

**AS TRANSMISSÕES TELEVISIVAS
DE EVENTOS DESPORTIVOS FACE AO
DIREITO COMUNITÁRIO DA CONCORRÊNCIA**

Alexandre Mestre

FDUNL N.º8 - 2001



Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
Working Papers

Working Paper 8 /2001

**AS TRANSMISSÕES TELEVISIVAS DE EVENTOS
DESPORTIVOS FACE AO DIREITO COMUNITÁRIO
DA CONCORRÊNCIA**

Alexandre Mestre

Nota: Os *Working Papers* da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa são textos resultantes de trabalhos de investigação em curso ou primeiras versões de textos destinados a posterior publicação definitiva. A sua disponibilização como *Working Papers* não impede uma publicação posterior noutra forma. Propostas de textos para publicação como *Working Papers*, *Review Papers (Recensões)* ou *Case-Notes (Comentários de Jurisprudência)* podem ser enviadas para: Miguel Poiars Maduro, maduro@fd.unl.pt ou Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Travessa Estevão Pinto, Campolide 1099-032 Lisboa.

As Transmissões Televisivas De Eventos Desportivos Face Ao Direito Comunitário Da Concorrência

Alexandre Mestre

1- DESPORTO E TELEVISÃO; 2- CONCORRÊNCIA E DESPORTO; 3- AS TRANSMISSÕES TELEVISIVAS DE EVENTOS DESPORTIVOS E O DIREITO COMUNITÁRIO DA CONCORRÊNCIA, 4. CONCLUSÕES

1-DESPORTO E TELEVISÃO

Inequivocamente, desporto e televisão são realidades que cada vez com mais acuidade se vão intersectando, união essa com dimensão tal que é mesmo possível defender-se hoje a existência de uma “paisagem audiovisual desportiva”¹. Desde logo, a televisão constitui um instrumento de promoção do fenómeno desportivo, quer desempenhando a sua missão de serviço público através da difusão dos desportos ditos “menores”, quer mediatizando ainda mais os desportos mais conhecidos do “grande público”².

Por outro lado, a televisão é já actualmente a maior fonte de rendimento gerada pelo desporto, ultrapassando largamente as receitas provenientes da bilheteira, muito pelo facto de os preços atingirem níveis que ultrapassam largamente o valor real dos eventos. Acresce a crescente liberalização do sector audiovisual, com o concomitante desenvolvimento da tecnologia digital e aparecimento da “Pay-TV” e do “Pay per view”, isto é, novos serviços ao dispor dos consumidores nos quais o desporto é um veículo fundamental. Refira-se ainda que , ameaçando mesmo a salvaguarda da ética desportiva e a imparcialidade jornalística, se assiste a uma crescente interpenetração de grandes grupos de comunicação social nos clubes ou sociedades anónimas desportivas.

Neste contexto a transmissão televisiva de eventos desportivos assume cada vez mais uma natureza comercial transnacional, ultrapassando quer a vertente lúdica e recreativa do desporto, quer as fronteiras nacionais. Pode mesmo dizer-se que a televisão é a principal responsável pelo facto de o desporto representar actualmente cerca de 3% do comércio mundial³, razão mais do que suficiente para se configurar este sector cada vez mais como uma actividade económica.

¹ Sobre este conceito, *vide* STÉPHANIE PISTRE, “Le cadre européen des retransmissions sportives audiovisuelles”, in *Légipresse* n. 137-II, Paris, Décembre 1996, p.145.

² Mormente o futebol e a Formula 1, cujas audiências atingem cada vez mais índices elevadíssimos.

³ A importância da televisão para o desporto e vice-versa levou mesmo a que nas “Premières assises européennes du sport”, realizadas em Olímpia a 21 e 22 de Maio, se tenha concluído que a televisão é

Precisamente ao constituir uma actividade económica, e na decorrência de jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades (TJC)⁴, o desporto deve submeter-se ao direito comunitário. Quer isto significar que as normas comunitárias são aplicáveis a toda a regulamentação emitida pelas entidades desportivas, salvo se estiverem em causa regras genuinamente desportivas, intrínsecas ao próprio desporto, isto é, regras não económicas, que interessam ao desporto enquanto tal ou regras relacionadas com a particular natureza ou o particular contexto de certas competições, desde que, naturalmente, sejam proporcionais aos objectivos prosseguidos⁵.

De entre o vasto elenco das normas gerais dos tratados que são aplicadas ao desporto, naturalmente que as normas comunitárias da concorrência assumem particular relevância, atenta a progressão geométrica com que o sector em apreço adquire *vestes* económicas. Tendo em conta que ainda não está bem definida a natureza e a extensão da referida aplicação, propomo-nos neste artigo tentar clarificar tal temática, concentrando-nos na questão da transmissão televisiva de eventos desportivos. Para tal privilegiaremos uma metodologia casuística, por via da análise do tratamento que Comissão Europeia, Tribunal de Primeira Instância (TPI) e Tribunal de Justiça das Comunidades (TJC) têm dado à matéria.

conditio sine qua non para a organização de eventos desportivos tais como os Jogos Olímpicos ou os Campeonatos do Mundo., in www.europa.eu.int.

⁴ Acórdão *Walrave e Koch*, de 12 de Dezembro de 1974, Proc. n.º 36/74, CJ (1974), p.1405; Acórdão *Donà*, de 14 de Julho de 1976, Proc. n.º 13/76, CJ (1976), p. 1333; Acórdão *Bosman*, de 15 de Dezembro de 1995, Proc. n.º 415793, p. 5040; Acórdão *Deliège*, de 11 de Abril de 2000, Procs. Conjuntos n.º C-51/96 e C-191/97; e Acórdão *Lehtonen*, de 13 de Abril de 2000, Proc. C-176/96.

⁵ Por forma a clarificar um pouco mais a intervenção da Comissão Europeia, enquanto detentora de competência exclusiva em matéria de direito da concorrência, o actual Comissário M.MONTI já por várias vezes frisou que as regras genuinamente desportivas não são em regra objecto de aplicação das normas comunitárias da concorrência. Em recente congresso, subordinado ao tema “Governance in Sports”, realizado a 26 e 27 de Fevereiro de 2001 em Bruxelas, e promovido em conjunto pelos COE, FIA e Sociedade de Advogados Herbert Smith, M.MONTI elencou tal tipo de regras. A saber: aquelas sem as quais o desporto não poderia existir, isto é, regras inerentes à organização do desporto ou das competições, desde que aplicadas de forma objectiva, transparente e não discriminatória; aquelas que são estritamente necessárias para manter um razoável grau de incerteza nos resultados, quais sejam as que proibam que clubes com o mesmo proprietário possam competir no mesmo torneio; aquelas que contribuem para a redistribuição dos recursos financeiros pelo desporto amador, desde que se provejam necessárias para preservar os essenciais benefícios culturais e sociais do desporto; aquelas que assegurem que os pequenos clubes são compensados pelo investimento no treino e formação dos atletas, desde que proporcionais aos objectivos prosseguidos.

2- DESPORTO E CONCORRÊNCIA

Antes de incidirmos na aplicação dos preceitos relevantes do Tratado para o tema em análise, urge fazer uma referência à natureza específica do desporto, ou seja, à diferença entre a chamada “concorrência desportiva” e a denominada “concorrência económica”. Esta especificidade não só dificulta transpor para o desporto o regime comunitário da concorrência, como também, de alguma forma, apela à derrogação deste. Especifiquemos pois onde residem as referidas diferenças.

Conforme sustenta A.N.CARVALHO⁶, *“é difícil aplicar no âmbito desportivo o esquema de raciocínio que subjaz às regras de protecção da concorrência, quer porque os clubes estão em concorrência entre si- não apenas quando praticam o mesmo desporto como quando praticam desportos diferentes- quer porque estão em concorrência igualmente, com qualquer outra empresa de espectáculo e de prestações publicitárias compreendendo as empresas de televisão, que são, aliás, os melhores clientes no mercado de radiodifusão”*. Por outro lado, os clubes estão directamente interessados não somente na existência contínua de outros clubes, mas igualmente na viabilidade económica dos concorrentes, o que redundará numa concorrência singular e paradoxal, dado que se cada clube pretende terminar a época no topo, concomitantemente tem um interesse directo no sucesso dos outros clubes, de cujo valor comparável e solidez financeira depende o sucesso da competição. Há, pois, uma dependência recíproca entre os clubes;

Acresce o facto de o sucesso da competição maximizar o interesse dos espectadores do espectáculo desportivo, ou seja, os consumidores do produto que é o espectáculo, pelo que é legítimo concluir que a grande percentagem da massa de adeptos continua fiel aos seus clubes mesmo quando estes não obtêm o sucesso ou quando os plantéis têm menor qualidade, porquanto há umnexo causal entre o sucesso desportivo e a ligação emocional dos adeptos do clube. Por essa razão A.PAPELLARDO e N.PARISIS⁷ sustentam o seguinte: *“la concurrence se définit, en règle générale, comme la possibilité, qui s’offre aux consommateurs, d’opérer un choix entre différentes options. Or il nous semble clair que l’événement sportif, lié comme il est, par sa nature même, à un lieu déterminé, n’offre que peu de possibilités de choix, dans le sens indiqué. Certes,*

⁶ A.NUNES DE CARVALHO, “Jurisprudência crítica. Caso Bosman: liberdade de circulação dos trabalhadores; regras de concorrência aplicáveis às empresas; jogadores profissionais de futebol (anotação)”, in Revista de Direito e Estudos Sociais, a. 37, Janeiro/Dezembro, Lisboa, 1996, p. 245.

les “consommateurs” se déplacent souvent, mais en général, pour suivre l’équipe préférée”.

Naturalmente que no âmbito destas particularidades próprias do desporto estão os direitos de transmissão televisiva de eventos desportivos. Tanto assim é, que o ex-Comissário VAN MIERT⁸ chegou a proferir a seguinte frase: “(...) *le secteur de vente de droits de radiodiffusion ne peut pas non plus être exposé à un “libre marché”. Des mesures pour préserver l’identité culturelle, la langue et le pluralisme affectent ce marché”.*

Não se conclua, porém, que todas estas particularidades legitimam uma não aplicação das regras comunitárias da concorrência ao desporto em geral e às transmissões televisivas do mesmo em particular⁹. Com efeito, a intenção da Comissão é a de distinguir e conciliar o mais claramente possível o respeito pelo princípio de uma sã concorrência e os requisitos de uma política desportiva¹⁰. Prova disso mesmo são os cinco princípios que os ex- Comissários VAN MIERT, M. OREJA e FLYNN definiram¹¹. A saber:

- salvaguarda do interesse geral face à protecção dos interesses dos privados;
- obrigação de actuação da Comissão Europeia sempre que haja interesse comunitário;
- aplicação, sempre que possível, da “regra *de minimis*” em relação a acordos de importância menor dos quais não resulte uma afectação substancial do comércio entre Estados-membros;
- aplicação dos quatro critérios de autorização previstos no artigo 85º/3 TCE (agora, artigo 81º/3 TCE), sem que tais isenções possam infringir outros dispositivos do TCE, em particular os que consagram a livre circulação dos desportistas;
- a definição dos “mercados relevantes” deve ter em conta as regras gerais, mas adaptar-se às especificidades de cada desporto.

⁷ “Le droit de la concurrence et le sport professionnel par équipe: quelques appréciations critiques sur la notion de marché en cause en marge de l’affaire Bosman”, in Revue du Marché Unique Européen 1/96, p. 64.

⁸ “Sport et concurrence: développements récents et action de la Commission”, discurso proferido no Forum Europeu do Desporto a 27 de Novembro de 1997, in www.europa.eu.int.

⁹ Vide documento interno adoptado pela Comissão a 24 de Fevereiro de 1999- “Orientations préliminaires sur l’ application des règles de concurrence au secteur du sport”, in www.europa.eu.int.

¹⁰ Vide JEAN-FRANÇOIS PONS, “Sport and European Competition Policy”, discurso proferido no Fordham Corporate Law Institute, no quadro da 26ª Conferência anual subordinada ao tema “International Antitrust Law & Policy, Nova York, 15 e 15 de Outubro de 1999, www.europa.eu.int

¹¹ Em discurso proferido a 24 de Fevereiro de 1999, www.europa.eu.int.

