmo mercado. Neste sentido veja-se a Comunicação da Comissão Europeia a respeito da definição do mercado relevante¹⁸.

154.º

Actualmente oferecem serviços de televisão por subscrição as sociedades autorizadas pelo ICP-ANACOM elencadas no artigo 84º da presente Decisão.

155.º

Se tivermos em atenção o número total de assinantes de serviço de televisão por subscrição, abrangendo a tecnologia cabo e satélite – não existem ainda dados disponíveis sobre tecnologia *TMax* -, concluímos, com base nos dados *supra* apresentados, que:

- Em 2002 a CATVP teve uma quota de mercado no valor de 83,4%, a CABOVISÃO de 14,4% e o conjunto dos restantes operadores de 2,3%;
- Em 2003 a CATVP teve uma quota de mercado no valor de 84,6%, a CABOVISÃO de 13,4% e o conjunto dos restantes operadores de 2,0%;

¹⁸ Comunicação da Comissão 97/c 372/03 relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência.

- Em 2004 a CATVP teve uma quota de mercado no valor de 83,8%, a CABOVISÃO de 13,2% e o conjunto dos restantes operadores de 3,0%.
- Em 2005 a quota de mercado da CATVP situou-se no intervalo [80% - 90%] em termos percentuais, a quota de mercado da CABOVISÃO situou-se num intervalo de [10%-20%], apresentando o conjunto dos restantes operadores uma quota de mercado situada no intervalo [1- 9]¹⁹

156.º

Ou seja, a arguida CATVP detém uma quota de mercado que tem vindo a oscilar entre os 80% e 90%. Quota esta substancialmente superior àquelas detidas por qualquer um dos seus concorrentes (cerca de seis vezes superior à do seu maior concorrente, a CABOVISÃO). Actualmente, e embora ainda não estejam disponibilizados dados, mas para ter uma noção da dimensão do novo operador, refira-se que a AR Telecom apenas comercializa os seus serviços em algumas freguesias da área metropolitana de Lisboa e do Porto. (cf. fls. 2050).

157.º

Recorde-se ainda que a arguida CATVP é a única operadora presente em todo o território nacional e com capacidade de, por si só, garantir a cobertura nacional dos canais de televisão.

158.º

A procura é constituída pelos consumidores (telespectadores) que celebram, com os operadores de rede de distribuição do sinal de televisão (por rede cabo, satélite ou rádio), contratos relativos à recepção de serviços de programas televisivos.

159.º

Não obstante os operadores de rede de distribuição cabo (e satélite DHT no caso da CATVP e subsidiárias) segmentarem os seus serviços numa oferta base, vulgarmente denominada por “pacote base” ou “pacote básico”, e numa oferta suplementar de canais de acesso condicionado, para o presente processo basta apenas reter-se o serviço de televisão por

¹⁹ Sujeito a confidencialidade por parte da ICP-ANACOM

subscrição no seu todo, tanto mais que a oferta base se apresenta como condição de acesso à oferta suplementar.

160.º

Embora apresentem uma oferta integrada de televisão, Internet e telefone, também a AR Telecom distingue, no que se refere aos serviços da televisão, um pacote básico e uma oferta suplementar de canais de acesso não condicionado.

161.º

Pelo exposto, define-se o mercado relevante do serviço como **o mercado dos serviços de televisão por subscrição**.

1.1.2. Mercado Geográfico

162.º

O regime jurídico que regula a actividade de serviços de televisão por subscrição é comum a todo o território nacional. Assim como o são os factores basilares que determinam a escolha dos canais transmitidos: o factor linguístico e cultural.

163.º

Para exercer a actividade de operador de redes e serviços de distribuição de emissões televisivas, os agentes económicos estão sujeitos ao denominado regime de autorização geral nos termos do artigo 19.º da Lei n.º 5/2004²⁰. Este regime consiste no cumprimento das regras previstas naquele diploma e nos regulamentos aprovados em sua execução, não podendo estar dependente de qualquer decisão ou acto prévios do regulador. Todavia cabe à entidade reguladora, ao ICP-ANACOM, definir os procedimentos correspondentes, cujo cumprimento é condição necessária para emissão da declaração que discriminará os direitos associados, nos termos do artigo 21.º do referido diploma.

²⁰ Aquando a celebração do Acordo de Parceria, de acordo com regime jurídico então em vigor -Decreto-Lei n.º 241/97, de 18 de Setembro - era necessária uma autorização da entidade reguladora sectorial para exercer a actividade de operador de rede de distribuição cabo.

164.º

O ICP-ANACOM é uma entidade administrativa com jurisdição nacional e a regulamentação desta actividade não só está circunscrita ao território nacional, como é comum a todo o território nacional²¹.

165.º

Os operadores de redes e serviços de distribuição de televisão têm inevitavelmente de atender às características e preferências dos seus subscritores, todos eles residentes no território nacional, assumindo, por isso, a língua portuguesa e a realidade social, económica e cultural portuguesas, um papel determinante na escolha dos canais a serem transmitidos.

166.º

O facto de apenas um operador a CATVP ter cobertura nacional, não é suficiente para concluir que existem condições para o desenvolvimento desta actividade suficientemente díspares que justifiquem, pelo menos actualmente, mercados geográficos regionais. O enquadramento jurídico é idêntico a todo o território nacional, os restantes operadores que muito embora não tenham cobertura nacional, estão presentes em várias zonas do norte, do sul e centro do território. A dimensão das redes, e consequentemente o âmbito geográfico de actuação comercial, deve-se à sua própria estratégia e capacidade de risco.

167.º

Acresce que, na apreciação da dimensão geográfica do mercado em causa, a região em que a prática produz os seus efeitos constitui um elemento a atender²². Estando em causa uma prática que, entre outros, limita a distribuição dos serviços de televisão por subscrição em todo o território nacional, não faz qualquer sentido definirem-se mercados regionais de

²¹ No Acórdão de 30 de Setembro de 2003, Processos apensos T-346/02 e 347/02 *Cableuropa* e outros c. Comissão, Colect. p. II 4251, o Tribunal de Primeira Instância sustentou a posição da Comissão quanto à dimensão geográfica do mercado da televisão por subscrição em Espanha: mercado nacional por razões linguísticas e regulamentares.

²² Nesse sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça de 9 de Julho de 1969, *Völk*, C -5/69, Colect. 1969-1970, p. 95, e de 9 de Novembro de 1983, *Michelin c. Comissão*, C- 322/81, *Recueil*, p. 3461, n.ºs 25 a 28

acordo com o número de agentes económicos existentes por região, como pretendem as arguidas PT Multimédia e CATVP, ao defenderem que o mercado geográfico relevante deve ser definido como o resultado das “(...) áreas onde se verifica sobreposição da oferta...”. Aliás, se assim o fosse, então, chegar-se-ia ao absurdo de nunca se poder delimitar geograficamente um mercado monopolista, pois na área geográfica onde actua a única empresa desse mercado, não existe sobreposição da oferta.

168.º

Recorde-se a Comunicação da Comissão,²³ que alerta para o facto de, na determinação do mercado geográfico relevante, não se ter apenas em atenção a área em que operam as empresas envolvidas, mas também a área em que as condições de concorrência são suficientemente homogêneas e que podem distinguir-se de áreas geográficas vizinhas devido ao facto, em especial, das condições de concorrência serem consideravelmente diferentes nessas áreas.

169.º

Assim, define-se este mercado geográfico relevante como sendo o **mercado dos serviços de televisão por subscrição no território nacional**.

1.1.3. Mercado da exploração e comercialização de canais nacionais de acesso não condicionado.

170.º

No âmbito da televisão por subscrição são explorados serviços de programas televisivos, vulgo canais, tanto de acesso não condicionado como de acesso condicionado. Consequentemente, os operadores de televisão que prestam estes serviços têm de contratar com os operadores de redes de comunicações electrónicas a distribuição áudio e vídeo do respectivo sinal.

171.º

²³ Comunicação da Comissão 97/C 372/03



Aliás, para os operadores de televisão obterem as respectivas autorizações da Entidade Reguladora para a exploração de novos canais, têm necessariamente de apresentar título comprovativo de acesso a uma rede que permita a distribuição/difusão desses mesmos canais²⁴. Acresce que, no caso dos canais nacionais, a rede em apreço tem de garantir a cobertura nacional do respectivo canal²⁵.

172.º

Os operadores de redes de comunicações electrónicas adquirem o direito de transmissão do sinal dos canais de acesso não condicionado e com eles constituem a sua oferta base. Do mesmo modo, adquirem os direitos de transmissão do sinal dos canais de acesso condicionado, ou canais codificados, e constituem as suas ofertas complementares.

173.º

De tanto resulta, que para os prestadores de serviços de televisão por subscrição, ou seja, para os operadores das redes de comunicação electrónica, não existe uma relação de substituíbilidade entre os canais de acesso não condicionado e condicionado. Enquanto os primeiros são utilizados para constituir e tornar mais atractiva a oferta base, procurando um maior número de assinantes, os segundos são utilizados para responder a grupos de assinantes específicos que não obtêm satisfação (total ou parcial) na oferta base e estão dispostos a pagar uma contraprestação suplementar.

174.º

Desempenhando funções diferentes nas escolhas dos prestadores de serviços de televisão por subscrição e assumindo características que, na óptica dos telespectadores, os diferenciam, os canais de acesso condicionado e não condicionado não são substituíveis, pelo que devem ser considerados integrados em mercados de serviço distintos.²⁶

²⁴ Número 1 do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 237/98, de 5 de Agosto.

²⁵ Número 4 do artigo o 7.º *ex vi* artigo 16.º ambos do Decreto-Lei n.º 237/98, de 5 de Agosto.

²⁶ Também a Comissão Europeia concluiu pela não substituíbilidade entre os canais de acesso não condicionado e os canais *Premium*. Neste sentido, vejam-se as seguintes Decisões da Comissão: Decisão de 13 de Outubro de 2000, Processo n.º COMP/M.2050 - *Vivendi/Canal+/Seagram*; Decisão 14 de Agosto de 2002, Processo n.º COMP7M.2845, *Sogecable/Canal satellite Digital/Via Digital*; Decisão 2004/311/CE, Processo n.º

175.º

Recorde-se, também, que os próprios operadores de televisão não podem livremente alterar o regime de acesso de um determinado serviço de programa televisivo, após obter a respectiva autorização da Entidade Reguladora que estabelece, entre outras, a condição de acesso.

176.º

Dentro dos canais de acesso não condicionado, importa ainda proceder à distinção entre os canais nacionais e os canais internacionais. Com efeito, sendo os canais de televisão um meio de comunicação e de entretenimento, os valores e as referências culturais são ínsitos aos mesmos. Por outro lado, e tanto constitui facto notório, a língua constitui ainda uma barreira de diferenciação cultural, sociológica e de identidade colectiva, o que se reflecte nas elevadas audiências dos canais em português e produzidos em Portugal, no âmbito da rede explorada pelo Grupo PT Multimédia.

177.º

Acresce ainda que a própria língua é objecto de protecção específica no âmbito da actividade televisiva, porquanto a Lei da Televisão, no artigo 40.º, obriga a um determinado patamar mínimo de programação em língua portuguesa e produção nacional.

178.º

Compreende-se que, para os operadores de televisão, seja fundamental oferecer para os operadores de redes e serviços de distribuição de televisão no território nacional, canais em língua portuguesa e com referências à realidade social, económica e cultural portuguesas, por os mesmos satisfazerem necessidades concretas e específicas por parte dos telespectadores/assinantes que se encontram unidos pelos referidos laços.

COMP/M.2876, *Newscorp/Telepiù*, JO L 110 de, 16.4.2004, em relação aos canais de filmes Premium; Decisão 2003/778/CE, Processo COMP/C.2-37.398, *Venda conjunta dos direitos comerciais da Liga dos Campeões da UEFA*, JO L 291, de 8.11.2003.

179.º

As arguidas PT Multimédia e CATVP defendem, em resposta à Nota de Ilicitude de 1 de Setembro de 2005, que a relevância dos conteúdos nacionais não encontra eco na realidade. *“Efectivamente, verifica-se (com excepções óbvias como a informação) que, na maior parte dos canais (v.g. SIC Comédia, SIC Mulher e SIC Radical), são os conteúdos estrangeiros que conseguem melhores audiências.”*. Para corroborar a sua afirmação as arguidas juntaram aos autos, a fls. 2052 a 2054, um documento no qual os conteúdos estrangeiros que compõem as grelhas de programação dos canais SIC Mulher, SIC Comédia e SIC Radical, apresentam *share* de audiências superiores aos programas nacionais que compõem essas mesmas grelhas. As arguidas reiteram a sua posição aquando o depoimento dos seus representantes legais, Dr. José Manuel Briosa e Gala e o Eng. Luis Pacheco Melo (cf. fls.2075 a 2079).

