

# EXCLUSIVIDADE, TERRITORIALIDADE E ESPECIFICIDADE: de que valem, afinal?



Alexandre Miguel Mestre  
Advogado e Docente Universitário  
alexandre.mestres@fpj.upp.pt

## 1. O PONTO DE PARTIDA

Imagine o leitor a seguinte situação: uma entidade organizadora de competições futebolísticas celebra acordos de exclusividade com operadores televisivos no âmbito dos quais, cada um deles, se compromete a emitir e explorar economicamente os jogos que organiza, comprometendo-se os operadores a não emitirem, fora do território objecto da licença. Para tornar esta exclusividade territorial e propiciarem aos seus clientes o visionamento televisivo daqueles jogos os proprietários de Pubs adquirem um certo discrificator num território não objecto da licença, a preço significativamente mais baixo do que aquele que pagariam aos operadores licenciados. Será este tornar conforme com o Direito da União Europeia (UE)?

A resposta será dada a breve trecho pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Já dispomos de uma pista: as conclusões da Advogada – Geral Kokott emidas a 3-02-2011. E sobre o essencial das mesmas que incluída este texto.

## 2. AS PRINCIPAIS CONCLUSÕES DA ADVOGADA – GERAL KOKOTT

Para Kokott, o facto de os titulares de direitos sobre programas via satélite impedirem terceiros não vinculados por contrato a esses direitos de ver e emitir tais programas noutros Estados-membros restringe a utilização de serviços provenientes de outros Estados-membros, em concreto o acesso a programas de televisão. Tal configura uma violação “particularmente intensa” da livre prestação de serviços (§ 175), uma vez que os direitos em questão não só dificultam o exercício da livre prestação de serviços como provocam uma compartimentação do mercado interno em mercados nacionais, separados uns dos outros, não relevando estar em causa o objectivo específico de proteger a propriedade intelectual, nem tampouco o facto de existirem franjas horárias vedadas à transmissão em directo de determinados jogos (ta Premier League).

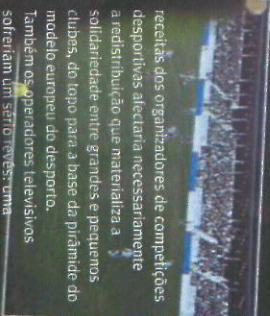
No que tangue às regras da concorrência, Kokott sustentou que uma obrigação contratual vinculada a uma licença de emissão em virtude da qual o operador televisivo deve impedir que os seus cartões descriptificadores sejam utilizados fora do território em causa tem o mesmo efeito que os acordos que proibem ou limitam as exportações paralelas. Mais, referiu que tal obrigação contratual visa excluir toda a concorrência entre operadores televisivos mediante o encerramento recíproco das zonas para que se tem licença. Assim sendo, um tipo de licença com protecção territorial absoluta é incompatível com o mercado interno.

## 3. QUE PONTO DE CHEGAR?

Caso o TJUE venha a decidir na mesma linha da Advogada – Geral, virgã a tese da “exaustão” dos direitos, ou seja, quem licença vende uma “unidade de conteúdo” – o direito a receber um serviço televisivo – que está apta a ser revendida em todo o território da UE, sem restrições transfronteiras. Uma vez pago o cartão descriptificador, o adquirente é livre de usar e vender num Estado-membro diferente daquele em que o cartão foi adquirido, criando-se um mercado de revenda de cartões descriptificadores “estrangeiros” no seio da UE.

Nesse cenário – verosímil, uma vez que o TJUE segue em mais de 70% das vezes as conclusões proferidas pelos seus

Advogados – Gerais – assistir-se-ia a uma revolução no panorama da indústria audiovisual no desporto, hoje largamente organizada em mercados nacionais, com evidentes repercussões na esfera dos organizadores de competições desportivas. E verdade que estes continuariam a poder vender os seus direitos a diferentes operadores televisivos, e em diferentes Estados-membros. Todavia, a perda da exclusividade teria necessariamente um impacto: o fisco bem real de o Valor dos direitos diminuir, pelo que os operadores televisivos passariam a pagar menos aos organizadores de competições desportivas pela aquisição de tais direitos, o que significaria menos dinheiro para se reinvestir no desporto, do profissional ao não profissional, dando em causa o desenvolvimento desportivo no curto e médio prazo. O fim ou um forte corte nas