Com base nestas premissas passaremos então, de seguida, a analisar a aplicação das normas comunitárias da concorrência concretamente às transmissões televisivas de eventos desportivos.

3. AS TRANSMISSÕES TELEVISIVAS DE EVENTOS DESPORTIVOS E O DIREITO COMUNITÁRIO DA CONCORRÊNCIA

3.1. O artigo 85º TCE (agora, artigo 81º TCE)

O artigo 85º TCE (agora, artigo 81º TCE) considera nulos de pleno direito “*todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum*”. Temos, pois, três condições cumulativas para aplicação do citado preceito:

1. Que haja um acordo entre empresas; uma decisão de associação de empresas; ou uma prática concertada;
2. Que o comércio intracomunitário seja afectado;
3. Que opere uma restrição da concorrência.

No âmbito das transmissões televisivas de eventos desportivos, para aferirmos da aplicação do artigo 85º do TCE (agora, artigo 81º do TCE), caberá tentar subsumir conceitos como “empresa”, “acordos”, “comércio” ou “concorrência” a um sector de actividade que, como aliás foi expressamente reconhecido no Conselho Europeu de Nice, tem especificidades próprias¹².

O TJC define empresa como “*toda a entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento*”¹³. Esta noção tem um conteúdo comunitário, ou seja, é independente das concepções dos diversos direitos nacionais. Pode tratar-se de uma pessoa física; de uma sociedade civil ou comercial; de uma fundação; de uma associação, entre outras formas, não sendo necessário que prossiga um fim lucrativo . Basta estarmos em presença de uma organização autónoma de elementos materiais e imateriais que tenha por fim a realização de um objectivo económico, à margem da personalidade jurídica adoptada.

Assim sendo, considerar-se-ão como empresas um comité organizador de uma manifestação desportiva internacional ou os clubes desportivos, por mais que o movimento associativo desportivo argumente o contrário. Um pouco incompreensivelmente, porventura numa concepção já ultrapassada, também o Comité

¹² Vide Anexo IV às Conclusões da presidência francesa, Conselho Europeu de Nice- 7, 8 e 9 de Dezembro de 2000.

¹³ Acórdão do TJC de 23 de Abril de 1991, *Hofner e Elser*, CJ (1979), p.I-1979, parág. 21.

das Regiões¹⁴ sublinha que os clubes desportivos não são empresas e que as associações desportivas não são organizações industriais no sentido do direito económico, mas sim associações que desempenham determinadas missões públicas essenciais. Só podemos compreender esta tomada de posição do Comité das Regiões se este não estiver a aplicar a noção de empresa na acepção comunitária do termo, a que vimos de referir.

Devem ainda ser considerados como empresas inúmeros outros agentes desportivos, designadamente os atletas, tenham ou não contrato de trabalho, bem como os fabricantes e distribuidores de equipamentos desportivos. Obviamente que, e face ao supra-referido, também devem ser consideradas empresas as federações internacionais, o que aliás já foi expressamente reconhecido não só pela referida jurisprudência do TJC, como também pelo Tribunal de Primeira Instância das Comunidades (TPI)¹⁵.

A primeira das condições do artigo 85º do TCE (agora, artigo 81º do TCE) aplica-se, pois, às federações que emitem regulamentações sobre os direitos de transmissão televisiva de eventos desportivos. Atenta a estrutura piramidal na qual assenta o modelo europeu do desporto, essas regulamentações são emitidas por confederações mundiais, cuja observância pelas federações nacionais é naturalmente exigida. Importa, pois, aferir se tais regulamentações traduzem acordos entre empresas ou decisões de associações de empresas, na acepção do preceito em apreço. Ainda que possa parecer despiciendo traçar esta diferença em virtude de o artigo 85º do TCE (agora, artigo 81º do TCE) congregar os dois conceitos, a distinção é mesmo importante. De facto, para efeito de custas judiciais e pagamento de indemnizações findo um litígio dirimido em tribunal, interessa saber se é o clube ou a (con)federação que deve assumir tal pagamento. Por outro lado, para efeitos de aplicação do artigo 86º do TCE (agora, artigo 82º do TCE), é curial saber se estamos em presença ou não de uma só empresa.

A Comissão Europeia, respectivamente nas decisões de 15 de Dezembro de 1982¹⁶ ; de 7 de Dezembro de 1984¹⁷ e de 16 de Fevereiro de 1994¹⁸, considerou associações de empresas as associações de comércio cujos membros eram outras associações de comércio. Concluiu pois que uma “federação de associações” constitui

¹⁴ Parecer sobre o Modelo Europeu do Desporto, 16 de Setembro de 1999, p. 11.

¹⁵ Acórdão do TPI (Primeira Secção), de 9 de Novembro de 1994, *Scottish Football Association c. Comissão*, Proc.T 46/92, CJ p.II- 1039. Este caso que implicava o futebol profissional, a Federação Escocesa de Futebol foi objecto de uma decisão da Comissão, da qual recorreu, sem nunca ter contestado o estatuto de empresa.

¹⁶ Decisão *BNIC*.

¹⁷ Decisão *Milchförderungsfonds*.

uma associação de empresas. Nesta lógica poder-se-ia afirmar com segurança que as federações nacionais configuram uma associação de clubes, e as confederações desportivas internacionais uma federação de associações de clubes, parecendo então dever assimilar-se as federações desportivas ao conceito de associações de empresas. Sucede, porém, que tal assimilação pode colocar algumas dificuldades porquanto as federações não reúnem unicamente clubes profissionais. Com efeito, inúmeros clubes amadores há filiados nas respectivas federações nacionais, sem que exerçam qualquer actividade materialmente económica¹⁹.

Seja como for, estamos em crer que o que faz mais sentido é mesmo considerar as confederações desportivas como associações de empresas, porquanto devem ser vistas como uma “soma” de clubes, ao invés de serem separadas cada uma numa estrutura própria. Daí que defendamos que as regras emitidas pelas federações sejam “decisões de associações de empresas”, dado as mesmas traduzirem a expressão de uma vontade colectiva de variadas empresas (clubes) agrupadas no seio de uma estrutura comum, com vista a que todos os membros adoptem um comportamento uniforme e determinado, sob pena de serem responsabilizados, *maxime* excluídos. Há, pois, uma fiel expressão da vontade da associação em coordenar o comportamento dos seus membros sobre o mercado.

Quanto à afectação do comércio entre Estados-membros, tomemos o exemplo das regras federativas que prevêm uma centralização dos direitos televisivos²⁰, matéria que abordaremos com maior profundidade mais adiante. Ora as práticas comerciais daí advenientes afectam quer a concorrência entre os participantes desses eventos, quer entre os próprios operadores televisivos. Com efeito, a restrição na concorrência é evidente desde logo entre clubes, dado ser lógico que um grande clube, com um número considerável de adeptos e potenciais patrocinadores, consegue através de uma negociação individual obter maiores ganhos financeiros do que num “package deal”. Por outro lado, na ausência de um sistema centralizado, seria muito mais viável a

¹⁸ Decisão *Ciment*.

¹⁹ O Advogado Geral OTTO-LENZ, nas suas conclusões apresentadas no “Caso Bosman”- parág. 256- considerou que esta particularidade não tem qualquer influência. Ainda assim, no Relatório Preliminar do “Caso Balog”, que não chegou a ter uma decisão final por ter entretanto deixado de existir o objecto da causa, Proc. nº C-264/98- o juiz ANTONIO DE LA PERGOLA definiu como “delicada” a relação entre desporto e concorrência, indicando como particular caso esta mesma assimilação- p.13.

²⁰ Tal centralização ocorre, entre outros países, na Holanda e no Reino Unido. Já não é esse o caso, por exemplo, em Portugal, Itália e Espanha, onde os clubes podem negociar sozinhos de forma directa com o operador.

entrada no mercado de outros operadores televisivos que não aquele que vai deter a exclusividade.

Neste contexto, a centralização dos direitos só é compatível com o mercado comum se obedecer aos quatro critérios cumulativos previstos no n.º 3 do artigo 85.º do TCE (agora, artigo 82.º do TCE). Terá que se considerar preenchido um balanço económico para que ocorra a inaplicabilidade das disposições do número 1, o que sucederá por via de isenções individuais ou por categoria a conceder pela Comissão Europeia, mediante requerimento das empresas interessadas que verifiquem ou não duvidem da existência de uma livre concorrência. Para efeitos da centralização da venda dos direitos de transmissão televisiva de eventos desportivos, a referida inaplicabilidade ocorrerá se se provar que tal sistema contribui para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos em causa, promovendo o progresso técnico ou económico do desporto, contanto que aos clubes se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante. No fundo, a excepção é permitida desde que o balanço económico prove um nexo de causalidade entre a venda em colectivo e o progresso obtido para o desporto em geral, e para os clubes em particular. Por outro lado, a ênfase dada ao consumidor significa que não basta que do acordo derivem ganhos de produtividade; é necessário que os mesmos se repercutam no consumidor, no caso o (tel)espectador, amante da competição que vai ser televisionada.

Tal cenário será possível de configurar se das receitas provenientes da venda em colectivo resultar uma posterior redistribuição ente os clubes mais ricos e os clubes mais pobres participantes na competição, algo que assegurará um maior equilíbrio competitivo, vital para assegurar a tão almejada incerteza nos resultados, traço distintivo da “concorrência desportiva” e seus necessários mecanismos de solidariedade.

3.2. O artigo 86.º do TCE (agora, artigo 82.º do TCE)

O artigo 86.º do TCE (agora, artigo 82.º do TCE) dispõe o seguinte: “*É incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste.*”.

Por conseguinte, uma empresa viola o artigo em apreço mediante a verificação cumulativa das seguintes duas condições:

- se a empresa ocupar uma posição dominante no mercado relevante em causa;

- se a empresa abusar dessa posição dominante, agindo de forma anti-concurrenial

Tomemos novamente como exemplo as normas federativas nas quais se prevê a vinculação dos membros nelas filiados a um sistema de venda centralizada dos direitos de transmissão televisiva dos eventos onde participam. A qualquer clube que se filie numa federação não assiste outra escolha senão sujeitar-se a tal imposição, pelo que as federações gozam de um poder económico tal que lhes permite abusar da posição dominante que detêm quer na organização das competições quer na exploração comercial das mesmas²¹.

Efectivamente, as federações nacionais podem adoptar comportamentos de forma independente face a outras empresas que operam nos mesmos mercados relevantes, designadamente os clubes, os operadores televisivos, os adeptos e os (tel)espectadores. E a não ser que a imposição de uma venda em colectivo dos direitos televisivos seja objectivamente justificada, estamos nitidamente em presença de um abuso de posição dominante.

3. 3. A necessidade de definir o “mercado relevante”

Na medida em que os preceitos supra-explanados têm como requisito fundamental a existência de um mercado no qual urge assegurar a manutenção de uma sã concorrência, a aplicação de ambos só é possível se previamente definirmos o mercado relevante no qual se inserem as empresas em causa. Veremos de seguida o quão difícil é esta tarefa, designadamente em sede do tema objecto deste artigo.

As autoridades nacionais de defesa da concorrência na União Europeia tendem a considerar os mercados de transmissão televisiva como nacionais, ainda que seja evidente quer o facto de muitas das empresas envolvidas serem multinacionais, quer a circunstância de a cobertura televisiva abranger muitas vezes o mundo inteiro²².

De acordo com a Comissão Europeia, o “mercado relevante” compreende todos os produtos e/ou serviços que são considerados pelo consumidor como inter-mutáveis ou substituíveis, em função das características, dos preços e do uso prosseguido dos

²¹ No mesmo sentido, *vide* M.BELOFF QC, T.KERR e M.DEMETRIOU, *Sports Law*, Oxford, Hart Publishing, 1999, p.153

²² Por exemplo, o *Bundesgerichtshof*, que é o supremo tribunal alemão em matéria civil, na sua sentença de 11 de Dezembro de 1997, cujo objecto eram as prévias sentenças quer do *Bundeskartellamt*- autoridade alemã para a defesa da concorrência- quer do *Kammergericht*, tribunal re recurso, que se havia pronunciado sobre os direitos televisivos relativos a jogos europeus de futebol.

produtos e/ou serviços²³. Os dois principais elementos da definição do mercado relevante são o mercado do produto e o mercado geográfico²⁴. Naturalmente que quanto mais definido ou circunscrito estiver o mercado, mais facilmente se conclui se a empresa em causa exerce ou não uma posição dominante.