180.º

A posição assumida pelas arguidas PT Multimédia e CATVP confunde o mercado dos conteúdos com o mercado dos serviços de programação de televisão, vulgo canais de televisão. Estes últimos são mais que um aglomerado de conteúdos, têm de constituir uma linha editorial própria. Acresce que os próprios conteúdos estrangeiros que constituem as grelhas dos canais portugueses (nomeadamente os programas invocados pelas arguidas estão) são todos eles legendados ou dobrados em português, sob pena de serem muito poucos os subscritores interessados na sua visualização.

181.º

Relembre-se, mais uma vez, que os operadores de televisão de canais com cobertura nacional são obrigados a dedicar, no mínimo, 50% da emissão de cada serviço de programa televisivo (com exclusão do tempo consagrado à publicidade, televenda e teletexto) à difusão de programas originariamente em língua portuguesa. Sendo que, sempre que a natureza ou o tema do canal a tal se opuser, este limite mínimo passa para 15% da emissão - cf. artigo 40.º da Lei n.º 32/2003, de 22 de Agosto.

182.º

Refira-se ainda que a própria SIC se referiu aos seus canais, como “*canais com conteúdos portugueses, ou seja, canais que não se limitavam à retransmissão de programação e de grelhas estrangeiras*” – cf. depoimento do respectivo representante legal a fls. 2061. Aliás foram as próprias arguidas que limitaram o âmbito do seu acordo aos “*canais em português e produzidos em Portugal*”, sendo exactamente neste mercado que pretendem que o seu acordo produza os respectivos efeitos. Porquanto o argumento das arguidas PT Multimédia e CATVP não pode proceder.

183.º

A arguida SIC, explora actualmente quatro dos oito canais nacionais de acesso não condicionado existentes no mercado: o canal SIC Notícias, SIC Radical, SIC Mulher e SIC Comédia.

184.º

O Grupo PT MULTIMÉDIA explora dois canais de acesso não condicionado, o canal SMS TV e o canal de Programação TV Cabo. Muito embora estes canais não integrem, nem possam integrar²⁷, elementos de programação convencional (tais como serviços noticiosos, transmissões desportivas, documentários, filmes, séries), por se tratarem respectivamente de um canal de tele vendas e autopromoção, o Grupo PT MULTIMÉDIA não deixa de estar presente no mercado dos canais nacionais de acesso não condicionado. Acresce que o grupo tem experiência e saber-fazer na concepção e execução de grelhas de programação, enquanto operador de canais de acesso condicionado (canais Lusomundo, canal SPORT TV), e na aquisição de direitos de transmissão, através da sua subsidiária, PT CONTEÚDOS, que se dedica à compra de conteúdos televisivos. As próprias arguidas o identificam como um concorrente viável ao expressamente estipularem que o direito de preferência lhe é oponível.

185.º

²⁷ Cf. n.º 4 do artigo 9.º da Lei 32/2003, de 22 de Agosto.

A RTP explora igualmente canais de acesso não codificado: o canal RTP Memória e o canal RTPN. De acordo com a Lei n.º 32/2003 e com o próprio contrato de concessão, a concessão geral de serviço público de televisão pode integrar serviços de programação que tenham por objecto a difusão do acervo documental e a divulgação de temas com interesse para as regiões e comunidades locais²⁸. Como referido, a RTP, concessionária de serviço público de televisão, não necessitou de autorização da Entidade Reguladora, à data a AACs, para a exploração dos citados canais, tendo esta autoridade afirmado que os canais de serviço público não carecem nem de licença, nem de autorização (cf. fls. 443).

186.º

Todavia, mesmo não carecendo de autorização e mesmo explorando canais de acesso não condicionado que podem não responder necessariamente à procura do mercado, a RTP concorre com os outros operadores na aquisição de conteúdos e na distribuição dos respectivos serviços de programação nas redes cabo e satélite, recebendo um determinado valor por assinante (cf. fls. 722).

187.º

Já como potencial concorrente no âmbito da oferta de canais nacionais de acesso não condicionado surge a TVI. Aliás, como foi referido *supra*, a TVI contactou, por várias vezes, o Grupo PT MULTIMÉDIA, no sentido de fornecer a este último canais de acesso não condicionado para difusão na rede cabo operada por esta empresa, tendo, inclusivamente, chegado a fornecer para a rede da CATVP um canal de acesso condicionado, o TVI Eventos (fls. 998 e 1065).

188.º

Como *supra* referido, um grupo de particulares apresentou duas propostas de canais de acesso não codificado à arguida PT MULTIMÉDIA para a transmissão desses mesmos canais na rede cabo da subsidiária CATVP. Assim - e na medida em que este grupo de particulares desenvolve uma actividade económica de colocação de bens ou serviços no mercado, ou seja,

²⁸ Alíneas a) e b) do n.º 3, do artigo 48.º da Lei 32/2003, de 22 de Agosto; alíneas a) e b) do número 2 da cláusula 2ª e n.º 1 da cláusula 4ª do Contrato de Concessão Geral de Serviço Público de Televisão de 22 de Setembro de 2003, junto a fls. 1705 a 1719.

assume o carácter de empresa para efeitos de aplicação da Lei da Concorrência - pode ser considerado como potencial concorrente.

189.º

No que respeita ao fornecimento de canais nacionais de acesso não condicionado, em português e produzidos em Portugal, a procura é constituída por operadores de redes e serviços de comunicações que prestam serviços de distribuição de televisão por assinatura ou subscrição.

190.º

Pelo exposto, define-se também como mercado relevante, a montante do mercado dos serviços de televisão por subscrição, o mercado do serviço o mercado da exploração e comercialização de canais, em português e produzidos em Portugal, de acesso não condicionado.

1.1.4. Mercado Geográfico

191.º

Para emitir serviços de programas televisivos no território nacional, os agentes económicos têm necessariamente de obter uma autorização da entidade reguladora competente, entidade administrativa com jurisdição nacional, e cumprir todos os requisitos exigidos pela lei portuguesa. Entre eles, destaque-se as quotas de programas em língua portuguesa e o acesso a uma rede que permita a distribuição das suas emissões.

192.º

Estes agentes têm necessariamente de contratar a transmissão dos seus serviços de programas televisivos com os operadores de redes e serviços de distribuição dos sinais televisivos, que operam no território nacional.

193.º

De tanto resulta que, mesmo que num momento posterior os operadores de televisão negociem a distribuição dos respectivos canais com entidades que operem fora do território nacional, eles terão sempre, sob pena de não poderem exercer a sua actividade, de contratar a distribuição do seus canais no território nacional com operadores de redes de telecomunicações de suporte.

194.º

Existindo um quadro legislativo que condiciona o exercício da actividade televisiva ao território nacional, pelo menos num primeiro momento, prevendo-se a necessidade de uma concreta autorização para a produção e comercialização de canais de acesso não condicionado, haverá que considerar o território nacional como constituindo uma área geográfica na qual existem condições homogéneas e próprias que a autonomizam de outras áreas geográficas.

195.º

Assim, define-se o segundo mercado geográfico relevante como o **mercado de exploração e comercialização de canais nacionais de acesso não condicionado no território nacional.**

1.2. Tipo objectivo

196.º

Nos termos do n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003:

“São proibidos os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas entre empresas, qualquer que seja a forma que revistam, que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, (...)”

1.2.1. Noção de Empresa

197.º

A Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, contém uma definição do conceito de “empresa” para efeito da aplicação do direito nacional da concorrência. Nos termos do artigo 2.º da referida Lei,

“1 - Considera-se empresa, para efeitos da presente lei, qualquer entidade que exerça uma actividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do modo de funcionamento.

2 - Considera-se como uma única empresa o conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas, constituem uma unidade económica ou que mantêm entre si laços de interdependência ou subordinação decorrentes dos direitos ou poderes enumerados no n.º 1 do artigo 10.º.”.

198.º

O Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro (Decreto-Lei n.º 371/93), revogado pela Lei n.º 18/2003, previa no seu artigo 6.º que:

“(…) considera-se como única empresa o conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas, mantêm entre si laços de interdependência ou de subordinação decorrentes dos direitos ou poderes enumerados no n.º 2 do artigo 9.º”.

199.º

A noção legal de empresa para efeito da aplicação das regras de concorrência - fundada na noção comunitária de génese jurisprudencial e que justifica um recurso interpretativo a tal jurisprudência - assenta em dois critérios decisivos: o exercício de uma actividade económica e a existência de autonomia de decisão ou autonomia económica.

200.º

É jurisprudência assente que a noção de empresa, no âmbito do direito da concorrência, deve ser compreendida como designando uma unidade económica²⁹. Uma pluralidade de pessoas singulares ou colectivas do ponto de vista jurídico poderá (ou deverá) ser entendida como

²⁹ Cf., entre outros, o Acórdão do TJCE, *Hydrotherm*, 12 de Julho de 1984, proc. 170/83, Colectânea p. 2999.

integrando uma só empresa, sempre que existam entre elas laços de interdependência e de subordinação que criam exactamente um único centro de autonomia de decisão ou económica.

201.º

Duas sociedades juridicamente distintas podem, assim, constituir, para efeitos dos artigos 4.º, 6.º e 7.º da Lei n.º 18/2003 (e dos artigos 2.º, 3.º e 4.º do Decreto-Lei n.º 371/93), uma só empresa, tendo o legislador português não somente acolhido esta doutrina da *enterprise entity* como, no n.º 2 do artigo 2.º da Lei n.º 18/2003 (e artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 371/93), optado por presumir *ipse iure* a unidade económica de empresas sempre que entre entidades juridicamente distintas se verifique qualquer uma das situações previstas no n.º 1 do artigo 10.º da Lei n.º 18/2003 (n.º 2 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 371/93) e que se referem à definição do conceito de controlo³⁰.

202.º

Considerando os laços económicos e de controlo existentes entre as arguidas PT MULTIMÉDIA e CATVP, verifica-se que as mesmas constituem uma só empresa numa perspectiva jusconcorrencial.

203.º

A arguida SIC é considerada uma empresa pela Lei da Concorrência, nos termos do número 1 do artigo 2.º da referida Lei.

1.2.2. Acordo que tem por objecto e efeito restringir a concorrência

204.º

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

³⁰ Casos em que entre duas ou mais empresas se verifica a detenção, directa ou indirecta:

- de uma participação maioritária no capital da(s) outra(s);
- de mais de metade dos votos;
- da possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou de fiscalização;
- do poder de gerir os negócios da empresa.

televisão, em português e produzidos em Portugal. E acordaram em atribuir ao grupo PT Multimédia um direito exclusivo na distribuição e comercialização dos canais produzidos e emitidos pela SIC.

205.º

Este entendimento de vontades está consubstanciado nas cláusulas 2ª (direito de preferência), 3ª (exclusividade em relação ao canal SIC *Gold*), 4ª (exclusividade em relação ao canal SIC Radical), 5ª (exclusividade em relação ao canal SIC Notícias) e 6ª (exclusividade na comercialização dos canais fornecidos pela SIC) do contrato celebrado em 27 de Março de 2000 e, no que respeita à exclusividade, refira-se também a cláusula 3ª do contrato celebrado a 30 de Dezembro de 2002 que à semelhança das cláusulas 3ª, 4ª e 5ª do Acordo de parceria, mais não é que a execução detalhada da cláusula 6ª, neste caso em relação ao canal SIC Mulher.

206.º

Ora, este entendimento de vontades constitui um acordo entre empresas, nos termos do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003.

207.º

As três arguidas alegam que a produção e distribuição do canal SIC mulher foi objecto de um outro contrato, o “*Contrato de Distribuição de Canal de Televisão*” e não do contrato “*Acordo de Parceria*”, motivo pelo qual não pode ser apreciado neste processo.

208.º

Em primeiro lugar, esclareçam-se as arguidas que os processos de contra-ordenação instaurados ao abrigo da Lei da Concorrência têm por objecto investigar e sancionar as práticas proibidas pelos seus artigos 4.º, 6.º e 7.º, que nos termos do artigo 43.º são exactamente consideradas contra-ordenações. Daqui decorre que este processo de contra-ordenação tem por objecto as cláusulas contratuais identificadas na Nota de Ilicitude de 19 de Outubro de 2001 e na Nota de Ilicitude de 1 de Setembro de 2005 que violam o artigo 4.º e

não o contrato “Acordo de Parceria”. Ou seja, como referido no artigo 1.º, o objecto do presente processo é o acordo de vontades em atribuir à SIC um direito de preferência no fornecimento de canais, em português e produzidos em Portugal para o pacote básico da CATVP (vontade formalizada na cláusula 2ª do Acordo de Parceria) e em atribuir à PT Multimédia um direito exclusivo na comercialização dos canais produzidos pela SIC (vontade formalizada nas cláusulas 3ª, 4ª, 5ª e 6ª do Acordo de Parceria e na cláusula 3ª do Contrato de Distribuição do Canal SIC Mulher).