receitas dos organizadores de competições desportivas afetaria necessariamente a redistribuição que materializa a solidariedade entre grandes e pequenos clubes, do topo para a base da pirâmide do modelo europeu do desporto. Também os operadores televisivos sofreriam um sério revés: uma “legalização” dos ora fraudulentos cartões descriptificadores afetaria a perda de

subscritores por parte dos operadores detentores de exclusivo, os quais, enquanto tal, deixariam tendencialmente de existir porquanto muitas vezes só o exclusivo garante o ressarcimento do investimento ou o prestígio essencial para captar e manter telespectadores. Por outro lado, é de admitir que, em reacção ao cenário em apreço, os organizadores das competições desportivas passarão a vender os seus direitos apenas nos mercados mais lucrativos da UE ou a conceder uma licença exclusiva pan-europeia, em prejuízo, respectivamente, dos operadores dos mercados menos “apetecíveis” e dos operadores mais pequenos, inibindo o surgimento de novos mercados.

Tudo isto poderia reduzir a escolha dos consumidores (em quantidade e/ou em qualidade), a inovação e a pluralidade. Muito mais haveria a dizer quanto à ponderação de benefícios e prejuízos que podem emergir caso o TJUE decida de acordo com as opiniões de Kokott. Mas é aí que, a meu ver, reside a principal crítica: a formulação da Advogada – Geral e simultaneamente a falta de oportunidade para que o TJUE venha a decidir em sentido diverso daquela. É que, salvo o

devido respeito, Kokott falhou ao não considerar o cenário acima referido, entre outros elementos essenciais, quedando incompleto o exercício do teste da proporcionalidade, algo que, a se “sanado” pelo TJUE, poderia levar a concluir que, afinal, há “razões imperiosas de interesse geral” que justificam a restrição ao artigo 52.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE).

De igual modo, pecou por deficiente a análise de Kokott à aplicação das normas da concorrência, desde logo ao não ter identificado o mercado relevante em causa, factor prévio essencial para se poder sustentar uma violação do artigo 101.º TFUE. Mais: entendo que a Advogada – Geral desvalorizou muito as “especificidades do desporto”, assinalando, é certo, a sua previsão no artigo 105.º TFUE (§ 46.º 207 e ss), mas não referindo as devidas consequências no plano da restrição à livre prestação de serviços nem as tendo em conta numa outra tarefa que ficou totalmente por fazer: a de alisar do eventual preenchimento dos requisitos do n.º 3 do artigo 101.º TFUE, que legitima certas restrições concorrenciais. Note-se a este propósito que a Comissão Europeia já assinalou que as restrições territoriais ajudam a realizar eficiências e a desenvolver novos mercados. A isto se poderia juntar uma atitude e apurada interpretação da jurisprudência dos tribunais da UE e da prática desportiva da Comissão Europeia.

Estou certo de que caso Kokott tivesse ido mais fundo teria constatado as causas e os fundamentos daquilo que a mesma admitiu:

“(O) facto de os direitos de transmissão de acontecimentos desportivos se concederem sob a base de uma exclusividade territorial constitui uma prática comercial habitual” (§ 34).

A terminar, tendo em atenção o supra dito, de-se à atenção do TJUE, a seguinte passagem do Livro Branco sobre o desporto na UE, adoptado pela Comissão Europeia:

“As questões relativas à relação entre o sector do desporto e a imprensa desportiva (em especial a televisão) tornaram-se cruciais, pois os direitos de transmissão televisiva são a principal fonte de receitas do desporto profissional na Europa. Ao mesmo tempo, os direitos de transmissão dos eventos desportivos constituem uma fonte de conteúdo determinante para muitos operadores dos meios de comunicação social.” (Sublinhado nosso).  
Aguardemos, pois, para conhecer o ponto de chegada, ou seja, de que valem, afinal, exclusividade, territorialidade e especificidade.

1. As conclusões reportam-se aos seguintes casos: C-403/08 e C-404/08 – Premier League e outros v. QC Leisure e outros e Akeron Murphy e Media Protection Services Ltd (julgamento paralelo no TJUE está o processo P-22/09 – C-22/09, UEFA e BSVB Ltd v. Euroview Sport Ltd).

2. Orientações da Comissão, de 13 de Outubro de 2000: “Comunicações relativas às restrições verticais (COM (2000) 39 final), JO C 29, de 13.10.2000, p. 13.

3. Binnerts, 11-07-2007, COM (2007) 394 final.