O mercado *lato sensu* pode definir-se como o ponto de encontro entre a oferta e a procura de um produto, seja uma mercadoria concreta, seja um serviço. Quanto mais reduzido ou delimitado for um mercado, mais fácil se torna aferir, por exemplo, se uma empresa está (ou não) em posição dominante. De facto, para se poder concluir este tipo de situação, é necessário proceder por etapas. Primeiramente a definição do “mercado relevante”. Só depois a determinação da dominação desse mercado²⁵.

Apesar de a análise da definição do mercado depender, em grande medida, dos factos de cada caso, alguns traços gerais podem extrair-se de algumas das mais relevantes decisões da Comissão Europeia, assim como da jurisprudência do TJC e do TPI. Com efeito, em geral, o mercado relevante pode ser analisado em diferentes perspectivas como o sejam o conteúdo do programa, o mercado de aquisição dos direitos televisivos e os diferentes mercados consoante os serviços oferecidos e os que do mesmo beneficiam.

Mas se o mercado de transmissões televisivas aparenta ser um mercado separado, pode, por seu turno, ser dividido em mercados mais específicos, consoante o desporto em causa, seja ele o futebol, a Formula 1, ou qualquer outro. O conteúdo dos programas actuais de televisão e o advento dos canais de vocação especializada são os principais factores que permitem estabelecer este tipo de separação.

²³ Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência, JO C 372, de 9 de Dezembro de 1997, parág.7.

²⁴ O mercado geográfico é o território sobre o qual todos os operadores económicos em causa se encontram expostos às condições objectivas de concorrência, que são similares ou suficientemente homogéneas- está em causa uma espécie de “acessibilidade” comum.

²⁵ Não é em termos de autoridades nacionais responsáveis pela concorrência que se encontram as maiores divergências quanto à concepção de mercado relevante no que respeita a direitos televisivos. Indiquem-se três excepções: o Conselho da Concorrência português (Decisão de 6 de Março de 1997, Processo nº 1196- Práticas anticoncorrenciais no mercado dos direitos de transmissão televisiva de encontros de futebol profissional) delimita um “mercado dos direitos de transmissão televisiva em encontros de futebol”; em Espanha, na Decisão do Tribunal de Defesa de Competencia (Decisão de 10 de Junho de 1993, *Gestelevision telecinco SA c. Real Federación Española de fútbol*, Proc. Nº 319/92, LNTF) foi circunscrito o “mercado dos direitos de transmissão televisiva de competições futebolísticas de interesse nacional, bem como de competições internacionais que atraem um interesse similar”; já o *Bundeskartellamt*, no caso *Deutscher Fussball-Bund e V. e outros c. Bundeskartellamt*- ECC 444, identificou um “mercado de transmissões televisivas de espectáculos desportivos, sendo que os espectáculos de futebol são os mais importantes”.

Na determinação do mercado relevante, também a forma de transmissão deve ser tida em consideração. Assim, no “Caso *Bertelsman/CLT*”²⁶, a Comissão defendeu que o mercado de direitos televisivos de eventos desportivos pode ser distinguido do mercado relativo à transmissão de outro tipo de programas, atendendo às especificidades daquele mercado, que compreendem o facto de os acordos de venda ocorrerem em regra antes de os eventos terem lugar, assim como a particularidade de *a priori* constituírem já um garante de uma boa audiência e serem altamente propícios à publicidade. De forma similar, nos adiante explanados casos *Screensport*” e “UER” a Comissão defendeu a especificidade e a unicidade do mercado da transmissão televisiva de eventos desportivos.

No que concerne ao mercado “pay-TV”, a Comissão defende que o “pay-per-view” forma um mercado separado”, por ser um mero segmento daquele²⁷. Por maioria de razão, tem vindo a declarar que o mesmo mercado deve ser separado dos canais de acesso aberto, seja este último de natureza pública ou tenha vocação comercial. A principal razão para esta diferenciação prende-se com o facto de enquanto num canal “pay-TV” a relação comercial se estabelece apenas entre o fornecedor do programa e o telespectador enquanto subscritor, no acesso aberto de televisão o comércio estabelece-se entre o fornecedor do programa e a indústria publicitária, sendo esta última a fonte de financiamento do canal. Acresce que, se por um lado, o principal objectivo dos canais “pay-TV” é quer ir ao encontro dos interesses do publico-alvo (grupo de subscritores) quer aumentar o mais possível os preços de subscrição, já no que respeita aos canais abertos o grande fito é a obtenção de elevadas taxas de audiência e publicidade. Caso sintomático é a Decisão *RTL/Veronica/Endemol*²⁸, na qual a Comissão defendeu que a aquisição de direitos por canais de “pay-TV” constitui em si mesmo um mercado separado, sendo que o mercado de direitos televisivos em geral, constitui também ele, um mercado separado.

No que respeita à natureza dos serviços por cabo *lato sensu*, constituem um mercado separado, porquanto importa distinguir uma transmissão operada sob a forma analógica, de uma transmissão digital. É que os sinais emitidos em frequência terrestre, via satélite ou através de redes de cabo apresentam condições técnicas e custos substancialmente diferentes. A delimitação do mercado do produto deve, efectivamente,

²⁶ Decisão *Bertelsmann/News International/Vox*, de 6 de Setembro de 1994, JO C 274.

²⁷ Comunicação da Comissão relativa à definição de “mercado relevante” para efeitos do direito comunitário da concorrência, JO C 372 de 9 de Dezembro de 1997, p.5. parág. 13.

passar pela procura de produtos capazes de satisfazer um mesmo desejo/necessidade de uma dada categoria de utilizadores. Falamos em concreto do conceito da “substituabilidade”.

3.3.1. A “substituabilidade”

Em termos económicos, o que importa aferir é a elasticidade da oferta que assenta na seguinte questão: será que os produtores se podem rapidamente²⁹ adaptar por forma a oferecer um produto equivalente e de qualidade comparável ao produto de referência? Pode manter-se uma concorrência efectiva através de prestações de natureza totalmente diferente, mas que procurem uma satisfação similar?

Se entre um filme e um jogo de futebol a substituabilidade pode (ou não) ser objectivamente confirmada³⁰, já no que respeita às preferências dos consumidores no sector desportivo, não restam dúvidas de que são altamente subjectivas, porque a diferenciação do produto é dificilmente mensurável, com evidentes efeitos na difícil aferição da sua intermutabilidade³¹. Não é fácil interpretar a percepção do consumidor, sendo que o grau de substituabilidade depende de um feixe de índices ou um conjunto de elementos muito complexos.

Novamente, a solução passa por uma análise casuística, mas não deixa de ser igualmente possível indicar certas directrizes gerais. Desde logo, se pensarmos na influência que o mercado geográfico pode ter nos eventos desportivos, os telespectadores estão normalmente mais interessados em assistir a um jogo no qual estejam presentes a equipa ou os jogadores da sua nacionalidade³². A fidelização à equipa da preferência (à qual se devota por vezes um autêntico fanatismo) leva igualmente a que a variação de preços na venda de equipamentos relativo à equipa A não tenha qualquer consequência quanto à procura pela parte dos adeptos dessa equipa relativamente a equipamentos da equipa B, por mais baratos que sejam...

²⁸ Decisão de 20 de Setembro de 1995, JO L 134, p.1996.

²⁹ No Acórdão do TJC de 21 de Fevereiro de 1973, *Europemballage e Continental Can*, Proc. nº 6/72, CJ (1972), p. 215, o TJC considera que o produto substituível deve ser encontrado “sem grande dificuldade”.

³⁰ Para além dos filmes, podem elencar-se os demais programas de ficção, documentários; programas de cultura, informação; concursos, entre outros programas televisivos.

³¹ Há, todavia, posições simplistas que concluem a substituabilidade de um programa através da preferência dos consumidores por um em detrimento de outro. Acontece que há a dificuldade prévia de concluir seguramente por uma preferência.

³² A efemeridade do espectáculo desportivo pode ter como consequência que um desporto seja muito popular apenas num certo período de tempo, pelo que a substituabilidade desse desporto específico pode variar de tempos a tempos.

Por outro lado, as preferências desportivas variam em regra consoante as tradições desportivas de cada país: enquanto o rãguebi ou o *cricket* são admirados sobretudo no Reino Unido, são-no praticamente desconhecidos na Grécia; o hóquei sobre o gelo é outro exemplo, porque quase só merece atenção especial nos Estados escandinavos³³. Nestes casos a substituabilidade entre os desportos para os adeptos é muito reduzida. Não é alheia a esta conclusão a constatação de que 75% do total do tempo de antena relativo ao desporto se concentra em apenas seis modalidades, sendo que se o futebol continua a ser o desporto mais televisionado- 31, 28% das horas totais- o basquetebol, que é também um desporto muito popular, não ultrapassa porém as 7, 96% de horas na televisão³⁴.

Outro elemento que determina ou influencia os níveis de audiência é a língua utilizada pelos comentadores desportivos de cada canal televisivo, tendo em conta que o sector da venda de direitos de transmissão televisiva supõe a defesa das especificidades próprias da identidade cultural, da língua e do pluralismo³⁵. Conexos ainda com a audiência podem referir-se factores como o posicionamento classificativo dos clubes/atletas intervenientes; a qualidade e dinâmica do espectáculo ou competição, entre outros.

É certo que, tal como se verifica na música, o desporto é uma das áreas menos afectadas pelas divergências culturais, o que, por estas razões, atrai bastantes canais transnacionais. Desde que os telespectadores conheçam as regras do jogo a que estão a assistir, é o jogo ou a *performance* dos atletas, e não o comentário a estes, que mais lhes interessa. Ainda assim, presentemente, só em casos muito excepcionais se poderá definir um mercado como “não-nacional” ou “não-linguístico”.

Na análise da substituabilidade, também não será despiciendo distinguir os casos em que está em causa um jogo numa fase inicial de uma prova, ou um jogo de uma

³³ “European countries have different cultural attitudes to different sorts of sports, in other words what is popular in one country may not be in another. Secondly, within European broadcasting, the centrality of public service broadcasting has resulted in a very national centred view and presentation of sport”- STEVE BARMET, “TV World Special Report”, in Sports: the price of admittance, TV World, April 1992, p.200.

³⁴ A quantificação destes dados vai ao encontro da adiante explanada Decisão UER, na qual se concluiu que os programas desportivos atingem uma audiência facilmente identificável que constitui um alvo especial para certos anunciantes de relevo, o que não pode ser facilmente atingido por outros programas.

³⁵ Na já referida Decisão *Bertelsmann/News International/Vox*, relativa à compatibilidade com o mercado comum de uma operação de concentração, a Comissão estatuiu que o mercado de transmissão é ainda limitado em inúmeros casos às fronteiras nacionais, precisamente em razão das naturais diferenças culturais e linguísticas.

final; o facto de a transmissão ser em directo ou em diferido; o tempo da transmissão- se total, se parcial- entre outros circunstancialismos.

Perante tanta dificuldade, pode apenas, genericamente, concluir-se o seguinte: em cada situação é necessário incidir nas expectativas e motivações das diferentes tipologias de clientes-alvo face ao serviço/produto, por forma a segmentar os diferentes mercados e posteriormente analisar-se cada um desses segmentos. Aí se confrontarão os desejos expressos de uma parte com a oferta existente na outra.

3.4. A centralização da venda dos direitos de transmissão televisiva de eventos desportivos

3.4.1.A titularidade dos direitos

Os direitos de transmissão televisiva³⁶ consistem na possibilidade de o organizador de uma manifestação desportiva autorizar o acesso ao local onde a dita se desenrola a uma ou mais equipas de filmagem e radiodifusão. Consiste, no fundo, àquilo que o direito alemão define como “consentimento de ingerência”. Feita esta tentativa de definição, temos, pois, como adquirido, que a possibilidade de transmissão televisiva de um evento desportivo depende sempre do reconhecimento da titularidade de um determinado direito. Com efeito o operador televisivo tem sempre de deter uma licença para filmar o evento, ou seja, um “direito de transmissão”, a cujo titular deve ser requerida uma concessão, tal “consentimento”³⁷.