209.º

As arguidas acordaram em 27 de Março de 2000 que o grupo PT Multimédia comercializasse em exclusivo os canais produzidos pela SIC e esse acordo de vontades mantém-se até aos dias de hoje. Nos termos do “Artigo” 6.º, n.º 1 desse contrato: *“Se se pretender a comercialização em Portugal dos canais produzidos no âmbito deste ACORDO para terceiras entidades, tal comercialização será feita por acordo entre as Partes e por intermédio de entidades do Grupo PT MULTIMÉDIA.”*

210.º

Em 30 de Dezembro de 2002, a SIC comprometeu-se a produzir e emitir o canal SIC Mulher, também ele comercializado em exclusivo pelo grupo PT Multimédia. Nessa data as empresas formalizaram a sua vontade na cláusula 3ª do Contrato de Distribuição do Canal SIC Mulher:

“1-O direito de comercialização da distribuição do Canal em quaisquer plataformas de distribuição (cabo, satélite terrestre e outras, à excepção das plataformas Internet e móveis) fica a caber, em exclusivo à PT Conteúdos, através de qualquer empresa sua participada, com excepção dos conteúdos para os quais não tenham ou não venham a ser obtidos os respectivos direitos.

2- A PT Conteúdos deverá informar a SIC dos acordos de distribuição que estabelecer ao abrigo do disposto do número anterior desta Cláusula, em conformidade com o estipulado na cláusula 6ª, n.º1 do Acordo celebrado em 27 de Março de 2000”.

211.º

Desde 27 de Março de 2000 as arguidas pretendem que o grupo PT Multimédia detenha o direito exclusivo sobre a comercialização dos canais produzidos e emitidos pela SIC. O canal SIC Mulher surge, aliás, no desenvolvimento da parceria, como o demonstram as próprias arguidas no considerando do Contrato de Distribuição do Canal SIC Mulher: *“E considerando que: a) o Acordo celebrado entre, por um lado, a PT Multimédia – Serviços de Telecomunicações e Multimédia, SGPS, S.A. (adiante designada PT Multimédia)/ PT Conteúdos, SGPS, S.A. ,sociedade então em vias de criação, e a CATVP- TV Cabo Portugal, S.A. (adiante designada por TV Cabo Portugal), e , por outro lado, a SIC - Sociedade Independente de Comunicação, S.A., a 27 de Março de 2000, no qual «as Partes definem e regulam de boa fé, os termos e condições nos quais se materializará a sua cooperação e parceria no âmbito da actividade de produção de programas e conteúdos para a televisão, de televisão por cabo, de telecomunicações afins e de multimédia em Portugal»;*”

212.º

Sublinhe-se que o n.º 2 da Cláusula 3ª do Contrato de Distribuição do Canal remete exactamente para a cláusula 6ª do Acordo de 27 de Março de 2000. Estamos ainda e sempre perante o mesmo acordo de vontades - formalizado em momentos diferentes - e consequentemente perante a mesma infracção. Reitere-se que a formalização dos acordos de vontades é irrelevante para os efeitos do artigo 4.º n.º 1 da Lei n.º 18/2003.

213.º

Acrescente-se que, quanto ao modo de facturação, também o contrato de distribuição do canal SIC Mulher remete expressamente para aquele celebrado em 27 de Março de 2000, que é aliás chamado de *“Acordo Global”*.

214.º

Recorde-se, aliás, que na cláusula décima - terceira do contrato celebrado a 27 de Março de 2000, as partes reconhecem que a concretização da parceria implica necessariamente a celebração de outros contratos para o fornecimento de outros canais, e implicitamente

admitem que a invalidade das disposições desse contrato poder-se-á estender aos contratos celebrados na sua decorrência:

“ As Partes consideram essenciais todas as disposições constantes do presente Acordo (assim como dos acordos ou contratos que venham a ser celebrados na decorrência do presente Acordo), pelo que, se alguma das suas disposições vier a ser julgada ou considerada total ou parcialmente inválida, as Partes obrigam-se a, de boa fé, procurar alterar o Acordo de forma a alcançar os mesmos objectivos. ”

215.º

Pelo exposto, considera-se que a exclusividade em relação ao canal SIC Mulher cedida ao grupo PT Multimédia pelo acordo concluído entre as arguidas constitui apenas uma nova manifestação e formalização do mesmo e único acordo de vontades. Estamos ainda e sempre perante o mesmo acordo de vontades, objecto do presente processo.

216.º

As arguidas PT Multimédia e CATVP defendem que apenas os *“acordos que tenham por objecto uma das alíneas elencadas no artigo 4.º do Regulamento (CE) n.º 2790/1999 da Comissão, de 22 de Dezembro de 1999, são considerados ter um objecto anticoncorrencial”*.

217.º

Em primeiro lugar, cumpre frisar que nos termos do artigo 2.º do Regulamento CE n.º 2790/1999 da Comissão, de 22 de Dezembro, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas este regulamento nunca seria aplicável ao caso em apreço. Em primeiro lugar, o Acordo de Parceria não se limita a mera distribuição de canais temáticos na rede da CATVP, o seu objecto abrange ainda a cooperação das partes na produção desses mesmos canais. Em segundo lugar, o grupo PT Multimédia, também ele, é produtor de canais temáticos de acesso condicionado e de acesso não condicionado, à semelhança da contraparte SIC. Aliás, o direito

de preferência da SIC oponível ao grupo PT Multimédia visa exactamente impedir que este grupo concorra directamente com aquela empresa.

218.º

Não obstante, refira-se que, ao contrário do que afirmam as arguidas CATVP e PT Multimédia, as alíneas do artigo 4.º do Regulamento (CE) n.º 2790/1999 da Comissão, de 22 de Dezembro de 1999 apenas elencam um conjunto de situações que não merecem, em hipótese alguma, a isenção conferida por esse regulamento; e que esse mesmo artigo não estipula quais são os acordos entre empresas que têm por objecto restringir a concorrência.

219.º

De acordo com a jurisprudência comunitária,³¹ um acordo tem por objecto restringir a concorrência sempre que, considerado no seu contexto económico, esse seja o seu sentido e propósito objectivos e independentemente da intenção das partes. Ou seja, o único critério para aferir se um acordo tem por objecto restringir (impedir ou limitar) a concorrência num determinado mercado é proceder à avaliação desse mesmo acordo no seu contexto económico. Porquanto, o argumento das arguidas não pode proceder.

Da preferência

220.º

Conforme resulta da cláusula 2.ª do Acordo de Parceria, as arguidas CATVP e PT Multimédia concedem à arguida SIC um direito de preferência no “*estabelecimento de acordos comerciais para o fornecimento de canais em português e produzidos em Portugal*”, para “*temas não comprometidos quer da iniciativa da PT Multimédia/TV Cabo ou de terceiros*”. Este direito de preferência “*conferirá sempre à SIC a faculdade de a mesma se substituir a terceiros*”

³¹ Acórdão do Tribunal das Comunidades Europeias de 28 de Março de 1984, processos n.º C 29/83 e 30/83, *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA e Rheinzinc GmbH* c. Comissão, colect. (1984), p.1679; Acórdão do Tribunal das Comunidades Europeias de 11 de Janeiro de 1990, processo n.º C- 277/87, *Sandoz Prodotti Farmaceutici* c. Comissão, colect. (1990) p.I-45.

conferindo-lhe a possibilidade de lançar os canais em questão nos termos e condições apresentados”.

221.º

Ainda nos termos da Cláusula 2ª do referido Acordo ficam excluídos do direito de preferência da SIC por já estarem comprometidos e em negociação: o Canal Porto, o Canal Economia/Negócios, o Canal Saúde/Medicina, os canais Braga e Évora. Todavia, caso as negociações não se concluam até ao fim do ano 2000, no que se refere aos canais Porto e Economia/Negócios, e 2001, em relação aos canais Braga e Évora, a SIC adquire, respectivamente nessas datas, o direito de preferir.

222.º

Alega a arguida SIC que este direito de preferência só é oponível, por um lado, às arguidas PT Multimédia e CATVP e, por outro, a terceiros quando estes renunciaram ao seu direito patrimonial de exploração da obra tutelada pelo direito de autor, *in casu* o serviço de programação televisiva. É assim que, segundo a arguida SIC, se deve interpretar a vontade das partes quando se referem a terceiros, sob pena de se lhes atribuir uma vontade em estabelecer acordos para a prossecução de fins ilícitos, neste caso atentatórios dos direitos de autor. O que, aliás, não se coaduna com a própria salvaguarda que as partes incluem na cláusula 2ª: *“excepto nos casos em que a TV Cabo seja obrigada, por imperativos legais ou por decisão administrativa ou comunitária, a aceitar o fornecimento de canais por terceiros”.*

223.º

As arguidas PT Multimédia e CATVP defendem que o direito de preferência apenas é oponível ao grupo PT Multimédia, apresentando um entendimento próprio, e distinto da sua contraparte, sobre a referência a terceiros:

“ (...) a preferência se reportar apenas a projectos da PTM/TV CABO e não no caso de a proposta ser de terceiros pois tal não seria legalmente aceitável. A preferência a terceiros traduz apenas o bom entendimento entre as partes do Acordo bem como uma relação negocial privilegiada mas não pode naturalmente, precluir as normas legais que são ressalvadas logo de seguida. Há uma expectativa de desenvolvimento de negócios futuros mas não se verifica um direito da SIC preferir a terceiros.” Acrescentam ainda que *“ não se veda o*

acesso de outros produtores de conteúdos à plataforma TV CABO. Tal seria, aliás, ilegal em face da legislação sectorial aplicável”. E concluem: “face às várias limitações textualmente impostas à preferência em causa, o seu campo de aplicação se apresenta, summo rigore, muitíssimo comprimido, traduzindo, essencialmente, um pleno entendimento entre as partes e o desejo mútuo de que venham a ser desenvolvidas, entre elas, negócios futuros na área dos conteúdos. Para além da interpretação cega do texto do Acordo, deve enfatizar-se o facto de tal interpretação ter sido a inicialmente pretendida pelas partes e a que a estas sempre mantiveram como boa. Esta é mais do que uma mera declaração de fé, na medida em que é clara e sustentada pelo facto de a referida cláusula nunca ter dado azo a litígios entre as partes.”

224.º

O direito de preferência, ao contrário do que parece defender a arguida SIC, não surge depois de constituído o serviço de programação televisivo, mas sim num momento anterior quando há apenas um projecto de uma emissão, uma ideia de uma obra futura e não uma obra real e concreta que mereça, essa sim, protecção (cf. artigo 1 do Código dos Direitos de Autor e dos Direitos Conexos, aprovado pelo Decreto Lei n.º 63/85, de 14 de Março, alterado pela Lei n.º 45/85, de 17 de Setembro, pela Lei n.º 114/91, de 3 de Setembro, pelo Decreto Lei n.º 332/97, de 27 de Novembro, e pelo Decreto Lei n.º 334/97, de 27 de Novembro, Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto.)

225.º

Recorde-se que, para haver um serviço de programa televisivo, é necessária a autorização da entidade reguladora, que aliás o classifica, e para obter esta autorização o proponente do canal já tem de ter um título de acesso à rede cabo. Refira-se ainda, que o registo a que o serviço de programa televisivo está sujeito, junto do Instituto da Comunicação Social (artigo 2.º al. d) e 9.º al. f) do Decreto Regulamentar n.º 8/99, de 9 de Junho), depende da apresentação, entre outros documentos, da “*cópia actualizada do título da licença ou autorização emitida pela Alta Autoridade para a Comunicação Social*”³² (artigo 34.º, n.º1, al. e) do referido diploma). Ora, o direito de preferência reporta-se às negociações com os operadores de rede que necessária e logicamente precedem a constituição do serviço de programa televisivo.

³² Actualmente denominada de ERC - Entidade Reguladora para a Comunicação Social (Lei n.º 53/2005, de 08/11)

226.º

Aquando das negociações para o fornecimento do canal, o que já tem protecção autoral são os diferentes conteúdos e programas – obras audiovisuais - que poderão eventualmente constituir o serviço de programa televisivo, e não o canal a constituir. Aliás, se assim não fosse, a preferência não teria qualquer sentido. Recorde-se que a preferência não incide sobre um conjunto de conteúdos de terceiros, mas sim sobre um tema que, sendo objecto de preferência, deve depois ser objecto de programação a organizar pela SIC.

227.º

Para exercer o seu direito de preferência, apenas se exige que a SIC “ *conceda as melhores condições de mercado*”, não se exige que a SIC apresente uma grelha de programação com os mesmos conteúdos. Porquanto, a SIC nunca seria obrigada a adquirir os direitos patrimoniais de exploração das obras audiovisuais desses conteúdos e que eventualmente já poderiam ser da titularidade do potencial preferido.

228.º

Aliás, se se interpretar o direito de preferência da SIC como aquele oponível a terceiros, apenas quando estes renunciam ao direito patrimonial de exploração da obra, esvazia-se de conteúdo o próprio direito de preferência. Pois, na realidade, assistir-se-ia a uma mera transmissão do direito patrimonial de exploração da obra entre o terceiro e a SIC, à qual a CATVP é totalmente alheia. E não a uma situação formatada pelo direito de preferência, na qual a CATVP confere à SIC a possibilidade desta substituir terceiro no fornecimento de um canal com o tema por aquele proposto. Se as arguidas de facto não queriam esta situação, não se compreendem os motivos que as levaram a estabelecer um direito de preferência sobre o tema do canal a desenvolver.

229.º

Pelo exposto, não se acolhe a interpretação que a arguida SIC faz do conceito de terceiros na cláusula 2ª do Acordo de Parceria.

230.º

Quanto às alegações das arguidas PT Multimédia e CATVP, naturalmente a AdC não pode aceitar que se faça uma “interpretação cega” e contrária às mais elementares regras de experiência daquele clausulado, exactamente para evitar a constatação da ilegalidade da preferência - reconhecida pelas mesmas - com o fundamento de que, embora essa preferência tenha sido acordada e reduzida a escrito, as partes nunca a quiseram, porque a sabiam ilegal. Ou seja, as arguidas reconhecem expressamente que o direito de preferência que acordaram é ilegal, mas por ser ilegal procuram negar que alguma vez o acordaram. Este paradoxo é evidentemente inaceitável.

231.º

A argumentação das arguidas PT Multimédia e CATVP só vem demonstrar que estas entendem por terceiros todas as entidades que não são parte do contrato celebrado.

232.º

Este conceito deve ser interpretado de acordo com o estatuído no artigo 236.º do Código Civil, “(...) com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição de real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele”. Porquanto, terceiros são todas as entidades que não são parte no contrato celebrado a 27 de Março de 2000 e que estão interessadas em fornecer para o pacote básico da CATVP canais televisivos em português e produzidos em Portugal.

233.º

De tanto resulta que o direito de preferência conferido à SIC é oponível ao grupo PT Multimédia e a outros actuais e potenciais concorrentes.

234.º

A arguida SIC alega em seguida que nunca exerceu o direito de preferência, nem sequer a PT Multimédia a convidou a exercê-lo (cf. reposta NI e auto declarações). Que o mesmo não

prejudicou o aparecimento de novos canais: a TV Saúde, TVI Eventos, a *Sport TV*, a RPT Memória e a RTP N. E que a AdC não identificou “*situações concretas em que serviços de programas televisivos de terceiros tivessem sido apropriados pela SIC*”, da mesma forma que “*se viu impossibilitada de estabelecer um nexo de causalidade adequado entre a alegada recusa em contratar, baseada no direito de preferência da PT Multimédia e TV Cabo e terceiros. Se tais contratos não se celebraram, isso ter-se-á devido tão-só à falta de consenso relativamente ao preço ou baixa qualidade dos serviços de programas televisivos oferecidos pelos concorrentes da SIC*”. Refere ainda que a AdC “*se viu impossibilitada de estabelecer um nexo de causalidade adequado entre uma alegada recusa de contratar, baseada no direito de preferência da SIC, entre a PT Multimédia e a TV Cabo e terceiros.*” (cf. resposta Nota de Ilicitude).

235.º

As arguidas PT Multimédia e CATVP alegaram que nunca houve intenção das partes em conferir à SIC um direito de preferência face a terceiros, o que, segundo as mesmas, se constata pela execução do acordo, e como exemplo “*apresent[am] o processo de criação do canal TVI Eventos, anteriormente distribuído pela TV Cabo, ou dos recentes “RTP Memória ou RTP N, os quais não foram, em estrito cumprimento do clausulado do Acordo comunicados à SIC para efeito do exercício de qualquer preferência.*” A testemunha arrolada pelas arguidas, Dr. José Vilaça, director Jurídico da PT Multimédia e CATVP, declarou que até 2001 e desde Junho de 2003 nunca foi oferecido o direito de preferência. Quanto às negociações com a TVI, as arguidas alegam a falta de interesse da mesma em produzir canais temáticos (fls. 2075 a 2079).

236.º

Os canais, TV Saúde, TVI Eventos e *Sport TV*, a que as arguidas se referem como exemplos de canais fornecidos, após e não obstante o Acordo de parceria, não são canais de acesso não condicionado mas, sim, de acesso condicionado, pelo que, lembre-se, não concorrem directamente com os canais do pacote básico da CATVP, em relação aos quais foi atribuído o direito de preferência à SIC. Porquanto, alegar o aparecimento destes canais é, *in totum*, irrelevante.

237.º

Já os canais RTP Memória e RTPN são produzidos no âmbito do contrato de Concessão do Serviço Público de televisão, pelo que não necessitam da autorização da entidade sectorial reguladora e, conseqüentemente, de reunir os respectivos requisitos, entre eles, garantir num primeiro momento, anterior a constituição do próprio canal, o acesso a uma rede cabo que permita a distribuição desse mesmo canal.

238.º

Desde a celebração do Acordo de Parceria até aos dias de hoje, e não obstante as propostas da TVI e de um grupo de particulares (Bruno Carvalho, José Manuel Cadilhe e Daniel Deusado) à CATVP, a SIC é o maior produtor (produz quatro dos oito canais existentes) de canais de acesso não condicionado, em português e produzidos em Portugal, e o único produtor que oferece serviços convencionais de programação televisiva autorizados pela entidade reguladora – como, aliás, terão de ser todos os canais com excepção daqueles produzidos no âmbito da concessão do serviço público de televisão.

239.º

Da mesma forma, desde a celebração do Acordo de Parceria e até aos dias de hoje, o único operador de serviços de televisão por subscrição com capacidade para garantir a cobertura nacional da emissão dos canais e, por isso, o cliente mais atractivo senão mesmo o único, (quando os canais pretendem ter dimensão nacional³³) é a CATVP.

240.º

Num mercado que se apresenta com esta oferta e procura, a cláusula de preferência estipulada pelas arguidas tem necessariamente por objecto restringir a concorrência, uma vez que a mera existência deste direito, independentemente do seu exercício, cria um sério perigo de lesão da concorrência. Atendendo ao contexto económico, o sentido objectivo desta cláusula consiste

³³ Recorde-se que nos termos do número 4 do artigo o 7.º *ex vi* artigo 16.º ambos do Decreto-Lei n.º 237/98, de 5 de Agosto para ter um autorização que permita lançar um canal com cobertura nacional é necessário ter um título de acesso a uma rede que garanta essa mesma cobertura.



em proteger a SIC da pressão concorrencial dos seus actuais e potenciais concorrentes, impedindo respectivamente o seu crescimento e entrada no mercado. A intenção subjectiva das partes, mormente da SIC, em recorrer ao direito de preferência para acautelar o seu investimento será ponderada em sede própria, mas em nada impede a constatação de que esta cláusula tem o propósito objectivo de restringir a concorrência.

241.º

Atente-se que a SIC adquire preferência junto do único operador de rede que tem capacidade para garantir a cobertura nacional, legalmente exigida para a exploração de um novo canal com espectro nacional.

242.º

Acresce que, dada a clara posição de preponderância da CATVP face aos outros operadores de redes de comunicações electrónica, qualquer potencial concorrente da arguida SIC apenas poderá lançar um projecto com algumas garantias de viabilidade caso obtenha acesso à distribuição pela rede CATVP, por tal significar a chegada imediata do seu canal a cerca de 80%-90% dos assinantes (do mercado de serviços de televisão por subscrição).

243.º

Ora, por via deste direito de preferência, a arguida SIC tem contratualmente garantida a possibilidade de impedir a entrada de novos concorrentes, relativamente, pelo menos, aos referidos 80%-90% de assinantes, para tanto bastando exercer tal direito de preferência através do desenvolvimento de um projecto de canal que apenas inicia quando, por via dessa mesma cláusula, toma conhecimento de que já existe algum concorrente potencial que o desenvolveu, dessa forma privando os telespectadores dos benefícios de um mais rápido desenvolvimento de novos canais em português e produzidos em Portugal.

244.º

Como já foi referido, este direito de preferência diminui sensivelmente os incentivos para o lançamento de canais concorrentes. Desde logo, porque qualquer entidade que possua um

novo projecto de canal temático vê o seu acesso a 80%-90% de assinantes condicionado ao eventual interesse da SIC no projecto, sendo que só as ideias que não interessem a esta arguida poderão vir a ser consideradas pelo grupo PT Multimédia. Por outro lado, impedidos de aceder à principal rede de distribuição de serviço de televisão, os potenciais concorrentes da SIC dificilmente poderão viabilizar novos projectos devido à reduzida dimensão das outras redes existentes. Recorde-se, mais uma vez, que no caso dos canais nacionais, a CATVP é a única operadora que pode garantir, por si só, a cobertura nacional desses mesmos canais, condição *sine qua non* para obter a respectiva licença.

245.º

Para além de impedir a entrada de novos operadores de televisão, este direito de preferência dificulta a inovação dos temas a ser explorados, alguns deles de grande relevância e interesse para os consumidores finais. Não se deve esquecer que a Televisão, nos dias de hoje, é um meio fundamental não só de informação como também de formação, contribuindo para a educação e o desenvolvimento sócio-cultural do país.

246.º

O direito de preferência permite que a SIC tome conhecimento das propostas dos seus actuais e potenciais concorrentes, criando sobre os mesmos um efeito dissuasor, e confere à SIC a possibilidade de manter uma relação exclusiva com o maior operador de rede cabo e satélite DHT (sempre que preferir).

247.º

Os efeitos deste acordo têm de ser aferidos em relação às condições de concorrência que existiriam no mercado caso este acordo não existisse.³⁴ Há ainda que considerar não só o que

³⁴ Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de Junho de 1966, *Société Technique Minière*, processo n.º C-56/65, colect. (1965-1968) 00381; Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 Dezembro de 1980, *L'Oréal c. De Nieuwe AMCK*, processo C-31/80 *Colect. (1980)*, p. 3775; Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 Dezembro de 1985, *ETA c. DK Investment*, processo n.º C-31/85, colect. (1985), p. 3933.

as partes expressamente acordaram e efectivamente executaram, mas também as obrigações implícitas e quais os comportamentos expectáveis³⁵. Assim sendo, conclui-se que esta cláusula tem ainda como potenciais efeitos³⁶ restringir a concorrência: mesmo que o direito de preferência não seja exercido, é expectável que a SIC tome, pelo menos, conhecimento de que existem operadores interessados em lançar novos canais – o que, em si, constitui um desincentivo à apresentação de novos projectos.

248.º

Acresce que a cláusula de preferência, como as arguidas PT Multimédia e CATVP o referiram, “*traduz apenas o bom entendimento entre as partes do Acordo bem como uma relação negocial privilegiada*” (sublinhado nosso), o que significa que o próprio Grupo PT Multimédia reconhece favorecer a sua relação comercial com a SIC, tornando latentes os efeitos restritivos da cláusula de preferência. Este entendimento das arguidas demonstra ainda que, caso o acordo de parceria não existisse, não existiria a “relação negocial privilegiada”, pelo que existiriam, muito provavelmente, outros operadores no mercado.

249.º

Atente-se que desde a celebração do Acordo de Parceria, o Grupo PT Multimédia nunca chegou a concluir negociações com qualquer outro operador de televisão, tendo as mesmas sido sucessivamente proteladas, sem haver qualquer decisão. Por outro lado, desde a celebração do Acordo de Parceria, as negociações entre a SIC e o Grupo PT Multimédia levaram não só ao lançamento dos canais inicialmente previstos, como também ao desenvolvimento dessa mesma parceria com o lançamento da SIC Mulher e à reformulação do antigo Canal SIC *Gold* para o actual canal SIC Comédia. Porquanto a própria demora e o

³⁵Decisão da Comissão de 15 de Dezembro de 1975, *Bayer/Gist-Brocades*, processo n.º IV/27.073, JO 1976 L 30/13; Decisão da Comissão de 22 de Dezembro de 1987, *Olivetti c. Canon*, processo n.º IV/32306, JO 1988 L 52/51; Decisão da Comissão de 12 de Janeiro de 1990, *Alcatel Espace c. ANT*, processo n.º IV/32006 JO 1990 L 32/19.

³⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Maio de 1998, *New Holland Ford c. Comissão*, processo n.º C-8/95 P, colect. p. I-3175.

arrastamento das negociações com os outros operadores de televisão são reveladoras da referida “*relação comercial privilegiada*” entre as arguidas.

250.º

Porquanto, e ao contrário do que alegam as arguidas, o facto de decorrerem negociações entre o Grupo PT Multimédia e outros produtores de canais, não implica que a SIC não tenha um tratamento preferencial, como também, tal facto não impede que durante, ou findas essas negociações, o Grupo PT Multimédia dê a conhecer à SIC os respectivos projectos para que esta possa exercer, ou não, o seu direito de preferência.

251.º

Pelo exposto, a AdC conclui que o direito de preferência tem por objecto e por potencial efeito restringir de forma muito significativa a concorrência no mercado nacional da exploração e comercialização de canais nacionais de acesso condicionado.

252.º

Refira-se ainda que esta restrição é tão ou mais gravosa, quanto maior for a sua duração – o direito de preferência vigora por um prazo de 10 anos. Com o decurso do tempo, cria-se no mercado a convicção que a SIC tem de facto uma posição privilegiada com o principal operador de serviços de televisão por subscrição e, para além disso, toma conhecimento dos projectos dos seus concorrentes, porquanto os seus (potenciais) concorrentes têm cada vez menos incentivos para apresentarem novas propostas. Quanto maior for o lapso de tempo sem novos operadores com novos canais, mais condições para a cristalização do mercado se criam, sobretudo quando estamos em presença de um mercado dinâmico como este.

Da Exclusividade

253.º

A SIC compromete-se a fornecer, em exclusivo, canais em português e produzidos em Portugal para o pacote básico da CATVP, atribuindo ainda ao Grupo PT Multimédia exclusividade na comercialização dos seus canais com terceiros.

254.º

A arguida SIC argumenta que tem todo o interesse em vender os seus serviços de programas televisivos a outros distribuidores, sob pena de perder receita e que esta cláusula, para além de se restringir aos canais objecto do Acordo de Parceria, baseia-se em *“meras razões de eficiência e especialização”*. A cláusula visa apenas *“aproveitar a especialização da PT Multimédia no que toca ao contacto com potenciais clientes”*, uma vez que *“os operadores de televisão carecem de um contacto regular com os distribuidores de programas televisivos, não dominam o “know-how” próprio associado a este negócio e não têm a experiência comercial da PT Multimédia na revenda de canais”*. Acrescenta ainda que, através da cláusula, *“vê-se livre dos encargos associados à cobrança das respectivas quantias devidas pela aquisição de serviços de programas televisivos por terceiros”*.

255.º

As arguidas PT Multimédia e CATVP alegam que *“a SIC é livre para fornecer aos concorrentes da TV CABO canais/conteúdos que não aqueles que fornece no âmbito do acordo ”* e que uma cláusula de exclusividade não é necessariamente anticoncorrencial, (citando o caso *Nungesser*) como seria o caso da presente clausula.

256.º

Por um lado, argumentam que o acordo permitiu *“a criação até à data de canais temáticos de origem ou organização nacional, inexistentes até à data no mercado”*. Por outro lado, alegam que os canais da SIC não constituem um *input* essencial, uma vez que *“canais existentes na TV CABO (Fox, Foz Life, AXN, People) têm conteúdos idênticos, o que demonstra que, não havendo exclusivos no mercado upstream, não será difícil a um operador concorrente*

produzir os mesmos tipos de conteúdos.” Nem constituem, em seu entender, um mercado à parte.

257.º

Defendem também que o “*share*” de audiências da SIC é de apenas 29,4%, sendo a restante oferta constituída por canais em que nenhum operador tem uma importante quota”*share*” – o que significa que o mercado é fragmentado. Pelo que “*(...) não se estará a colocar uma barreira importante à entrada no mercado por parte de um potencial novo player ou de um player existente com capacidade acrescida.*”

258.º

Acrescentam que se trata “*de uma relação de exclusividade que requer uma certa perenidade por forma a assegurar um investimento incerto à partida. Findo o período da exclusividade (de âmbito já em si reduzido), em que as partes arriscaram um forte investimento numa área pioneira em Portugal, poder-se-ão aferir as condições de concorrência no mercado e considerar se se justifica, ou não, vedar a possibilidade de existirem exclusivos desta natureza.*” E em seguida argumentam que “*[j]ulgar a posteriori, perante o sucesso comercial dos canais em causa, é não só injusto, como não constitui uma análise económica objectiva da situação, pois o risco envolvido na criação dos canais foi elevadíssimo.*”

259.º

No caso de se considerar esta cláusula ilícita, as arguidas PT Multimédia e CATVP apresentam um balanço positivo do direito exclusivo, que será analisado em sede própria.

260.º

Ao contrário do que alegam as três arguidas, a exclusividade na comercialização não respeita apenas aos canais SIC Notícias, SIC Gold, mais tarde SIC Comédia, e SIC Radical. No número 1 da cláusula primeira do Acordo de Parceria “*(...) as partes definem e regulam de boa-fé os termos e condições nos quais se materializará a sua cooperação e parceria no âmbito da actividade de produção de programas e conteúdos para televisão, de televisão por cabo, de telecomunicações afins e de multimédia em Portugal.* No número 1 da cláusula

segunda, “*as partes acordam entre si em estabelecer acordos comerciais para o fornecimento de canais em português e produzidos em Portugal(...)*”. E finalmente no número 1 da cláusula sexta “*Se se pretender a comercialização em Portugal dos canais produzidos no âmbito deste ACORDO para terceiras entidades(...)*”.

261.º

De tanto resulta que o acordo das partes vai para além dos três canais acima referidos e abrange todos aqueles que serão realizados nos anos em que se mantiver a parceria. Prova evidente é o próprio contrato de distribuição do canal SIC Mulher, que é assumidamente celebrado no âmbito da parceria (veja-se o primeiro considerando) e que remete exactamente para esta cláusula sexta.

262.º

A SIC alega ter todo o interesse em ter os seus canais distribuídos por outros operadores de serviços de televisão por subscrição; no entanto, tem e mantém a sua exclusividade com a CATVP. Relação de exclusividade essa, que a arguida SIC não aceita noutros mercados como, por exemplo, nas telecomunicações móveis, onde comercializa directamente os seus conteúdos com todos os operadores no mercado (cf. depoimento de testemunha a fls. 2085 a 2089).

263.º

A SIC invoca que necessita da experiência da PT Multimédia no contacto com “potenciais clientes” e na revenda de canais. Contudo dificilmente se entende esta necessidade em relação aos restantes operadores do mercado de serviços de televisão por subscrição, quando a própria SIC negocia directamente com o maior operador desse mercado. Acresce, que os referidos “potenciais clientes” da SIC, são concorrentes directos do grupo PT Multimédia porquanto, as negociações através desta empresa são tendencial e potencialmente mais difíceis.

264.º

A SIC alega não ter de suportar os encargos associados à cobrança das quantias relativas à aquisição dos seus canais. No entanto, ao não o fazer, perde parte das receitas das vendas que são transferidas para o Grupo PT Multimédia como contrapartida da sua intermediação. Acresce que, para transferir esses encargos para uma outra entidade, e assim obter o alegado benefício, a SIC não tem necessariamente de conceder a essa entidade um direito exclusivo - não existindo aqui, como melhor se verá, o requisito da indispensabilidade exigido pela alínea b) do n.º 1 do artigo 5.º da Lei n.º 18/2003.

265.º

O *share* de audiências da SIC apresentado pelas arguidas PT Multimédia e CATVP é calculado num universo que contempla não só a televisão por subscrição como também a televisão de acesso livre. Como melhor supra explicitado estas actividades constituem mercados distintos. Reitere-se que a SIC é o maior fornecedor de canais de acesso não condicionado, em português e produzidos em Portugal – produz quatro dos oito canais existentes – e o único fornecedor que oferece serviços convencionais de programação televisiva, autorizado pela entidade reguladora – como, aliás, terá de ser qualquer empresa que pretenda desenvolver esta actividade, com excepção da concessionária do serviço público.

266.º

A cláusula sexta do Acordo de Parceria que atribui ao Grupo PT a exclusividade da comercialização com terceiros dos canais SIC, implica necessariamente o direito exclusivo do Grupo PT no fornecimento desses mesmos canais, tendo, assim, este grupo um acesso directo aos canais produzidos pela SIC. A exclusividade deste fornecimento é explicitamente atribuída à CATVP nas cláusulas segunda, terceira e quarta do Acordo de Parceria, relativamente aos canais SIC Notícias, SIC Radical e SIC *Gold* e na cláusula do Contrato de Distribuição dos canal SIC Mulher.

267.º

Essa exclusividade resulta da cooperação entre as empresas SIC e grupo PT Multimédia no lançamento de novos canais para o pacote básico da CATVP, constituindo uma contrapartida da própria cláusula de preferência.

268.º

A exclusividade na comercialização com terceiros dos canais SIC, confere ao grupo PT Multimédia a possibilidade de negociar com os seus próprios concorrentes, no mercado dos serviços de televisão por subscrição. Em virtude deste direito de comercialização exclusiva, o grupo PT Multimédia surge nesse mercado não só como o principal operador, através da CATVP, mas também como o único fornecedor dos canais SIC.

269.º

Atendendo que actualmente apenas existem seis canais nacionais de acesso condicionado com programação convencional – quatro canais da SIC e dois canais da RTP – e considerando que estes canais constituem a oferta base (pacote básico) dos operadores no mercado da televisão por subscrição, o grupo PT Multimédia surge, assim, perante os seus concorrentes, nesse mercado, como o maior fornecedor de canais de acesso não condicionado, dificultando a constituição das respectivas ofertas base (pacotes básicos) e distorcendo as condições de concorrência neste mercado

270.º

Ao negociar com os seus concorrentes a transmissão dos canais SIC, o Grupo PT adquire (parte) das receitas dessa comercialização. Sendo certo, que o preço a pagar pelos canais será sempre estipulado em razão do número de subscritores (o preço é igual a um valor monetário por cada subscritor), através desta negociação, o Grupo PT Multimédia obtém parte das receitas de subscrição dos seus concorrentes (o valor equivalente ao preço de aquisição dos canais). Assim, para além de prestar serviços, através da CATVP, a cerca de 80% - 85% dos subscritores (auferindo as respectivas receitas), o Grupo PT Multimédia consegue, através desta comercialização exclusiva, atingir os restantes 15% - 20% de subscritores, obtendo uma parte das receitas provenientes das suas assinaturas.

271.º

Pelo exposto, conclui-se que esta exclusividade atribuída ao Grupo PT Multimédia tanto no fornecimento como na comercialização dos canais SIC, aquando do Acordo de Parceria e mais tarde reiterada em relação ao Canal SIC Mulher, tem por objecto restringir a concorrência, de forma significativa, no mercado dos serviços de televisão por subscrição.

272.º

Acresce que a cláusula de exclusividade, constante da cláusula 6.ª do Acordo de Parceria tem também produzido efeitos restritivos da concorrência naquele mercado.

273.º

Constituem prova desses efeitos os obstáculos que têm sido enfrentados pelos concorrentes do Grupo PT Multimédia (supra, artigos 137 a 147). Os quais, sempre que solicitam à SIC a distribuição dos respectivos canais, têm sido confrontados com a sistemática indisponibilidade deste operador de televisão e a remessa para o Grupo PT Multimédia - comportamento que, aliás, configura a execução da citada cláusula 6.ª do Acordo de Parceria.

274.º

Não deixa de ser relevante constatar que nenhum dos concorrentes do Grupo PT Multimédia conseguiu contratar com esta empresa o acesso ao Canal SIC Mulher.

275.º

Refira-se ainda que esta restrição é tão ou mais gravosa, quanto maior for a sua duração – a exclusividade vigora por um prazo de 10 anos. Quanto maior for o lapso de tempo em que o Grupo PT Multimédia controla a distribuição dos canais de acesso não condicionado da SIC pelos seus concorrentes, menor será a pressão concorrencial exercida por estes.