Muito modestamente entendemos que mais importante do que qualificar o direito subjacente a tal consentimento, é aferir quem é o titular do mesmo. No entanto, importa que se refira o facto de entre nós, OLIVEIRA ASCENSÃO ser defensor da

³⁶ Sobre este tema, *vide* Resolução do PE de 22 de Maio de 1996- PE Doc. B4-0326/96, bem como os Relatório e Resolução de 19 de Setembro de 1996 relativos ao serviço público de televisão- PE Doc. A4-0243/96. *Vide* também a Resolução do Comité das Regiões-JOCE C 379, de 15 de setembro de 1997.

³⁷ A este respeito, e no que concerne à legislação portuguesa importa ter presente a Lei de Bases do Sistema Desportivo- Lei nº 1/90, de 13 de Janeiro, ratificada por declaração publicada no DR, I Série, nº 64, de 17 de Março de 1990, e alterada pela Lei nº 19/96, de 25 de Junho. É o seguinte o texto do artigo 19º: “1- Por diploma regulamentar, ouvidos os organismos desportivos competentes, e sem prejuízo da legislação geral aplicável, são estabelecidas as categorias de agentes públicos a quem, para o cabal exercício das suas funções, é reconhecido o direito de livre entrada em recintos desportivos.. 2- É garantido o direito de acesso a recintos desportivos de profissionais da comunicação social no exercício da sua profissão, sem prejuízo dos condicionamentos e limites a este direito, designadamente para protecção do direito ao espectáculo, ou de outros direitos e interesses legítimos dos clubes, federações ou organizadores de espectáculos desportivos, em termos a regulamentar.”.

existência de um “direito ao espectáculo”³⁸, terminologia igualmente acolhida por JOSÉ AUGUSTO GARCIA MARQUES³⁹. Ainda assim não deixamos de reconhecer que no que concerne à aplicação dos tratados, esta discussão é estéril. Com efeito, do texto do artigo 222º do TCE (agora, artigo 295º do TCE) resulta claro que a questão de saber se os direitos pertencem aos clubes, aos organizadores dos eventos, ou às federações desportivas, está fora da alçada do TCE. Consequentemente, a Comissão Europeias não pode pronunciar-se nem decidir a este respeito, tarefa que fica a cabo das autoridades nacionais competentes no domínio da concorrência⁴⁰.

Essa tarefa normalmente incide na tomada de posição sobre as várias concepções que existem quanto à titularidade dos direitos de transmissão televisiva. Pode-se mesmo sistematizar três diferentes teorias: a teoria corpórea, a atribuição de direitos por via legal; a teoria empresarial.

³⁸ “O direito ao espectáculo”, Separata do “Boletim do Ministério da Justiça” n.º 366, pp.5-18. Analisando no prisma do direito civil português, o autor afasta o direito de propriedade sobre o espectáculo que as empresas/os organizadores reclamam : “(...) os clubes gozam do direito de fruição correspondente, quando não forem os proprietários dos estádios. Sobre eles exercem a disciplina respectiva. E cabe-lhes marcar as condições de acesso, pois os estranhos não podem penetrar no círculo que lhes é reservado sem a devida autorização. Tudo isto deriva em linha recta da afirmação do direito de propriedade. O problema agudiza-se, porém, em consequência do carácter público do espectáculo. Se este é destinado a toda a gente, em princípio, parece que quem quer do público tem o direito de penetrar no recinto, desde que se sujeite aos condicionamentos gerais- e particularmente, à compra do bilhete de entrada. Portanto, o invocado direito de propriedade permite condicionar o acesso ao recinto mas não vedá-lo a quem satisfaça os condicionamentos estabelecidos, em princípio”.

Para além de refutar o direito de propriedade, afasta o direito de autor porque o espectáculo desportivo público não cria nem sequer implica a utilização de obras literárias ou artísticas, nem os atletas não podem, ser considerados artistas precisamente por não executarem as tais obras literárias ou artísticas. Conclui ainda não ser possível defender a existência de um novo direito intelectual cujo objecto é um bem incorpóreo- no caso o espectador desportivo- atenta a tipicidade dos direitos intelectuais. O autor também não fundamenta a sua tese com o direito à imagem, dado não estar em causa a tutela da vida privada do atleta, mas sim um espectáculo desportivo público.

Já é acolhida, essa sim, a tese da relação contratual que se estabelece entre clube e espectador, dado que os clubes desportivos têm a faculdade de restringir certos tipos de utilização aos espectadores e de, por outro lado, atribuírem lugares especiais para se captarem as imagens para a televisão. No entanto, Oliveira Ascensão entende que esta ainda não é a tese completa e suficiente, acabando por adoptar a orientação de um “direito ao espectáculo, o que sustenta da seguinte forma: “(...) não temos dúvida em afirmar que esse direito cabe ao organizador do espectáculo- que nos parece não haver interesse em distinguir do empresário. (...) quem tem o domínio do conjunto é o empresário. Só a ele é reconhecido o direito de exclusão em relação às transmissões do espectáculo. O empresário tem um direito de utilização do recinto. Não é necessário supor que tenha a propriedade do recinto (...) o direito do empresário ao espectáculo é um exemplo acabado de costume praeter legem vigente na ordem jurídica portuguesa (...) diremos que o direito da empresa que organiza o espectáculo é um direito conexo ao direito de autor”.

³⁹ “Direito à informação versus direito ao espectáculo: os direitos exclusivos”, in Separata da Revista do Ministério Público n.º 56, Lisboa, 1993, pp. 99-109.

⁴⁰ No mesmo sentido, vide DIRK BRINCKMAN e ERIK VOLLEBGT, “The Marketing of Sport and its relations in the EC Competition Law”, in European Common Law Review, issue 5, Sweet & Maxwell Limited, 1998, p. 284. Na adiante referida Decisão UER, a Comissão pronunciou-se da seguinte forma: “os direitos de transmissão são normalmente detidos pela entidade organizadora de um acontecimento desportivo, que pode controlar o acesso às instalações em que é realizado o acontecimento”.

Segundo teoria corpórea, na medida em que o objecto corpóreo no qual tem lugar o evento se encontra sob autoridade do promotor ou organizador, é ao titular do recinto onde se desenrola a actividade desportiva que cabe a definição das condições de acesso ao referido evento. E assim é porque é titular de todo e qualquer direito referente à competição, compreendendo-se nesse elenco os direitos de transmissão televisiva.

De acordo com uma segunda solução a autoridade nacional apenas deve fazer aplicar aquilo que é imposto por via legal. É o que sucede na França, desde 1984. A chamada “lei do desporto”- lei nº 84-610, de 16 de Julho, estatui que as federações dotadas de poderes públicos são “*propriétaires du droit d’exploitation des manifestations ou compétitions sportives qu’ils organisent*”. Assim, por exemplo, os direitos televisivos do campeonato francês de futebol pertencem à Liga e não aos clubes, estes últimos autênticos utilizadores das competições organizadas pelas federações. Quanto às competições privadas, e também em virtude da lei, é o organizador do evento, que assume os riscos materiais e financeiros da organização, quem é titular dos direitos de transmissão televisivos correspondentes.

No que concerne à teoria empresarial, a teoria que perfilhamos, o foco está no direito que é atribuído à entidade que assume o risco organizacional e económico do evento, em detrimento da entidade que meramente desempenha tarefas administrativas, apondo ainda assim o seu nome na promoção do evento⁴¹. Esta teoria vai de encontro ao que a Comissão Europeia referiu no “Caso UER”, em concreto que os direitos televisivos são normalmente propriedade do organizador do evento desportivo, ou seja, a pessoa que controla as premissas do mesmo. Entronca igualmente na tese de OLIVEIRA ASCENSÃO, autor que considera como “um princípio mundialmente estabelecido⁴²” o da inadmissibilidade da transmissão de qualquer espectáculo sem a autorização do seu organizador. Também enfatizamos o facto de o autor ter afastado o chamado direito de arena que a lei brasileira atribui ao clube, precisamente porque havendo dois clubes em presença ou não sendo um clube o organizador do espectáculo, a tese cai por terra. Merece igualmente enfoque o uso do termo “empreendimento custoso” para definir um espectáculo, que não é gratuito, o que envolve sempre um risco para a empresa que monta o espectáculo.

⁴¹ No parág. 27 do Relatório MENNEA- Doc. PE A5-020/2000 (final), o PE defende esta tese, exortando a necessidade de conceder o usufruto dos direitos televisivos a “quem assume os riscos na preparação do evento desportivo”.

⁴² Op.cit., p.15.

Existem já vários exemplos das “soluções” definidas pelas autoridades nacionais. Desde logo, na Holanda o clube de futebol Feyenoord contestou o facto de a KNVB- Federação Holandesa de Futebol- ser depositária dos seus direitos de transmissão e inerentemente única entidade habilitada a negociar esses mesmos direitos, o que lhe “permitiu” negociar com o canal Sport 7. Invocou para tal a violação do direito holandês da concorrência, estando em causa, em concreto, o princípio do “arena right”, princípio que enuncia precisamente a teoria corpórea. O Tribunal de Utrecht indeferiu o pedido em 19 de Março de 1996, mas a 8 de Novembro de 1996 o Supremo Tribunal de Amesterdão defendeu que em princípio os direitos televisivos pertencem à “equipa da casa”.

No já referido caso *Deutscher Fussball-Bund e outros c. Bundeskartellant*⁴³, o Tribunal Constitucional Alemão- *Bundesgerichtshof*- afirmou que os direitos de transmissão pertencem genericamente aos clubes, porque considerados os proprietários naturais de tal núcleo de direitos, defendendo a existência de uma co-propriedade entre o “clube da casa” e o “clube visitante”, que produzem combinadamente um determinado “serviço”, assumindo o risco comercial daí adveniente. No caso concreto, o *Bundesgerichtshof* concluiu pela existência de uma centralização na federação nacional de futebol da comercialização dos direitos de transmissão das provas europeias, cartel para o qual não encontrou justificação para a concessão de uma isenção.

Não cabendo à Comissão Europeia interferir na escolha de cada Estado-membro quanto à propriedade dos direitos, compete-lhe, todavia, pronunciar-se sobre os eventuais efeitos anti-concorrenciais de cada opção. E em regra, esta instituição comunitária aceita a prática da venda colectiva dos direitos quando as partes não forem competidoras entre si ou, no caso de se verificar o oposto, se constatar que a sua penetração no mercado não seria possível se tais partes agissem separadamente.

A priori, e como já vimos, a centralização ou venda colectiva dos direitos de transmissão televisiva de eventos desportivos encerra efeitos anti-concorrenciais. Efectivamente, a tendência é para afectar o preço que os operadores de televisão estão dispostos a pagar, assim como se obstaculiza o acesso a novas tecnologias⁴⁴. É no entanto perfeitamente possível encontrar casos em que tal centralização não viola as

⁴³ Caso que data de 13 de Dezembro de 1997. Note-se, porém que o governo alemão aprovou em 1998 uma lei acitando o princípio da mutualização, o que levou a Liga alemã de futebol a solicitar à Comissão- em Agosto de 1998- um pedido de isenção- Caso IV 37/214-DFB, JO C 6, de 9 de Janeiro de 1999, p. 10.

⁴⁴ Vide A.M.WACHTMEISTER, “Broadcasting of sports events and competition law”, in www.europa.eu.int

normas comunitárias da concorrência. Desde logo, se houver lugar a um eficaz, transparente e não discriminatório sub-licenciamento dos direitos, através do qual se assegura que estes não continuarão na total disposição do proprietário⁴⁵. Assim sucederá igualmente se verificadas as condições cumulativas do artigo 85º/3 do TCE (agora, artigo 81º/3 do TCE), a que já fizemos referência.

3.5. A exclusividade dos direitos de transmissão televisiva de eventos desportivos

3.5.1. O fenómeno da exclusividade: relevância

Em nosso entender, mais do que a centralização dos direitos, é a exclusividade que origina as situações de monopólio no desporto, ainda que a venda dos direitos exclusivos de transmissão de eventos desportivos seja uma prática comercial aceite.

Nos eventos desportivos, que são transmitidos mundialmente, os direitos são geralmente vendidos numa base exclusiva, continente por continente, ou país por país. Por exemplo, os direitos podem ser vendidos numa base exclusiva à UER, na Europa, assim como à URTNA, na África, ou, nos EUA, às NBC, CBS ou ABC.