276.º

Ao contrário do que parece pretender a arguida SIC, ao juntar aos autos a deliberação da Alta Autoridade da Comunicação Social, de 9 de Novembro de 2005 - sobre a compatibilidade da “a ausência de qualquer resposta positiva por parte da PT Conteúdos”, aos pedidos de comercialização do canal SIC Mulher, pela TVTEL, com o próprio projecto do canal aprovado pela AACS - não se pode extrair dessa deliberação a legalidade do direito exclusivo *sub judice* atribuído ao Grupo PT Multimédia.

277.º

Nesta deliberação a AACS conclui que “a posição assumida pela PT Conteúdos não viola as condições e termos do projecto aprovado pela AACS.” Todavia, o projecto aprovado pela AACS apenas refere que “A requerente [SIC] junta, ainda, o título de acesso à rede a que se refere o número 1 do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 237/98, consubstanciado em declaração da CATVP – TV Cabo Portugal, S.A., que garante, nos termos do contrato a celebrar com a SIC – Sociedade Independente de Comunicação, SA, a inclusão do canal temático SIC Mulher nos serviços das redes de cabo das empresas operadoras de que é accionista única e maioritária bem como no serviço satélite DHT, assegurando assim a respectiva cobertura nacional”.

278.º

Ou seja, no projecto aprovado pela AACS as arguidas apenas se comprometem em celebrar um acordo para a distribuição do canal SIC mulher, através das redes cabo e satélite DHT da CATVP, para que o mesmo tenha efectivamente cobertura nacional. Nada se diz das condições em que esse acordo será celebrado e, muito menos, se faz qualquer referência à revenda do canal. Porquanto, a referida deliberação apenas diz que o comportamento da PT Conteúdos não põe em causa a distribuição com cobertura nacional do canal SIC Mulher pela CATVP, uma vez que a rede desta empresa garante a exigida cobertura nacional. Nessa deliberação a AACS não se pronunciou, nem tinha de se pronunciar, sobre a exclusividade atribuída ao grupo PT Multimédia.



1.3. Tipo Subjectivo

279.º

A arguida SIC invoca que, a ter cometido algum ilícito contraordenacional, agiu a título de negligência inconsciente. *“Isto porque as razões que motivaram as partes à celebração do Acordo eram de cariz económico e financeiro, visando legitimamente a defesa dos seus vultuosos investimentos (em infra-estrutura de distribuição e em meios de produção), sem nunca pretenderem nem quererem construir uma barreira à entrada de novos concorrentes no mercado nem tão pouco criar efeitos restritivos da concorrência.”*

280.º

Este argumento não pode proceder. As partes sabem, ou pelo menos têm obrigação de saber, que o próprio risco de lesão do bem público concorrência constitui em si mesmo o desvalor da acção condenado pela ordem jurídica. Porquanto, mesmo que as partes não tivessem a intenção de *“construir uma barreira à entrada de novos concorrentes no mercado nem tão pouco criar efeitos restritivos da concorrência”*, basta o facto de terem configurado e se terem conformado com a possível lesão deste bem, através da sua conduta, para que haja dolo.

281.º

Ainda que as partes não tivessem celebrado o Acordo com a intenção de restringir a concorrência, ao estipularem as cláusulas de preferência e de exclusividade, as partes criaram a situação de perigo, aceitando-a como consequência necessária das suas condutas.

282.º

As arguidas SIC, PT MULTIMÉDIA e CATVP agiram de forma livre, consciente e voluntária na prática da infracção, sabendo que a conduta que lhes é imputada é proibida por lei, tendo ainda assim realizado os actos necessários à sua verificação.

283.º

Do exposto resulta que todas as arguidas agiram com dolo, já que, conhecendo as normas legais aplicáveis, não se abstiveram de praticar os actos descritos, levando a cabo uma conduta que preenche todos os elementos de um tipo legal de contra-ordenação.

284.º

Refira-se a que a negligência é punível, nos termos do n.º 6 do artigo 43.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

1.4. Ilicitude

285.º

As condutas imputadas às arguidas SIC, PT MULTIMÉDIA e CATVP preenchem todos os elementos, objectivos e subjectivos, correspondentes ao tipo descrito no n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, sendo por isso ilícitas. No entanto, todas as arguidas invocam a justificação de tais comportamentos, nos termos do n.º 1 do artigo 5.º do referido diploma:

“sempre que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição de bens e serviços ou para promover o desenvolvimento técnico ou económico desde que, cumulativamente: a) reservem aos utilizadores desses bens ou serviços uma parte equitativa do benefício daí resultante; b) não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis para atingir esses objectivos; c) não dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência numa parte substancial do mercado dos bens ou serviços em causa.”

286.º

A arguida SIC invoca o preenchimento daqueles requisitos quanto ao acordo de parceria. Afirma que o mesmo *dificulta a presença da CATVP no mercado a montante da distribuição dos serviços de programas televisivos* e que (...) *permitiu o lançamento de novos serviços de programas televisivos inovadores e de grande importância para o público em geral.* Acrescentou que os benefícios *“se reflectem directamente nos consumidores (...), já que os serviços de programas televisão são transmitidos em sinal aberto e não em sinal codificado”*; que a única restrição imposta consiste na atribuição à SIC de um direito de preferência em

relação à CATVP e a terceiros quando “*estes últimos hajam dado o seu necessário consentimento à SIC*” e recorda que este direito nunca foi exercido. Por último, afirma que atendendo ao âmbito tão reduzido do acordo, este não permite que as empresas nele envolvidas eliminem a concorrência numa parte substancial do mercado dos bens e serviços em causa.

287.º

As arguidas PT Multimédia e CATVP invocaram que a cláusula de exclusividade é uma cláusula acessória necessária à concentração SIC/Lisboa TV, SA., pelo que a mesma foi nesse âmbito avaliada e autorizada pelo Despacho n.º 808/00/SECS do Secretário de Estado Comércio e Serviços:

“177.º Convém recordar que o Despacho do Secretário de Estado, datado de 28 de Agosto de 2000, que viabilizou a concentração, ressaltou não serem aprovadas algumas cláusulas do Acordo, por não serem consideradas restrições acessórias indispensáveis. 178.º E que, consultando-se o parecer da DGCC de 9 de Agosto do mesmo ano de 2000, nomeadamente o seu último parágrafo, não pode deixar de se concluir quais as cláusulas que se referia a decisão do Secretário de Estado. São elas: artigo 2.º, n.º 1 (produção do pacote básico da TV Cabo exclusiva da SIC); artigo 3.º, n.º 1 (fornecimento do canal SIC GOLD em exclusivo à 1V Cabo); artigo 4.º, n.º 1 (fornecimento do canal SIC Radical em exclusivo à TV Cabo); e o artigo 15.º, n.º 1, relativa à duração do acordo. 179.º Ora, conseqüentemente, a cláusula 6.ª do Acordo de Parceria, dita de exclusividade, gora referida nos artigos 118.º e seguintes da Nota de Ilicitude, foi considerada no âmbito da operação de concentração e autorizada ao abrigo do Despacho n.º 809/00/SECS, de 28 de Agosto de 2000, do Secretário de Estado.”

288.º

Subsidiariamente as arguidas PT Multimédia e CATVP defendem que a exclusividade promove a qualidade de distribuição, o desenvolvimento dos serviços digitais e resolve um problema de *free riding*, “*pois um investimento que é feito através das subscrições da TV CABO estaria (e está) acessível aos concorrentes, e caso não fosse permitida a exclusividade seria apenas a SIC a colher os benefícios*”. Apresentando “*(...) ainda, um benefício muito evidente para os consumidores ao permitir uma oferta de um leque base mais rico de conteúdos aos subscritores através do fornecimento de produtos que não existiriam de outra forma*”.

289.º

Cumpra, agora, analisar se todos os pressupostos e requisitos de artigo 5.º estão preenchidos, de forma a apreciar se poderem ser consideradas justificadas as restrições à concorrência, quer no mercado dos canais de acesso condicionado, em português e produzidos em Portugal, quer no mercado dos serviços de televisão por subscrição.

290.º

O Acordo de Parceria permitiu a criação de canais de televisão de acesso não condicionado, em português e produzidos em Portugal, de programação convencional, promovendo, assim, o desenvolvimento de um novo mercado, até à data incipiente, o mercado da exploração e comercialização de canais nacionais de acesso não condicionado. Ao fazê-lo, este Acordo contribuiu ainda para o desenvolvimento do mercado da televisão por subscrição, enriquecendo o pacote básico – a oferta base - disponibilizada pelos operadores aos telespectadores/assinantes. Verifica-se, então, a situação prevista no corpo do n.º 1 do artigo 5.º, em que uma prática proibida contribuiu *«para melhorar a produção ou a distribuição de bens e serviços ou para promover o desenvolvimento técnico ou económico (...)»*. Contudo para que seja justificada é ainda necessário que se verifiquem cumulativamente os três requisitos elencados nas alíneas a) a c) do mesmo número

291.º

Na medida em que os telespectadores/assinantes passaram a ter acesso a um pacote básico mais diversificado e sobretudo com um maior número de canais em português e produzidos em Portugal, que são tendencialmente criados de acordo com as suas referências sociais e culturais e tendo em consideração as suas preferências, considera-se, nessa medida, que uma parte equitativa do benefício resultante da criação desses canais foi transferido para o consumidor final. Verifica-se, então, o requisito estatuído na alínea a) do n.º 1 do artigo 5.º, ou seja, reserva-se aos utilizadores destes serviços (os assinantes/telespectadores) uma parte equitativa do benefício resultante da criação de novos canais e conseqüentemente do enriquecimento da oferta base dos serviços de televisão por subscrição.

292.º

Alegam as arguidas que as cláusulas de preferência e de exclusividade se mostravam necessárias para proteger o investimento realizado no negócio, atendendo ao risco do mercado que existia à época.

293.º

É certo que, no momento em que o Acordo de Parceria foi celebrado, ambos os mercados em análise mostravam um grau de menor desenvolvimento, quando comparado com os actuais, e se assistia à situação financeira e de exploração deficitária de um dos então operadores no mercado dos canais de acesso não condicionado, em português e produzidos em Portugal, a Lisboa TV, SA (que a SIC veio a adquirir). Consequentemente, à época, o risco de mercado seria considerável, ou pelo menos não despreciando (neste sentido vejam-se as declarações dos legais representantes das arguidas a fls. 2060 e 2076), realçando-se, aliás, que o montante do investimento inicial necessário à recuperação da Sociedade Lisboa TV, S.A. e ao lançamento do canal SIC Notícias ascenderia a cerca de 10 milhões de euros (conforme resulta das declarações do, então, Subdirector de programas da SIC).

294.º

Não obstante, considera-se, contudo, que o risco de mercado a suportar por cada uma das arguidas era atenuado pela sua experiência e posição quer nestes mercados quer em mercados vizinhos. A SIC, ao criar os novos canais usufruía das sinergias, *know-how* e *expertise* adquiridas na exploração do canal hertziano. A CATVP, já à data, era o maior operador no mercado da televisão por subscrição e usufruía de uma experiência de cerca de seis anos. A PT Multimédia usufruía não só da experiência em comercialização de canais de televisão e outros conteúdos audiovisuais, como também já tinha experiência na própria produção de canais televisivos de acesso condicionado.

295.º

Deve-se ter também em consideração que as condições de mercado no momento da celebração do Acordo de Parceria não se perpetuaram e, conforme reconheceu o próprio representante legal da SIC, o mercado apresentava menores riscos em 2003 que em 2000. Aliás, só em 2003 se registaram os primeiros resultados positivos referentes à exploração do canal SIC Notícias, o que veio confirmar a previsão do orçamento de exploração que indicava resultados negativos, na ordem de dois milhões de euros, nos primeiros dois anos. (cf. declarações do então sub-director dos programas SIC a fls. 2082 e o orçamento de exploração a fls. 2084). Refira-se, no entanto, que já no Relatório e Contas de 2002 se registou um *cash flow* positivo na exploração deste canal.

296.º

Também em 2003 as arguidas desenvolvem a parceria e lançam um novo canal que não estava inicialmente previsto, o canal SIC Mulher. Em 2004, para além de se assistir à consolidação deste novo canal – que nesse mesmo ano foi o terceiro canal de acesso não condicionado com maior audiência –, a arguida SIC altera a linha editorial do canal SIC *Gold*, criando um novo canal, para o qual obteve uma nova autorização da Entidade Reguladora, o canal SIC Comédia que veio, então, substituir o SIC *Gold*.