Nos EUA, o *Sport Broadcasting Act* de 1961 concedeu ao desporto profissional um estatuto derogatório à Lei *antitrust* de 1910, precisamente para permitir que uma liga de clubes pudesse negociar e comercializar os direitos televisivos em nome do conjunto daqueles. Assim não sucede ao nível dos países da UE, pelo que não é de difícil vislumbre a circunstância de a exclusividade das transmissões televisivas poder resultar uma situação anti-concorrencial. Senão vejamos.

Da confrontação entre a oferta dos organizadores do jogo (clubes, ligas; federações) e a procura dos operadores de televisão, resulta um dado preço das imagens. Ora de um acordo horizontal de empresas pode resultar um preço mínimo de venda (cartel da oferta) ou de compra (cartel da procura), bem como a fixação das quantidades do produto em causa a serem transaccionadas. Nessa situação, cria-se um monopólio para um mercado específico com vista a controlá-lo, por via da fixação de preços fora da concorrência. Este cenário é variadíssimas vezes comum no desporto.

Haverá, por exemplo, um cartel da oferta quando uma liga ou uma federação se apresentam como os vários detentores dos direitos de negociação da venda de transmissões televisivas. Esta centralização tem por efeito reduzir a oferta, criando uma

⁴⁵ Vide “Broadcasting of sports events and competition law: an orientation document from the Commissions Services”, in *Competition Policy Newsletter*, n.2, Brussels, June 1998, p.27.

espécie de *collective bargaining* e provocando um aumento dos preços do qual resultam naturalmente lucros relevantes. Haverá, por seu turno, um cartel da procura quando as televisões se agrupam no seio de uma só organização (v.g. a UER), organização essa encarregue de negociar a compra e venda dos direitos. Naturalmente que quer o preço da compra, quer o preço da venda são condicionados.

Normalmente restrições da concorrência são admitidas à base da isenção prevista no artigo 85º/3 TCE (agora, artigo 81º/3 TCE), nos casos em que esteja em causa um período de curta duração e limitado quer na sua extensão, quer nos seus efeitos, como o seja por exemplo um exclusivo por uma época ou uma prova desportiva isolada. Nessa medida, uma competição como, por exemplo, os Jogos Olímpicos, também justifica exclusividade⁴⁶.

Nos demais casos, a própria exclusividade viola a concorrência se criar obstáculos artificiais e não justificados. Assim se pronunciou o TJC no Acórdão *CODITEL II*⁴⁷, no caso concreto face à indústria cinematográfica, cujas características podem não ser compatíveis ou suficientes para um período de exclusividade muito longo.

A Comissão, como adiante veremos⁴⁸, tem anuído na celebração de contratos de longa duração, com diferentes justificações. Mas novamente se deve frisar que tudo passa por uma análise casuística. Com efeito, é impossível determinar uma duração ideal para os contratos de exclusividade, dado que cada acordo encerra as suas características próprias.

3.5.2. Vantagens da exclusividade

Esquemáticamente podem elencar-se variadas vantagens decorrentes da exclusividade:

- é a única forma de garantir o valor de um dado programa desportivo;

⁴⁶ A este propósito, vide STEPHAN WACHTMEISTER, "Broadcasting of sports and competition law", in *Competition Policy Newsletter*, n. 2, June 1988, p. 7

⁴⁷ Acórdão do TJC de 6 de Outubro de 1982, Proc. 262/81, CJ (1982), p. 820.

⁴⁸ Indique-se no entanto, e desde já, a posição da Comissão em matéria de longa duração fora do âmbito desportivo. No Caso "Compra de Filmes pelas Estações Alemãs de Televisão"- JO L 248, p. 36- foi concedida a exclusividade de transmissão de filmes MGM por um período de 15 anos, algo que mereceu isenção por parte da Comissão dados os efeitos potenciados pelo acordo: aumento da distribuição de filmes no mercado; possibilidade de dobragem num número mais largo de filmes; justo retorno dos investimentos feitos pelas estações televisivas, designadamente a nível administrativo; estar assegurado o sub-licenciamento a outras estações de televisão que não a associação de estações envolvida no acordo.

- o operador obtém maiores proveitos dos seus direitos se os puder sub-licenciar aos directos concorrentes;
- é uma forma de aumentar e consolidar uma audiência base, quer a curto, quer a longo prazo, assegurando a lealdade do espectador;
- permite um substancial aumento dos rendimentos derivados da publicidade e do patrocínio, tendo precisamente em conta o facto de os programas desportivos cativarem uma vasta e específica audiência;
- fornece um elevado grau de prestígio ao operador, pelo preciso facto de ser o único a transmitir um determinado desporto popular;
- para os canais *pay TV*, a exclusividade é fundamental, por forma a atrair novos subscritores, sobretudo para os canais temáticos/especializados, sob pena de um número reduzido de telespectadores não permitir atrair/convencer eventuais patrocinadores a investir. Nessa circunstância haverá custos acrescidos para os consumidores, quer na aquisição de descodificadores, quer no pagamento da assinatura. Por outro lado, o rendimento daí adveniente pode ser canalizado no melhoramento das infraestruturas⁴⁹;
- na ausência de exclusividade, o risco potencial do *free-riding* aumenta na razão indirecta do investimento em actividades promocionais;
- pode garantir receitas fixas, que permitem investimentos feitos com segurança, em virtude de o risco no preço a pagar pelos direitos de transmissão se “diluir” com o tempo;
- não sendo certo que exista uma proporcionalidade entre as receitas provenientes dos contratos de exclusividade e a melhoria dos resultados desportivos do clube parte nos mesmos contratos, pelo menos fortes possibilidades há de que melhorem os resultados desportivos, o que pode contribuir para um reforço da competição em si, com claro benefício para os espectadores.

Apesar de todas estas vantagens, a Comissão deve sempre aferir da existência de um eventual abuso de posição dominante que confira ao operador televisivo exercer um monopólio face aos demais competidores⁵⁰. Adiante se analisará a posição desta instituição em alguns casos que lhe foram submetidos.

⁴⁹ Normalmente, as estações de televisão codificada apenas obtêm um “pay-back” após cinco anos de emissão, de tal forma são avolumados os seus investimentos, sobretudo na fase de lançamento.

⁵⁰ A realidade evidencia, por exemplo no futebol inglês, que os contratos estão a prever cada vez mais uma duração mais curta- a *Sky* em 1992 assinava contratos de cinco anos, actualmente fã-lo por um período de apenas três anos de exclusividade.

3.5.3. A exclusividade dos eventos de “interesse geral”: a Directiva Televisão Sem Fronteiras”

Em 1989, a Comunidade Europeia adoptou a Directiva 89/552/CEE do Conselho⁵¹, que entrou em vigor precisamente dois anos depois. A mesma visa liberalizar a circulação de programas de televisão na Europa e, concomitantemente, assegurar em todos os Estados-membros quer a liberdade de receber quer a liberdade de transmitir programas em proveniência de outros Estados-membros. A radiodifusão televisiva é, pois, coberta por esta directiva, incluindo a difusão *hertziana*, por cabo ou por satélite ET, bem como por *Internet*, na medida em que esta funciona hoje como um meio suplementar de difusão.

Fruto da mediatização do desporto moderno, é evidente que esta directiva incide directamente no mesmo, e cada vez com mais acuidade. Coincidência, ou não, e ainda que tardiamente, a Declaração final relativa ao desporto⁵² e o Protocolo relativo ao serviço público de televisão nos Estados-membros⁵³ surgiram ambos no mesmo momento, anexos ao Tratado de Amsterdão.

A directiva em apreço insiste mais no exercício do que propriamente na aquisição de direitos exclusivos de transmissão televisiva. O raciocínio é semelhante ao seguido no campo dos direitos de propriedade intelectual. Mas mesmo que algumas restrições sejam aceites de forma a que o detentor desses direitos os exerçam em benefício da concorrência ou do estabelecimento do mercado comum, o caso da exclusividade dos direitos televisivos no desporto afigura-se, como já vimos, mais delicado.

O fito é o de garantir a uma proporção substancial do público a possibilidade de assistir a manifestações desportivas importantes para a sociedade. Essa tónica ficou ainda mais marcada quando o PE e o Conselho alteraram a directiva⁵⁴, em 1996⁵⁵,

⁵¹ Directiva de 3 de Outubro de 1989, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas ao exercício de actividades de radiotelevisão televisiva, JO L 298, de 17 de Outubro de 1989, p. 23.

⁵² Declaração nº 29 relativa ao desporto, na qual fundamenta se sublinha a função social e formadora do mesmo, não tendo no entanto, qualquer valor vinculativo, antes e apenas interpretativo.

⁵³ Protocolo nº 9. O serviço público de televisão foi equiparado ao gás, à água, ao telefone, à electricidade, e ao sector público de transportes. Este protocolo visa essencialmente preservar a competência dos Estados-membros em matéria de financiamento do serviço público de radiodifusão, ainda que, naturalmente, no respeito do direito comunitário.

⁵⁴ Modificada pela Directiva 97/36/CE do PE e do Conselho, de 30 de Junho de 1997- JO L 202, de 30 de julho de 1997, p.60.

aditando o novo artigo 3º/A, que consagra um direito à informação no quadro dos eventos desportivos de maior relevância. O objectivo não foi mais do que garantir que certos eventos desportivos considerados já como parte do património cultural de um Estado-membro possam continuar a ser televisionados pela grande maioria dos interessados. Com efeito, cabe aos Estados-membros (em bom rigor é-lhes permitido, ou seja, não lhes é imposta uma obrigação), em função do interesse geral, redigir um elenco dos eventos de particular relevância ou importância que justifique a obrigatoriedade de serem transmitidos em sinal aberto. Cabe à Comissão Europeia, cuja orientação tem sido de defender que os desportos mais necessitados de dinheiro são os que devem figurar nas listas dos Estados-membros que prevêem os respectivos eventos⁵⁶, e por via de um comité de acompanhamento, avaliar se os Estados-membros respeitam ou não os necessários critérios de proporcionalidade face aos objectivos fixados pela directiva⁵⁷.

O PE e o Conselho adoptaram, então, uma via defensora do direito do público à informação, direito este reconhecido no artigo 10º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁵⁸, logo inerentemente também no acervo comunitário, porquanto o artigo 6º/2 do TUE (ex-artigo F do TUE) impõe à UE o respeito dos direitos fundamentais garantidos por aquela convenção internacional. Tal direito só é, no campo desportivo, totalmente assegurado se aplicado tendo em conta outros princípios fundamentais tais como a liberdade contratual e a titularidade do direito. Devem, efectivamente, ser

⁵⁵ No mesmo ano, o PE adoptou uma Resolução, a 22 de Maio. JO C 166, p. 109- na qual defendeu a necessidade de “a população no seu todo” ter direito a aceder aos eventos desportivos de maior importância por via do “sinal aberto”.

⁵⁶ Cabe, efectivamente, a cada Estado-membro elaborar uma lista dos respectivos eventos, determinando aqueles casos aos quais se deve assegurar uma transmissão parcial ou na íntegra em sinal aberto. Esta lista, após notificação à Comissão Europeia, é publicada anualmente no JO. No caso específico português, refira-se o Despacho nº 20 620/99 (2ª série) do Secretário de Estado da Comunicação Social, datado de 21 de Outubro de 1999, publicado no DR, II Série, nº 254, de 30 de Outubro de 1999, p. 16298. São aí considerados “acontecimentos de interesse generalizado do público os seguintes: *“Meias finais e finais das competições de clubes organizadas pela UEFA; Finais das competições de clubes organizadas pela FIFA; Encontros de abertura e de encerramento dos Jogos Olímpicos de Verão; Provas em que participem atletas portugueses, nos Campeonatos da Europa e do Mundo de Atletismo; Grandes Prémios de Fórmula 1 em que participem pilotos portugueses; Rally de Portugal, Volta a Portugal em Bicicleta.”*

⁵⁷ Esta tarefa não é sempre fácil. Desde logo se torna difícil distinguir se um evento se deve integrar na categoria de puro divertimento, ou, se pelo contrário, se trata de um evento centrado na natureza e objectivos do desporto, entrando conseqüentemente no quadro de uma missão de serviço público. Outra dificuldade consiste em estabelecer uma distinção entre eventos de considerável importância de eventos *tout court.*, porque se em rigor podemos considerar que no plano universal manifestações como os Jogos Olímpicos e o Campeonato do Mundo de Futebol devem ser vistas por todo o tipo de público, já nos surpreende não se considerar os Torneios do *Grand Chelem* do ténis como merecedores de idêntico tratamento. A situação complica-se ainda mais quando a Comissão Europeia se tem de debruçar, com base em critérios dificilmente objectivos, sobre as provas que são protegidas a nível nacional.

respeitados os direitos do titular do recinto onde decorre a manifestação desportiva, assim como devem ser acautelados os direitos do organizador do evento.

O mecanismo previsto no artigo 3º/A consiste numa espécie de sub-licenciamento obrigatório do detentor do direito aos seus competidores directos, que se impõe mesmo aos canais “pay-TV” detentores do direito exclusivo, mesmo tendo em conta que, como já focámos, a exclusividade é bastante importante para este tipo de canais. Acresce que o mecanismo em si é caracterizado pelo reconhecimento mútuo : é o país de origem que tem de aceitar as regras do país de destino, obedecendo naturalmente às obrigações previstas quer no Tratado, quer na directiva, ela própria. Por conseguinte, quer a Comissão, quer o país de destino podem socorrer-se, se assim se impor, dos procedimentos previstos nos artigos 226º e 227º do TCE (ex-artigos 169º e 170º do TCE).

No caso de não se intentar uma acção com essa base jurídica, é de apelar à jurisprudência *Brasserie du Pechon/Factortame*⁵⁹, podendo a indemnização decorrente dos prejuízos ser solicitada na base do princípio da responsabilidade civil do Estado.

⁵⁸ No artigo 9º são expressamente interligados os “eventos de grande interesse para o público” e o “direito do público à informação”.

⁵⁹ Acórdão do TJC, de 5 de Março de 1996, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland e the Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd* e outros, Procs. conjuntos nº C-46/93 e C-48/93, CJ (1996), p. I-1029.

3.6. Principais “case studies” atinentes à centralização da venda e à exclusividade dos direitos de transmissão televisiva de eventos desportivos

Data de 1979 a primeira queixa formal apresentada à Comissão Europeia respeitante às transmissões televisivas de eventos desportivos, concretamente envolvendo a concessão de direitos exclusivos de gravação e transmissão de jogos de futebol na Inglaterra. Desde logo a Comissão defendeu a necessidade de se assegurar a existência de mais de uma fonte de programas para transmissão nos demais Estados-membros⁶⁰.

Desde então até hoje variados casos forma surgindo, os principais dos quais passaremos, de seguida, a fazer referência.

O “Caso UER (União Europeia de Radiodifusão) c. Screensport⁶¹”

Este caso respeita às eventuais distorções da concorrência num acordo sobre de compra e venda exclusivo dos direitos televisivos que uniu o canal temático desportivo Eurosport à Sky Television de um lado, e à UER de outro. De tal acordo foi excluída a sociedade comercial britânica Screensport, concorrente do Eurosport, canal este criado em 1988, conjuntamente com a SKy Television devido ao facto de os membros da UER estarem até então a transmitir apenas uma pequena percentagem dos eventos desportivos motivados pelas suas missões de serviço público, incompatíveis com a concentração de um tipo de programas: os desportivos, naturalmente.

Do acordo resultava que a Sky Television beneficiava gratuitamente de uma quase exclusividade sobre os programas assegurados pelo sistema Eurovision, sistema institucionalizado de troca de emissões televisivas quer por intermédio de uma rede europeia denominada Eurovision, quer por um sistema de aquisição colectiva, pelos membros interessados da UER, dos direitos de transmissão televisivos referentes a manifestações desportivas internacionais. Naturalmente que o consórcio Eurosport-Sky Television também beneficiava a operacionalidade do primeiro.

A Sreensport, em queixa apresentada em 17 de Dezembro de 1987, invocou a ausência de um sistema equitativo, dado ser melhor e directo o acesso aos eventos desportivos por parte da Eurosport, especialmente os de cariz nacional e internacional, fruto das vantagens decorrentes do referido sistema centralizado.

⁶⁰ Vide ALEXANDER SCHAUB, “EC Competition Policy and its Implications for the Sports Sector”, discurso proferido no Forum Europeu do Desporto a 8 de Março de 1998, *in* www.europa.eu.int.

⁶¹ Decisão da Comissão de 19 de Fevereiro de 1991, JO L 63, p.32.

Notificada que foi do acordo a 17 de Janeiro de 1987, e começando por considerar os canais públicos e privados como “empresas” na acepção dos (então) artigos 85º e 86º do TCE, a Comissão Europeia reconheceu que o sistema centralizado consubstanciava uma restrição à concorrência na medida em que a Eurosport e a Screensport eram actuais ou potenciais concorrentes sobre o mesmo tipo de emissões desportivas destinadas a serem difundidas internacionalmente, pelo que do acordo resultava um efeito directo no sistema Eurovision.

Ora a Eurosport dispunha de uma vantagem comparativa sobre a Screensport, na medida em que tinha um acesso ilimitado a todos os programas cujos direitos eram da exclusividade da UER, enquanto a Screensport só podia adquirir um acesso limitado a programas mediante sub-licenciamentos ou transmissões em diferido. A restrição/distorção concorrencial aplicava-se ainda face a terceiros que procurassem transmitir em directo eventos desportivos, em particular os canais desportivos transnacionais. Tais concorrentes não membros da UER não dispunham ainda de um acesso gratuito ao sinal, outro prejuízo de monta. Não é, pois, de estranhar que a Comissão Europeia tenha defendido que os inconvenientes do consórcio não eram inferiores aos benefícios eventualmente resultantes no mercado em questão.

A Comissão Europeia rejeitou ainda, e sumariamente, o argumento da missão de serviço público do canal Eurosport como suficiente para a aplicação do (então) artigo 90º/2 do TCE, porquanto a missão de interesse geral que o TCE prevê não é extensível a actividades colectivas e transnacionais como a do Eurosport, sendo o consórcio em causa um acordo entre empresas com vista à concessão, aquisição e partilha dos direitos televisivos, na acepção, isso sim, do (então) artigo 85º TCE. Note-se que pouco depois deste caso, os dois canais se fundiram, operação que mereceu aprovação da parte da Comissão Europeia.

O “Caso UER c. Eurovision”⁶²

Este processo envolveu nova análise da compatibilidade do sistema Eurovision com normas comunitárias da concorrência, tentando aferir se o mesmo podia ser objecto de uma isenção, ao abrigo do (então) artigo 85º/3 do TCE.

Em causa estava o facto de o sistema “urovision permitir que os membros da UER de dois ou mais países interessados numa dada prova desportiva apelassem à

⁶² Decisão da Comissão 93/403/CEE, de 11 de Junho de 1993, relativa a um processo nos termos do artigo 85º TCE (IV/32.150-UER/Sistema *Eurovision*), JO L 179, de 22 de Julho de 1993, p. 23.

coordenação da UER, que negociaria em nome daqueles, que por seu turno se absteriam de qualquer negociação separada. A cobertura dos eventos seria assegurada pelo membro do país em causa e colocada à disposição de todos os outros membros por via do sistema de trocas já referido.

Aos não membros da UER os direitos Eurovision eram normalmente concedidos numa base exclusiva, sistema maioritariamente vigente também quando de entre os membros da UER se encontravam difusores de língua ou país comum, ainda que por vezes se acordasse uma partilha ou alternância dos direitos.

A Comissão Europeia começou por estimar que a UER impunha aos não membros- aqueles canais puramente comerciais- condições muito restritas, mais complicadas e mais dispendiosas, havendo uma fraca possibilidade de acederem ao sistema Eurovision. Por outro lado, a negociação e aquisição colectiva de direitos permitia aos membros da UER reforçar a sua posição no mercado em detrimento dos concorrentes independentes, até porque as federações desportivas internacionais preferem normalmente ceder os direitos televisivos a uma zona importante por via de uma só transacção, algo muito mais fácil e rápido do que envolver negociações separadas com vários radiodifusores nacionais.

Todavia, a Comissão Europeia veio a acolher a argumentação da UER, que alegou ser obrigada a pôr termo às suas actividades no caso de lhe vir a ser retirado o poder de proceder à aquisição colectiva dos direitos exclusivos. Sensível a essa argumentação, tal instituição comunitária concedeu uma isenção, na base ainda de outras justificações, tais como:

- um consórcio que envolva um canal desportivo internacional permite aos seus membros oferecer ao consumidor uma programação variada com conteúdo educativo, cultural e humanitário, o que não é possível de suceder em canais nacionais generalistas;
- a negociação/aquisição/partilha conjunta dos direitos televisivos via Eurovision permitia uma cooperação e coordenação dos interesses dos membros, melhor defendidos do que separadamente: reduzia os custos de transacção, assegurava uma cobertura completa dos eventos desportivos internacionais e facilitava aos membros da UER a transmissão inter-fronteiriça, sobretudo aos membros mais pequenos e menos especializados, contribuindo mesmo para a criação de um mercado único de radiodifusão;

- a coordenação administrativa e técnica entre a UER e o país do evento televisionado garantiam um sinal mais eficaz e com maior qualidade;
- as condições de sub-licenciamento, publicadas e abertas a não membros da UER resultavam numa maior produtividade e uma mais fácil negociação. Acresce que as transmissões televisivas em diferido sub-licenciadas a canais por satélite ou por cabo com poucos meios técnicos possibilitava a esses não membros suportar custos muito mais baratos.

A isenção foi conferida por um prazo de cinco anos (de 26 de Fevereiro de 1993 a 25 de Fevereiro de 1998), compreendendo as disposições estatutárias da UER que regiam a aquisição de direitos televisivos por ocasião de manifestações desportivas, a troca de emissões desportivas no quadro da Eurovision e o acesso contratual de terceiros a estas emissões. De qualquer forma, e em contrapartida, a Comissão Europeia exigiu à UER que permitisse aos não membros um acesso mais amplo aos direitos por aquela adquiridos.

Da decisão⁶³, os canais LaCinq (França); RTI (Itália); SIC (Portugal), Telecinco e Antena 3 (Espanha), todos não membros da UER, recorreram para o TPI, que veio a anular a mesma⁶⁴. Começou por sustentar que os critérios de adesão à UER (de população, programação e produção televisiva) eram muito vagos e imprecisos, pouco objectivos e insuficientemente determinados, sem permitir uma aplicação uniforme e não discriminatória face aos potenciais membros.

Defendeu ainda que a missão particular de interesse público da UER não era suficiente para justificar tratamentos discriminatórios. Com efeito, tal missão era coberta pelo (então) artigo 90º/2 do TCE, não significando automaticamente a sua subsunção ao (então) artigo 85º/3 do TCE. Com efeito, a Comissão Europeia aplicou este último preceito para invocar a necessidade de oferecer a todo um território nacional, e independentemente dos custos ou rentabilidade económica de cada operação individual, uma programação variada e destinada a um público minoritário. Ora tais elementos, para o TPI, preenchiam, isso sim, a noção do (então) artigo 90º/2 de serviços de interesse económico geral. Deve entender-se a posição do TPI como forma de evitar que por meios indirectos uma missão de serviço público seja um alibi para tornar lícito um comportamento ilícito no âmbito de uma conduta puramente comercial.

⁶³ Decisão de 14 de Agosto de 1989, La Cinq SA c. UER, Caso IV/33-249.

⁶⁴ Acórdão TPI, de 11 de Julho de 1996, proc. nº 7/96.

A UER, em Assembleia Geral realizada a 3 de Abril de 1998 veio a alterar os critérios de filiação, que não deixaram porém de ser discriminatórios, razão pela qual em 10 de Maio de 2000 a Comissão Europeia interveio, decidindo conceder uma nova isenção, agora até 31 de Dezembro de 2005⁶⁵. Na base desta isenção esteve o facto de a UER ter visto o seu mercado baixar sensivelmente nos últimos anos em razão da entrada no mercado de novos operadores- B Sky B, Bertelsmann, Mediaset, Kirch- e inerente aumento dos preços da transmissão televisiva dos eventos, sem olvidar o facto de também prescindido do interesse face a competições pan-europeias tais como os campeonatos do mundo de atletismo e futebol, os Jogos Olímpicos, ou os Opens de ténis de Roland-Garros, Wimbledon, Flushing Meadows, entre outros.