297.º

Na medida em que a cláusula de preferência é necessária para garantir a distribuição dos canais a explorar, protegendo dessa forma o investimento realizado (sobretudo quando esse investimento é efectuado numa sociedade comercial que apresentava uma situação financeira deficitária) e minimizando o custo próprio do arranque de um novo produto ou serviço, esta mostra-se indispensável ao lançamento dos novos canais, estando, por isso, justificada. Todavia, a necessidade desta cláusula apenas se verifica enquanto for indispensável para a protecção do referido investimento³⁷.

³⁷ Na sua prática decisória, a Comissão Europeia tem concedido um balanço económico positivo por um período de três anos a cláusulas de não concorrência e de exclusividade em casos idênticos de acordos na produção e distribuição de canais de televisão por subscrição. Vide a Decisão IV/36.237 – *TPS (Télévision Par Satellite)* de 3 de Março de 1999 e a Decisão n.º COMP/C.2-38.287 – *Telenor/Canal+/Canal Digital*, de 29 de Dezembro de 2003.

298.º

Como melhor demonstrado supra, em 2004, a SIC não só tinha consolidado a sua posição, explorando quatro canais temáticos, como ainda demonstrou confiança no mercado ao readaptar o primeiro canal de acesso não condicionado que tinha lançado (em Junho de 2000), transformando o canal SIC *Gold* em SIC Comédia. Porquanto, a partir de 2004, não há necessidade de proteger o investimento efectuado pela SIC, nomeadamente da reacção de outros operadores que pretendam entrar no mercado e oferecer canais temáticos concorrentes com os seus.

299.º

Ou seja, a partir de 2004 a restrição criada pela cláusula de preferência oponível a terceiros não se mostra proporcional, sobretudo quando atendermos à necessidade de inovação e contínua actualização dos temas a explorar, de forma a responder às múltiplas e variáveis necessidades dos telespectadores, que se vêm assim privados de novos canais e de novos operadores. Nestes termos, a cláusula de preferência oponível a terceiros merece um balanço positivo por um período de quatro anos, contado a partir da celebração do Acordo de Parceria, período, este, em que a mesma se encontra justificada nos termos no n.º 1 do artigo 5.º da Lei n.º 18/2003.

300.º

A oponibilidade do direito de preferência ao grupo PT Multimédia fundamenta-se não tanto na necessidade de protecção do investimento realizado, mas sobretudo na manutenção dos incentivos das partes em quererem a própria parceria. Atendendo à posição do grupo PT Multimédia, através da CATVP, no mercado dos serviços de televisão por subscrição, atendendo ao facto do mesmo ser produtor de canais de acesso condicionado e de estar, ainda, presente no mercado da exploração e comercialização de canais de acesso não condicionado, através dos canais SMS TV e canal de Programação TV Cabo; compreende-se a necessidade da SIC em se proteger da pressão concorrencial do grupo PT Multimédia que, a existir, poderia por em causa a própria parceria.

301.º

No entanto, se, por um lado, esta cláusula permitiu que a SIC lançasse os seus quatro canais, sem a concorrência do grupo PT Multimédia, por outro, esta cláusula também privou os telespectadores de potenciais canais a serem lançados pelo grupo PT Multimédia, sozinho ou em parceria com outros operadores de televisão, à semelhança da SIC.

302.º

Tendo em conta o carácter dinâmico do mercado e a necessidade de renovação dos temas a explorar - note-se que a própria SIC sentiu essa necessidade quando transformou o canal SIC GOLD em SIC Comédia -, o período de 10 anos pelo qual vigora a cláusula de preferência parece ser excessivo.

303.º

Atendendo que o desenvolvimento e sucesso da parceria, logo nos primeiros quatro anos, tornam desnecessária qualquer protecção da inovação realizada face a terceiros, uma vez que esta, após esses quatro anos, singrou e progrediu no mercado, também findo esse período de tempo não se justifica manter essa mesma protecção face ao grupo PT Multimédia.

304.º

Sobretudo porque ao fazê-lo estaríamos ainda a impedir a entrada de terceiros, que à semelhança da SIC, careçam de ter acesso a um operador que lhes garanta a cobertura nacional do seu canal para obterem a respectiva autorização da entidade reguladora - como já referido, para lançar um canal nacional é necessário obter previamente o acesso a uma rede que garanta essa cobertura, sob pena desse canal não ser autorizado pela entidade reguladora competente. Actualmente a CATVP é o único operador que pode garantir a cobertura nacional.

305.º

Acresce que, caso o grupo PT Multimédia decidisse entrar no mercado da exploração e comercialização de canais em português e produzidos em Portugal, de acesso não

condicionado, como produtor autónomo, este grupo não teria incentivos para concorrer directamente com os canais produzidos com a sua cooperação, como é o caso dos canais SIC.

306.º

Assim, considera-se justificada, nos termos do n.º 1 do artigo 5.º da Lei n.º 18/2003, a oponibilidade do direito de preferência da SIC ao Grupo PT Multimédia também por um período de quatro anos contados a partir da data de celebração do Acordo de Parceria.

307.º

Resulta da cláusula sexta do Acordo de Parceria que o Grupo PT Multimédia adquire o direito de comercializar os canais da SIC junto dos seus próprios concorrentes.

308.º

Esta exclusividade, atribuída ao Grupo PT Multimédia na comercialização com terceiros dos canais da SIC, não está directamente relacionada, nem se mostra necessária ao lançamento no mercado dos novos canais.

309.º

Com efeito a CATVP é a única operadora que, por si só, garante a cobertura nacional, exigida por lei para o lançamento de um canal nacional, prestando serviços a cerca de 80% a 90% dos subscritores e sendo, por isso, o operador mais atractivo para qualquer produtor de canais, cujo objectivo é chegar ao maior número de assinantes possível. Assim, a própria dimensão da CATVP diminui os riscos inerentes ao lançamento de um novo canal no mercado.

310.º

Acresce que, o Grupo PT Multimédia garante ainda o retorno do seu investimento, ao comercializar o espaço de publicidade dos canais fornecidos pela SIC, adquirindo cerca de

60% dessas receitas (artigo 3.º, n.º 4 al. b); artigo 4.º, n.º 4, al. b); artigo 5.º, n.º 5.1, al. c); artigo 5.º, n.º 5.2 c) do Acordo de Parceria e cláusula sétima do Contrato de Distribuição do Canal SIC Mulher).

311.º

Mais, a comercialização exclusiva dos canais da SIC pelo Grupo PT Multimédia distorce as condições de concorrência no mercado da televisão por subscrição ao obrigar os operadores a negociarem com o seu maior concorrente para terem acesso àqueles canais.

312.º

Não é defensável que esta cláusula não é restritiva, na medida em que possibilita o acesso dos outros operadores no mercado da televisão por subscrição a esses canais. Uma vez que o próprio Grupo PT Multimédia coopera com a SIC no lançamento dos seus novos canais temáticos, este Grupo tem, também ele, interesse na maior distribuição possível destes canais. Tal não impede, contudo, que o Grupo PT garante, desta forma, que nenhum dos seus operadores adquire os canais directamente à SIC, obtendo ainda as receitas de comercialização destes canais e constituindo-se, pois, como fornecedor dos seus próprios concorrentes, assim, enfraquecendo a sua pressão concorrencial.

313.º

Improcedente é a argumentação das arguidas PT Multimédia e CATVP ao alegarem que a exclusividade obvia o problema de *“free-riding”* *“pois caso não fosse permitida a exclusividade, seria apenas a SIC a colher os benefícios”*. Quanto ao fornecimento exclusivo, já ficou demonstrado que mesmo sem exclusividade a CATVP obtém o retorno do seu investimento e que ao contrário da SIC não carece de uma protecção acrescida face aos seus concorrentes. Quanto à comercialização desses canais para com terceiros, a existir um fenómeno de *free-riding* -, os beneficiários desse fenómeno – os *free-riders* – seriam os concorrentes da CATVP e nunca a SIC, pois seriam aqueles que, sem fazerem qualquer tipo de investimento para o lançamento e distribuição dos canais, teriam acesso aos mesmos. No entanto, mesmo assim, esse argumento será sempre de rejeitar, uma vez que estes operadores

mesmo comercializando directamente com a SIC a transmissão destes canais nunca obteriam as vantagens do Grupo PT Multimédia adquiridas em virtude da sua cooperação no lançamento destes canais, a saber: o facto de serem os primeiros a oferecer um novo canal; o facto de auferirem receitas de publicidade.

314.º

Pelo exposto, verifica-se que a exclusividade atribuída ao Grupo PT Multimédia (quer no que respeita ao fornecimento de canais para a rede da CATVP, que no que respeita à comercialização desses mesmo canais com terceiros) não contribuiu para melhorar ou promover a produção e distribuição dos mesmos, uma vez que esta exclusividade não é necessária ao lançamento dos canais. O requisito da indispensabilidade, estatuído na alínea b) e da reserva aos utilizadores de uma parte equitativa do benefício, estatuído na alínea a), ambas do n.º 1 do artigo 5.º, nunca estariam preenchidos em relação à cláusula de exclusividade.

315.º

Tal significa que esta cláusula de exclusividade não pode ser justificada, não sendo necessário verificar se os restantes requisitos estão, ou não preenchidos.

316.º

Em suma, a cláusula de preferência encontra-se justificada por um período de quatro anos, nos termos do n.º 1 do artigo 5.º da Lei 18/2003, de 11 de Junho. A cláusula de exclusividade, que confere ao Grupo PT Multimédia o direito de comercializar em exclusivo com terceiros os canais SIC não merece um balanço económico positivo, ainda que este fornecimento exclusivo constitua uma contrapartida do direito de preferência atribuído à SIC.

1.5. Culpa

317.º

Nos termos do artigo 9.º do RGCO, aplicável por força do artigo 22.º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003, age com culpa quem actua com consciência da ilicitude do facto, ou quando o erro sobre a ilicitude lhe for censurável.

318.º

As arguidas SIC, PT MULTIMÉDIA e CATVP conhecem as normas que regem o funcionamento dos respectivos mercados, nomeadamente as que visam garantir o livre funcionamento da concorrência. Actuaram, pois, ao longo do tempo, com consciência de que os seus comportamentos violavam as regras da concorrência e que, como tal, eram ilícitos.

319.º

Não há causas de exclusão da culpa.

1.6. Duração da infracção

320.º

O ilícito contra-ordenacional cometido pelas arguidas SIC, PT MULTIMÉDIA e CATVP consubstancia-se num acordo de vontades que tem por objecto e por efeito restringir a concorrência no mercado do fornecimento de canais de acesso não condicionado, em português e produzidos em Portugal, por um lado, e no mercado de televisão por subscrição, por outro, através da atribuição de um direito de preferência e de um direito de exclusividade.

321.º

As cláusulas contratuais que formalizam este acordo entre as arguidas entraram em vigor em 27 de Março de 2000, por um período de 10 anos, com a possibilidade de renovação por mais cinco anos.

322.º

Até hoje as cláusulas mantêm-se em vigor, mantendo-se necessariamente o acordo de vontades que as consubstancia, porquanto, e como melhor supra explicitado, a infracção objecto deste processo de contra-ordenação ainda não cessou, estamos perante uma infracção permanente que se mantém há cerca de 6 anos e 4 meses.

2. Determinação da Coima**323.º**

Tal como no direito penal, onde não há pena sem culpa e a culpa decide da medida da pena, o mesmo se passa quanto às coimas por ilícitos contra-ordenacionais. Também à semelhança do direito penal, a aplicação de coimas em processo contra-ordenacional visa a protecção de bens jurídicos. A confiança da comunidade e, particularmente, a confiança dos agentes económicos e dos consumidores, na sua ordem jurídica e no livre funcionamento da concorrência tem de ser tutelada e firmemente protegida. Ou seja, também aqui se deve pretender dar resposta às exigências da prevenção e satisfazer o sentimento de reprovação que a prática do ilícito exige.

324.º

De acordo com o artigo 44.º da Lei n.º 18/2003, na determinação do montante da coima deverão ser tidos em conta, “*entre outras, as seguintes circunstâncias:*

- a) *A gravidade da infracção para a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado nacional;*
- b) *As vantagens de que hajam beneficiado as empresas infractoras em consequência da infracção;*
- c) *O carácter reiterado ou ocasional da infracção;*
- d) *O grau de participação na infracção;*
- e) *A colaboração prestada à Autoridade até ao termo do procedimento administrativo;*

f) O comportamento do infractor na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência.”

2.1. Da gravidade da infracção

325.º

Na avaliação da gravidade da infracção deve-se considerar não só o carácter da própria infracção mas também o seu impacto no mercado.

326.º

A presente infracção consubstancia-se em duas restrições. A primeira, derivada da cláusula de preferência, faz-se sentir no mercado da comercialização de canais, em português e produzidos em Portugal de acesso não condicionado. A segunda, decorrente da cláusula de exclusividade, afecta a concorrência no mercado dos serviços de televisão por subscrição.