O “Caso KNVB/Sport 7”

Neste caso, a Comissão Europeia, esta instituição manifestou-se informalmente contra a exclusividade acordada pela KNVB- Federação Holandesa de Futebol- ao canal temático desportivo Sport 7, canal que em Fevereiro de 1996 pretendeu lançar-se no mercado. O acordo seria para vigorar por um período de 7 anos, o que acarretaria privar o canal público NOS de transmitir encontros em directo.

Notificado que foi à Comissão Europeia em Maio de 1996, o acordo em causa violava nitidamente o (então) artigo 85º do TCE, não podendo beneficiar de uma isenção ao abrigo do nº 3 do mesmo dispositivo, visto estar em causa a eliminação da concorrência no domínio dos direitos televisivos, por um período “muito longo”. Acresce que a natureza excessiva do período temporal se agravava com o facto de o acordo prever ainda, para o momento de renegociação do mesmo, prioridade ou direito de preferência ao Sport 7 face aos demais competidores, uma espécie de “english clause” perfeitamente injustificada, distorcendo a concorrência e não permitindo uma verdadeira realocação dos direitos no fim do período de exclusividade.

A Comissão Europeia não chegou a apreciar o acordo de forma completa porquanto o ministério holandês dos assuntos económicos começou a examinar o acordo face ao direito nacional da concorrência, tendo a propriedade dos direitos chegado a ser analisada pelos tribunais holandeses. Enquanto a Comissão Europeia aguardava o fim da tramitação processual nacional, o Sport 7 cessou as suas actividades, concretamente em Dezembro de 1997, devido a insolvência.

⁶⁵ Decisão de 10 de Maio de 2000, Eurovision, Caso IV/32-150, JO L 151 (2000), p.18.

O “Caso Audiovisual Sport I⁶⁶”

A Audiovisual Sport SL e o Canal Satellite Espagne celebraram no mês de Março de 1997 um acordo para exploração conjunta dos direitos de transmissão televisiva do futebol espanhol- a Liga e a Copa del Rey- durante as temporadas de 1998-1999 a 2002-2003. A 6 de Julho de 1999, a Comissão Europeia, por carta, informou as partes de que considerava aceitável um tal período de exclusividade em sistema “pay per-view”. Tal admissibilidade foi justificada no facto de estar em causa a introdução de uma nova tecnologia pelo operador televisivo, com os inerentes elevados riscos envolvidos. É certo que inicialmente as partes pretendiam exclusividade por um período de 5 a 11 anos mas, evidentemente, a Comissão Europeia considerou como muito longo esse período, durante o qual o mercado estaria fechado.

O “Caso Audiovisual Sport II”

A Telefonica Media e a Sogecable estabeleceram um acordo para o período 2003-2004 a 2008-2009, acordo esse que notificaram à Comissão Europeia. Esta instituição opôs-se ,porém,⁶⁷, invocando uma importante restrição da concorrência no mercado para a aquisição de direitos de transmissão de acontecimentos futebolísticos porquanto as partes passariam a partilhar quer um sistema de compra em comum, quer um sistema de venda em comum. Daí iria resultar uma fixação de preços, impondo-se aos subscritores por cabo um aumento considerável dos mesmos, encerrando-se ainda o mercado para os potenciais competidores que nele quisessem entrar.

A Comissão Europeia chegou mesmo a receber queixas formais contra o acordo da parte do clube Rayo Vallecano e da AOC- Agrupación de Operadores de Cable y de Onda Digital.

O “Caso BBC/BSkyB”

Em Inglaterra, a 12 de Junho e 6 de Julho de 1989, a Football Association celebrou acordos com a BBC-canal público nacional- e com a BSKyB- empresa de novos canais emissores por satélite-, nos quais se previa, na linha do celebrado em 23 de Novembro de 1988, a partilha efectiva entre os dois canais, e por um período de cinco

⁶⁶ Caso IV/36-438.

anos, dos direitos exclusivos de transmissão dos encontros de futebol organizados pela Football Association. Desses acordos resultou uma queixa apresentada pela Independent Television Association (ITVA), a 5 de Abril de 1989, invocando que ao abrigo do artigo 14º dos Estatutos da UEFA, ambos os canais detinham os exclusivos de transmissão dos jogos jogados no estrangeiro cujos direitos eram detidos pela Football Association. Um dos últimos acordos- o “coverage agreement” fixava mesmo em detalhe os encontros que podiam ser transmitidos por cada uma das partes, por forma a evitar transmissões em simultâneo.

Em comunicação⁶⁸, a Comissão Europeia defendeu existir um abuso de posição dominante da Football Association, admitindo que em posterior decisão sobre o referido artigo 14º iria solicitar o fim da discriminação então em vigor. Todavia, tal instituição comunitária nunca tomou uma decisão formal, enviando antes uma carta a 8 de Setembro de 1993, através da qual concedeu uma isenção ao abrigo do (então) artigo 85º/3 do TCE, tendo em conta o facto de a BSKyB necessitar de um contrato com uma duração que lhe permitisse aceder ao novo mercado de transmissões televisivas via-satélite⁶⁹.

A Comissão Europeia examinou o referido artigo 14º, preceito que no essencial prevê que um operador televisivo que pretenda transmitir um encontro de futebol que ocorra noutro Estado-membro, deve obter prévio consentimento da federação nacional do último país. Concluiu estar em causa uma “associação de empresas”, no caso as diversas federações nacionais e europeias de futebol, tendo por efeito, no caso concreto

⁶⁷ Vide “Bruselas objeta el acuerdo de Telefónica y Sogecable sobre la explotación del fútbol”, in Boletín Informativo de la Asociación Española de Derecho Deportivo, n. 26, Febrero 2001, p. 6.

⁶⁸ JO C 94, de 3 de Abril de 1993, p. 6.

⁶⁹ Certo é que a entrada no mercado foi muito bem sucedida, ao ponto de actualmente a BSKyB já deter uma posição dominante no mesmo. Tentou inclusivamente, por via de uma oferta pública de aquisição-formalmente apresentada em Setembro de 1998-, comprar 90% das acções do Manchester United. Todavia, a Monopolies and Merger Commission, com base no Fair Trading Act de 1973, emitiu parecer desfavorável a tal compra, parecer esse datado de Março de 1993 e acolhido pelo governo. No essencial foi defendido o seguinte:

- Era necessário evitar que o “mercado Manchester united”, quer ao vivo quer via Pay TV, fosse controlado por uma só empresa, que passaria a controlar preços de ambas as vias de acesso dos fãs ao espectáculo do seu clube, podendo abusar da inelasticidade de procura daqueles;
- Era necessário evitar a criação de uma desvantagem competitiva para os concorrentes da BSKyB, num mercado que ganha com a fragmentação, atenta a inovação daí adveniente;
- Era necessário evitar que o clube viesse a negociar os direitos televisivos com uma empresa que o detinha quase na totalidade, possibilitando ajustamentos de preços e até subsídios cruzados entre o mercado do acesso aos jogos e o mercado televisivo, em função das flutuações da procura.
- A natureza específica da indústria do futebol inglês está associada a um interesse público de protecção da qualidade do mesmo, pelo que er necessário evitar fenómenos de sobre

pela acção da Football Association, a criação de obstáculos ao comércio intra-comunitário ao restringir a transmissão dos jogos a dois canais. Daí que em 1992 tenha sido removida dos acordos a cláusula que transpunha o citado artigo 14º.

Quanto ao novo acordo celebrado em 1994 extendendo por mais cinco anos a exclusividade dos dois canais, não foi naturalmente aprovado pela Comissão Europeia, dado que obviamente as razões justificativas da isenção não faziam já mais sentido.

O “Caso “*Scottish Football Association c. Comissão*”⁷⁰

A 5 de Dezembro de 1991, a Comissão, enviou uma carta à Federação Escocesa de Futebol, na sequência de uma queixa formal que lhe fora dirigida pela TESN, European Sports Network, na base de um alegado impedimento de transmitir jogos de futebol argentinos na Escócia.

A federação escocesa invocou ser unanimemente reconhecido o facto de a transmissão de jogos de futebol poder ter efeitos devastadores para o desporto, diminuindo a assistência ao vivo, nos estádios. Nesse pressuposto, e em nome de um dever de defender e encorajar o futebol, quer ao nível dos seus participantes, quer ao nível dos espectadores, tais restrições visavam proteger as indústrias amadora, semi-profissional e profissional do futebol.

A 31 de Março de 1992, a Comissão Europeia, nos termos do artigo 11º do Regulamento 17 do Conselho de 6 de Fevereiro de 1962⁷¹, proferiu uma decisão, defendendo existir uma violação dos (então) artigos 85º e 86º do TCE, decisão da qual recorreu a federação escocesa, ainda que não tenha contestado o direito da Comissão Europeia de fazer uso do referido artigo 11º, com vista à sua anulação. Na sequência, o TPI, não conheceu a questão, tendo o acórdão transitado em julgado.

O caso das transmissões televisivas de competições futebolísticas na Alemanha⁷²

Para defender o sistema de venda centralizado, a DFB-Federação Alemã de Futebol- invocou, junto da Comissão, em sede de notificação desse sistema, que a venda centralizada dos direitos televisivos de futebol não cabe no escopo do (então) artigo 85º/1 TCE, na medida em que os consumidores, isto é, primeiramente os operadores

comercialização; desigual distribuição de rendimentos entre clubes, e abusos de posição dominante.

⁷⁰ Acórdão do TPI (Primeira secção), de 9 de Novembro de 1994, Proc. T-46/92, CJ (1994), II-p. 1039

⁷¹ Primeiro regulamento de execução dos artigos 85º e 86º TCE- JO 1962, 13, p. 204. A referida disposição permite à Comissão a obtenção de informações das empresas e associações de empresas.

televisivos, e depois, os espectadores, estão interessados na protecção do funcionamento de um campeonato. Invocou ainda não haver qualquer eliminação da concorrência ao nível comunitário⁷³

Presentemente a Comissão Europeia está a analisar se esta centralização conduz ou não a mecanismos de fixação de preços bem como que hipóteses e em que condições se prevê um sub-licenciamento.

O “Caso Champions League”⁷⁴

A UEFA, enquanto única organizadora das competições pan-europeias de futebol, é também a única entidade que retém importantes somas derivadas dos direitos televisivos dos jogos da “Champions League”, para além de só a ela caber negociar os patrocínios da mesma competição. Nesta medida, é inelutável o facto de exercer um monopólio de facto sobre o mercado dos direitos televisivos da referida competição. Este monopólio, de acordo com a UEFA, aliás indirectamente reconhecido pela Comissão como a mais eficiente forma de organização do desporto⁷⁵, resulta de acordos que foram notificados à Comissão Europeia.

Em notificação, a UEFA solicitou uma isenção a ser aplicada às regras relativas à Champions League, com vista à obtenção de um certificado negativo da Comissão Europeia⁷⁶. Entendendo ser, pelo menos, co-detentora dos direitos comerciais, a UEFA invoca os seguintes argumentos para obter a isenção:

- A regulamentação da *Champions League* prevê a redistribuição de grande parte das receitas pelos clubes participantes, à parte pequenos montantes destinados ao orçamento geral, a questões administrativas e a medidas de apoio financeiro à formação e educação dos jovens futebolistas⁷⁷;

⁷² Caso IV/37.214-DFB, JO C 6, 9.1.1999, p.10

⁷³ No que concerne à centralização na condução e conclusão dos contratos relativos à transmissão televisiva dos desafios de futebol disputados em território alemão pela selecção nacional alemã, o Bundeskartellamt já se pronunciou no sentido de violação das normas anti-trust do GWB- Sentença de 2 de Setembro de 1994.

⁷⁴ Caso IV/37.398, JO C 99, 10 de Abril de 1999, p. 23.

⁷⁵ “Modelo Europeu do Desporto”, Bruxelas, 1999, parág. 3.2.

⁷⁶ Nos termos do artigo 2º do já referido Regulamento 17/62.

⁷⁷ A ideia da redistribuição das receitas como forma de corrigir as disparidades financeiras susceptíveis de desequilibrar a competição em causa foi, aliás, vertida de forma expressa no p. 15 das já referidas Conclusões do Conselho Europeu de Nice. Aí se defende o contributo que tal redistribuição pode ter na solidariedade financeira entre desportistas profissionais e amadores na formação dos jovens e na promoção de actividades desportivas para a população. Encorajam-se ainda as organizações desportivas e os Estados-membros a estabelecer fundos de mutualização que permitam que as receitas dos direitos televisivos possam beneficiar a todos os níveis da prática desportiva, bem como todas as disciplinas.

- Foi a UEFA quem criou a competição, concepção essa com um formato que estabelece uma *brand identity* que é inteiramente distinta das identidades próprias de cada clube participante. Tal identidade criada só é possível fruto da centralização dos direitos comerciais, que redonda num produto distinto que é apresentado quer a *sponsors*, quer a operadores televisivos, quer a espectadores;
- É a UEFA que suporta uma larga gama de serviços organizados, assim como riscos financeiros decorrentes da garantia de atribuição de um montante mínimo aos participantes, independentemente das receitas geradas. Consequentemente, a centralização contribui para a solidariedade entre os clubes mais fortes e mais fracos financeiramente;
- A racionalização da distribuição dos direitos comerciais é maximizada se feita através de uma centralização que só beneficia os consumidores, que assim dispõem de um grande e variado número de clubes de futebol competindo ao mais alto nível europeu.

Refira-se que no que concerne ao eventual abuso de posição dominante, a nosso ver este não se verifica na situação em apreço. Com efeito, tal só ocorreria se a UEFA regulamentasse desta maneira de forma que obstruísse o estabelecimento de outras entidades organizadoras de desafios de futebol pan-europeus. E se algumas tentativas emergentes de criação das chamadas “ligas fechadas”- como a “Superliga Europeia” ou a “Pro Cup”- ainda não foram organizadas, tal situação parece não tardar.

O caso das transmissões televisivas ao sábado e domingo

A actual regulamentação da UEFA em matéria de radiodifusão (aplicável desde o início da época 2000/2001), que vigora após longo dos anos de queixas e posteriores modificações enviadas à Comissão Europeia, autoriza as federações nacionais membras a fixar no seu território um período preciso (duas horas e meia num sábado ou num domingo) durante o qual nenhum jogo de futebol pode ser transmitido na televisão do país respectivo enquanto outros se estejam a desenrolar. Tal regulamentação visa quer evitar a perda de espectadores nos estádios, preservando a sua atmosfera, quer evitar que jovens amadores deixem de praticar futebol.

As queixas que ao longo dos anos foram apresentadas surgiram naturalmente da parte de certos operadores televisivos aos quais foi bloqueada a transmissão de certos eventos cujos direitos haviam adquirido mediante o pagamento de avultadas quantias.

No entanto, a Comissão Europeia⁷⁸ é do entendimento de que para conciliar estes interesses contraditórios, devem prevalecer as características específicas do desporto, actividade que necessita de ser preservada, quer na sua prática quer na sua assistência. O período das duas horas aparentemente assegura que findo cada jogo, o adepto possa regressar a casa a tempo de assistir ao jogo que “esperou” as duas horas e meia para se iniciar.

Para aquela instituição comunitária, analisadas as queixas, o efeito causado no mercado não pode ser considerado como constitutivo de uma restrição sensível da concorrência na acepção do artigo 81º do TCE (ex- artigo 85º do TCE). Sustenta para tal que a regulamentação em causa se aplica apenas às transmissões ditas “voluntárias”, isto é, as produzidas ou organizadas especificamente para um determinado território com uma língua e/ou um conteúdo que interessam praticamente apenas a muito poucos operadores nacionais. Acrescenta que actualmente os campeonatos se disputam ao longo dos vários dias da semana e com diferentes horários, sendo que a programação variável dos desafios leva a que raramente se impeça na prática que quem adquiriu certos direitos deixe de poder transmitir.

Analisando igualmente o mercado emergente do futebol via Internet, a Comissão Europeia entendeu que actualmente a regulamentação em apreço não põe em causa as evoluções tecnológicas e económicas no sector.

O caso das transmissões televisivas do Campeonato do Mundo de Formula 1

A partir de 1994 a Comissão Europeia começou a investigar a organização e o funcionamento da Fórmula 1, em função de algumas queixas formais relativas às regras emitidas pela FIA e suas filiais- FOA e ISC- respeitantes aos direitos comerciais da competição. Dessa investigação, entre outras conclusões, a Comissão Europeia sustentou que o sistema exclusivo de transmissão televisiva violava o direito comunitário. Vejamos porquê.

Como condição para a sua participação no Campeonato do Mundo de Formula 1 as equipas membras da FIA deveriam anuir no referido sistema exclusivo. Este assentava na venda colectiva dos direitos feita pela FOA todos os anos com cerca de 60 operadores televisivos de todo o mundo, numa base territorial. Para cada Grande Prémio, o operador televisivo do país da organização da prova com a qual a FOA

⁷⁸ JO C 121, de 2000, p.14.

acordara a transmissão, sendo o único responsável pela filmar e tornar acessível o sinal aos operadores dos demais países. Aquele operador ficaria obrigado transmitir tudo o que de conexo com a Formula 1 se desenrolasse no seu país, sem hipótese de escolha e/ou recusa. Por outro lado, alguns dos acordos previam um desconto de 33% no preço a pagar pelo operador televisivo na condição de este não transmitir qualquer prova de desporto motorizado que não fosse organizada pela FIA.

A Comissão Europeia entendeu, desde logo, haver um conflito de interesse entre de um lado o papel legítimo da FIA em regulamentar ao desporto automóvel internacional e do outro os seus interesses comerciais, sobretudo no que aos direitos televisivos diz respeito. Para mais a FIA havia adquirido tais direitos através de uma forma abusiva, inviabilizando o sub-licenciamento dos mesmos a qualquer empresa que ficasse em posição de concluir legalmente contratos com os referidos operadores, para posteriormente os devolver à FOA ou à ISC, duas empresas controladas maioritariamente por Bernie Ecclestone, vice-presidente da FIA.

Notificada no sentido de por fim a este nítido abuso de posição dominante, e após inúmeras conversações, a FIA acordou em ceder os seus direitos comerciais relativamente à Formula Um por um período de 100 anos⁷⁹, acordo este que possibilita que doravante os interesses comerciais e a organização das provas de Formula 1 não fiquem mais concentrados na FIA, antes pelo contrário: apenas os direitos referentes aos aspectos de segurança dos eventos ficam na alçada da FIA, algo com manifesto pouco interesse comercial. E isto num um período suficientemente longo para evitar que os conflitos de interesses voltassem a ser uma realidade.

Consta ainda do novo acordo a aceitação da FOA em limitar a duração dos contratos de transmissão televisiva em sinal aberto para três e cinco anos , consoante os difusores sejam ou não os organizadores dos eventos (cujos gastos e riscos são superiores), tendo anuído ainda em suprimir as referidas disposições que penalizavam os radiodifusores caso transmitissem provas outras que não a Formula 1, tais como as corridas de carros tipo “open wheel”.

Está para breve a aprovação prévia da Comissão Europeia a este novo acordo, algo que ainda não sucedeu porquanto é intenção daquela instituição comunitária que terceiros interessados se possam exprimir emitindo as suas próprias observações, razão

⁷⁹ Vide www.fia.com

pela qual a descrição completa das novas disposições regulamentares será brevemente publicada no JO sob a forma de comunicação.

Permitimo-nos, porém, tecer uma breve consideração crítica ao novo acordo, levantando algumas interrogações. Desde logo, perguntamos: mesmo não sendo da sua competência a questão dos direitos de propriedade, não deveria a Comissão ter-se pronunciado face ao facto de a FIA ter cedido direitos que adquirira de forma abusiva?...

Outra interrogação: porque razão não se faz qualquer referência no acordo à duração dos contratos de transmissão televisiva a ser celebrados com operadores de televisão por cabo? Será que todas as provas automóveis internacionais se subsumem aos eventos de interesse geral que a “Directiva Televisão Sem Fronteiras” salvaguarda para sinal aberto?...

4. CONCLUSÕES

Findo este trabalho importa concluir em primeiro lugar que o acervo comunitário existente relativamente à aplicação das normas da concorrência ao sector desportivo é ainda muito escasso. A questão dos direitos de transmissão televisiva de eventos desportivos não foge à regra.

Atentas as características próprias da chamada “concorrência desportiva”, que resultam naturalmente das especificidades do próprio desporto, não se afigura fácil aplicar a este sector as mesmas regras que se aplicam a sectores comerciais “tout court”. A fronteira entre uma regra puramente desportiva e aquilo que consubstancia uma regra de índole económica não é fácil de delinear. Por outro lado, no desporto, e como procurámos demonstrar neste trabalho, a natureza do “produto”, do “comércio”, do “mercado” ou dos “consumidores” assume contornos, também eles, de clara especificidade.

Pese embora estas dificuldades, a tarefa de aplicação das normas comunitárias da concorrência à “paisagem audiovisual desportiva” é menos complexa do que idêntico exercício face a matérias mais intrínsecas ao próprio desporto, nas quais emergem os regulamentos de transferências dos atletas profissionais⁸⁰. Os direitos de transmissão

⁸⁰ Prova disto que referimos relativamente às regulamentações de transferências é o facto de não obstante fazer parte das questões prejudiciais formuladas em vários processos atinentes ao desporto, o TJC, ao contrário porém dos Advogados Gerais, tem-se furtado a examinar a natureza e a extensão de tal aplicação.

televisiva têm contornos mais comerciais⁸¹ e é já mesmo possível, após o estudo dos casos que referenciámos, indicar as únicas situações nas quais se devem isentar tais direitos da aplicação dos artigos 85º e 86º do TCE (agora, respectivamente, artigos 81º e 82º do TCE). Essas situações são duas:

- direitos de exclusividade para uma única competição/época; de curta duração; de duração necessária à implementação no mercado de um novo produto/serviço;
- regras que têm como fim último a solidariedade entre clubes grandes e clubes pequenos; entre desporto profissional e desporto amador.

Seja como for, a análise terá sempre de ser casuística, atendendo às características específicas e concretas dos intervenientes. Do elenco de casos que focámos, é possível concluir que na maioria das vezes a centralização da venda dos direitos de transmissão televisiva de eventos desportivos não é conforme ao direito comunitário da concorrência. Defensores que somos de que a titularidade de tais direitos cabe aos clubes e de que a negociação individual encerra muitas vantagens, não somos todavia insensíveis ao contributo que o espectáculo desportivo pode retirar da centralização dos ditos direitos, a bem também dos consumidores. Há, no entanto, que respeitar sempre o princípio da proporcionalidade.

Por maioria de razão, entendemos concomitantemente que a exclusividade conferida aos direitos comercializados em “pacote”, sobretudo se for de longa duração, é um sério obstáculo à prossecução de uma sã concorrência no mercado comum. Também neste aspecto, não somos indiferentes às vantagens que a exclusividade acarreta, as quais procurámos esquematicamente traçar.

Enquanto os tratados não consagrarem expressamente uma referência ao desporto, subsistirão inúmeros problemas que continuam por resolver. Noutra sede⁸² defendemos inclusivamente a inserção de um artigo específico para o desporto. Não obstante, tal previsão, que até poderá ter lugar finda a Conferência Intergovernamental em 2004, não poderá nunca por em causa um dos fundamentos basilares do mercado comum: a livre e sã concorrência. Como vimos, o TCE é flexível o suficiente para equilibrar a política comunitária da concorrência com a função social do desporto. A própria Directiva

⁸¹ “*Se há matéria estritamente comercial no campo desportivo, esse é seguramente o caso das transmissões televisivas- comércio puro*”, José Ribeiro e Castro, “A questão da especificidade do desporto. A inclusão do desporto no texto dos Tratados Europeus”, texto elaborado para o Simpósio organizado pela Confederação do Desporto de Portugal sobre “O papel das federações desportivas na concepção de um modelo europeu do desporto”, Lisboa, 19 e 20 de Abril de 2001.

⁸² ALEXANDRE MESTRE, “Contributo para juridicizar o desporto na UE”, in Forum Iustitiae Direito & Sociedade, Ano II, n. 16, Novembro de 2000, Lisboa, pp.71-74.

“Televisão Sem Fronteiras” o é. Aos clubes e aos operadores televisivos cabe então fazer uso dessa flexibilidade quando celebrarem contratos referentes às transmissões televisivas de eventos desportivos. A bem do desporto. Em prol de uma efectiva integração europeia.