327.º

Embora justificada nos seus primeiros quatro anos de vigência, a cláusula de preferência constitui um sério desincentivo à entrada de novos operadores. Sempre que qualquer empresa pretenda lançar um novo canal nacional através da rede do maior operador de serviços de televisão por subscrição, que é, aliás, o único que lhe garante uma cobertura nacional, ver-se-á sujeita ao escrutínio do seu projecto pela sua concorrente directa, a SIC, sendo a sua entrada condicionada pelo eventual interesse desta última no desenvolvimento do seu projecto. Esta restrição é grave na medida em que cria um sério perigo de encerramento do mercado e, consequentemente, constitui um obstáculo à inovação dos canais através da exploração de novos temas, afectando directamente o consumidor.

328.º

A restrição imposta pela cláusula de exclusividade, ao atribuir ao grupo PT Multimédia não só o fornecimento exclusivo, como também o direito exclusivo de negociar com terceiros a comercialização dos canais SIC, distorce as condições de concorrência em que as empresas actuam no mercado. A exclusividade atribuída ao Grupo PT Multimédia impossibilita a existência de uma situação em que as condições de concorrência são homogêneas e comuns a todas as empresas (*level playing field*) e cria, *a priori*, uma desvantagem competitiva aos concorrentes da CATVP, que se vêem obrigados a negociar com o seu maior concorrente os canais produzidos pelo seu maior fornecedor.

329.º

De tanto resulta que ambas as restrições da concorrência, em que se consubstancia a presente infracção, afectam directamente a estrutura concorrencial dos mercados relevantes. No mercado da comercialização dos canais nacionais de acesso não condicionado, esta infracção põe em causa o próprio acesso ao mercado, limitando a produção e, nessa medida, impedindo a inovação do mesmo. No mercado a jusante dos serviços de televisão por subscrição, esta infracção permite que o maior operador seja o único com acesso directo ao maior fornecedor de canais para a constituição do pacote básico, controlando ainda o fornecimento desses canais aos seus próprios concorrentes. Porquanto estamos em presença de uma infracção grave.

330.º

Alegam as arguidas PT Multimédia e CATVP que se as infracções objecto do processo fossem graves a DGCC - num primeiro momento - e a AdC - num momento posterior - teriam ordenado medidas cautelares. Como podendo não o fizeram, não pode agora a AdC considerar graves essas mesmas infracções.

331.º

Este argumento é desprovido de qualquer fundamento. O instituto das medidas cautelares tem por finalidade assegurar a eficácia da decisão final e justifica-se na necessidade de obviar o chamado *periculum in mora*, ou seja, evitar uma lesão grave e irreparável (ou de difícil

reparação) proveniente da demora na tutela do bem jurídico. Não serve de critério para aferir a gravidade de uma infracção.

2.2. Das vantagens para as empresas infractoras

332.º

Por vantagens das empresas infractoras entendem-se os benefícios retirados directa ou indirectamente pela prática proibida e não justificada, ou seja, os benefícios ilícitos. Nestes termos, apenas se consideram as vantagens retiradas pela empresa SIC e pela empresa PT Multimédia da cláusula de preferência oponível a terceiros, após os quatro primeiros anos e da cláusula de exclusividade, esta durante todo o período decorrido desde a celebração do Acordo de Parceria.

333.º

Sendo certo que a cláusula de preferência beneficia a empresa SIC e a cláusula de exclusividade beneficia a empresa PT Multimédia, Por seu lado a SIC, através do direito de preferência, adquire a possibilidade de impedir a entrada de novos concorrentes no mercado. Donde a sua vantagem consiste em manter-se ilicitamente protegida da pressão concorrencial de qualquer potencial e actual concorrente. Por seu lado a empresa PT Multimédia adquire a vantagem de controlar o fornecimento necessário à constituição da oferta base dos seus concorrentes no mercado da televisão por subscrição e adquirir indirectamente parte das receitas dos seus próprios concorrentes, quando recebe parte do preço que os mesmos pagam pela compra dos canais da SIC.

2.3. Do carácter reiterado ou ocasional da infracção

334.º

Na medida em que a Autoridade desconhece que as arguidas SIC, PT MULTIMÉDIA e CATVP tenham celebrado outros acordos semelhantes, a infracção tem um carácter ocasional, sendo as arguidas primárias.

2.4. Grau de participação na infracção

335.º

As arguidas SIC, PT MULTIMÉDIA e CATVP actuaram como autoras das infracções, nos termos supra expostos, sendo-lhes inteiramente imputáveis os factos em apreço.

2.5. Da colaboração prestada à Autoridade até ao termo do procedimento administrativo

336.º

Entendeu o legislador de 2003 introduzir entre os critérios de determinação da coima em processos relativos a ilícitos contra-ordenacionais no domínio jus-concorrencial a ponderação da “colaboração prestada à Autoridade, até ao termo do procedimento administrativo” - alínea e) do artigo 44.º da Lei n.º 18/2003.

337.º

No presente caso nenhuma das arguidas assumiu a sua participação ou ofereceu prova quanto à sua existência. Reconhecendo-se, em todo o caso, que as arguidas actuaram no processo em estrita conformidade com as normas aplicáveis, porque tal corresponde ao cumprimento dos respectivos deveres legais, não pode esta situação ser considerada como atenuante, tanto mais que o desrespeito de tais deveres é ele próprio punido contra-ordenacionalmente pela Lei n.º 18/2003.

2.6. Do comportamento do infractor na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência

338.º

Desde o despacho do ex-Secretário de Estado do Comércio e Serviços que aprovou a concentração SIC/Lisboa TV, ou seja, desde 28 de Agosto de 2001 as arguidas tomaram conhecimento da forte probabilidade de o Acordo de Parceria, por elas celebrado, conter cláusulas restritivas da concorrência, sendo, nesses termos, proibidas. Desde essa data as

arguidas nada fizeram para eliminar essas cláusulas proibidas, mantendo a sua resolução ilícita.

339.º

Não obstante, a AdC tem em consideração o lapso de tempo que decorreu entre a primeira nota de ilicitude e a presente decisão, por razões que não são imputáveis às arguidas.

2.7. Volume de negócios e moldura aplicável

340.º

Nos termos do artigo 43.º o limite máximo da moldura aplicável da coima é igual a 10% do volume de negócios no último ano das empresas a quem foram imputadas as infrações. Recorde-se que as sociedades CATVP e a PT Multimédia, para efeitos de aplicação da Lei da Concorrência, são consideradas uma única empresa. Sendo a primeira adquirida a 100% pela segunda, o volume de negócios a ter em conta será o da PT Multimédia – Serviços de Telecomunicações e Multimédia, SGPS, S.A..

341.º

Com base nos Relatórios e Contas ou documentos equivalentes juntos aos autos, fornecidos pelas arguidas, verifica-se que:

- a SIC – Sociedade Independente de Comunicação, S.A. realizou um volume de negócios no exercício de 2005 de € 135.460.196.
- a PT Multimédia - Serviços de Telecomunicações e Multimédia, SGPS, S.A., realizou no exercício de 2005 um volume de negócios consolidados de € 628.454.353.

342.º

Assim, nos termos do artigo 43.º da Lei n.º 18/2003, o limite máximo da moldura da coima a aplicar:

- à empresa SIC – Sociedade Independente de Comunicação, S.A., não pode exceder o montante de € 13.546.019.
- à empresa PT Multimédia, SGPS, S.A. não pode exceder o montante de € 62.845.435.

343.º

Considerados todos estes elementos, nomeadamente o desvalor da acção e o desvalor do resultado, a intensidade da realização típica e as exigências de prevenção geral, de prevenção especial positiva e de prevenção especial negativa, conclui-se pela aplicação das seguintes coimas:

- à empresa SIC – Sociedade Independente de Comunicação, S.A no valor de **€ 540 000 (quinhentos e quarenta mil euros)**.
- à empresa PT Multimédia – Serviços de Telecomunicações e Multimédia, SGPS, S.A. pela prática de 1 (uma) infracção ao disposto no n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, uma coima no valor de **€ 2.500.000 (dois milhões e quinhentos mil euros)**.

3. Outras medidas adoptadas pela Autoridade

344.º

Ao abrigo do artigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 28.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, na decisão de um processo sancionatório, a Autoridade pode, além de declarar a existência de uma prática restritiva da concorrência, e se for caso disso, “ordenar ao infractor que adopte as providências indispensáveis à cessação dessa prática ou dos seus efeitos no prazo que lhe foi fixado.”

345.º

Conforme a análise realizada, as cláusulas contratuais do Acordo de Parceria e do Contrato de Distribuição do Canal SIC Mulher, em análise na presente decisão, são restrições ilícitas à concorrência.

346.º

Nestes termos é ordenado às arguidas que, trinta dias úteis após a notificação desta decisão alterem os contratos acima referidos em conformidade com a presente decisão, eliminando as referidas cláusulas.

IV. DECISÃO

Tudo visto e ponderado, o Conselho da Autoridade da Concorrência decide:

Primeiro

As arguidas SIC – Sociedade Independente de Comunicação, S.A., PT Multimédia – Serviços de Telecomunicações e Multimédia, SGPS, S.A. e CATVP – TV Cabo Portugal, S.A., destinatárias da presente decisão, incorreram numa infracção, por um lado ao terem acordado em atribuir à SIC um direito de preferência no fornecimento de canais para o pacote básico da CATVP, preferência esta, que tem por objecto e por potencial efeito a restrição da concorrência no mercado nacional da exploração dos canais de acesso não condicionado, em português e produzidos em Portugal e, por outro, ao terem acordado ainda atribuir ao Grupo PT Multimédia um direito exclusivo no acesso e comercialização dos canais da SIC, exclusividade esta, que tem por objecto e por efeito a restrição da concorrência no mercado nacional dos serviços de televisão por subscrição. As arguidas violaram, assim, a proibição contida no n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

Segundo

Considerar inaplicável o n.º 1 do artigo 4.º da Lei 18/2003, de 11 de Junho, à cláusula que atribui à SIC um direito de preferência no fornecimento de canais para o pacote básico da CATVP, nos termos do n.º 1 do artigo 5.º da mesma Lei, por um período de quatro anos a contar da data de celebração do Acordo de Parceria.

Terceiro

Tendo em conta as considerações enunciadas na presente decisão, no disposto no disposto no artigo 44.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, é aplicada

- à empresa **SIC – Sociedade Independente de Comunicação, S.A.**, pela prática de 1 (uma) infracção ao disposto no n.º1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, uma coima no valor de **€ 540 000 (quinhentos e quarenta mil euros)**;
- à empresa **PT MULTIMÉDIA – Serviços de Telecomunicações e Multimédia, SGPS, S.A.** pela prática de 1 (uma) infracção ao disposto no n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, uma coima no valor de **€ 2.500.000 (dois milhões e quinhentos mil euros)**.

Quarto

Nos termos da alínea *b)* do n.º 1 do artigo 28.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, a Autoridade ordena às arguidas que cessem a prática e alterem o Acordo de Parceria e o Contrato de Distribuição do Canal SIC Mulher em conformidade com a presente decisão, no prazo de trinta dias úteis após a notificação da mesma.

Quinto

Nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 92.º e da alínea *b)* do n.º 2 e n.º 3 do artigo 94.º do RGCO, é fixado em **€ 250 (duzentos e cinquenta euros)**, o montante das custas a suportar por cada uma das empresas SIC e PT Multimédia.

Sexto

Adverte-se as arguidas, nos termos do art. 58.º do RGCO, que:

- a) A presente condenação torna-se definitiva e exequível se não for judicialmente impugnada nos termos do artigo 59.º do RGCO e do artigo 50.º da Lei n.º 18/2003;
- b) Em caso de impugnação judicial, o tribunal pode decidir mediante audiência ou, caso a arguida, o Ministério Público ou a Autoridade da Concorrência não se oponham, mediante simples despacho;
- c) Tornando-se definitiva ou transitada em julgado a presente decisão, a coima aplicada e as custas deverão ser pagas no prazo máximo de dez dias a contar do dia em que esta se torne definitiva ou transite em julgado, mediante guias a levantar na Autoridade da Concorrência;

d) Em caso de impossibilidade de pagamento tempestivo, deverá o facto ser comunicado por escrito à Autoridade da Concorrência.

Lisboa, 8 de Agosto de 2006

Professor Doutor Abel Mateus
Presidente do Conselho

Eng.º Eduardo Lopes Rodrigues
Vogal do Conselho

Dra. Teresa Moreira
Vogal do Conselho