

GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS DE AUTOR E DIREITO DA CONCORRÊNCIA: O ÓTIMO É INIMIGO DO BOM OU VICE-VERSA - REFLEXÕES A PROPÓSITO DO CASO CISAC¹

Tânia Luísa F. e Faria²

Resumo: Os direitos de autor relacionados com trabalhos musicais têm vindo a tornar-se uma matéria controversa e o papel das sociedades de gestão coletiva, em virtude dos desenvolvimentos na distribuição musical em linha (*online*), enfrenta mudanças estruturais. Na verdade, a gestão coletiva de direitos de autor na União Europeia parece enfrentar uma fase de transição e a Comissão Europeia tem procurado introduzir um certo grau de concorrência nesta atividade. Este artigo procurará analisar os eventuais riscos jus-concorrenciais associados à atuação das sociedades de gestão coletiva de direitos de autor, no âmbito da União Europeia, enfatizando a base económica de uma apreciação deste tipo. Seguindo o fio condutor da abordagem aparentemente divergente do Tribunal Geral e da Comissão Europeia relativamente à atividade da *International Confederation of Societies of Authors and Composers* (CISAC) na União Europeia, teceremos algumas considerações quanto à incerteza dos ganhos de eficiência em virtude da concorrência entre sociedades de gestão coletiva, bem como relativamente à forma como os desenvolvimentos no direito da concorrência da União Eu-

¹ Artigo com base no estudo desenvolvido no âmbito do curso de Mestrado Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, concluído no ano de 2012. O meu agradecimento ao Professor Doutor Fernando Araújo pelo incentivo à investigação deste tema.

² Advogada da Sociedade de Advogados Uría Menéndez - Proença de Carvalho; Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Este artigo reflete o entendimento pessoal da autora relativamente às matérias nele incluídas.

ropeia parecem estar a transformar em infrações condutas anteriormente entendidas como conformes às normas aplicáveis.

Palavras-Chave: Direitos de autor, direito da propriedade intelectual, direito da concorrência, sociedades de gestão coletiva.

Abstract: Copyright law related to musical works has recently become a controversial area and the role of collecting societies, in light of the developments in online music distribution, is facing structural changes. In fact, collective management of copyrights in the European Union is in transition and the European Commission has been aiming to introduce a certain degree of competition in this activity. This article will examine the potential competition risks associated with the management of copyright by collecting societies, emphasizing the economics of this type of analysis. Following the thread of the apparently diverging approach undertaken by the European Commission and by the General Court to the International Confederation of Societies of Authors and Composers' (CISAC) activity in European Union, we will make some considerations on the uncertainty of the efficiency gains arising from introducing a certain degree of competition between collecting societies, as well as on how developments in European Union competition law are rendering previously lawful conduct unlawful.

Keywords: Copyright, intellectual property law, competition law, collecting societies.

1. INTRODUÇÃO / ENQUADRAMENTO



As criações intelectuais podem ser objeto de direitos de propriedade intelectual que permitem assegurar o exclusivo sobre uma determinada invenção, criação ou sinal distintivo. A propriedade intelectual inclui,

essencialmente, informação, conhecimento, um bem público, que tem características de não rivalidade e de não exclusão³. Na verdade, a utilização de informação, de conhecimento por parte de um agente económico não prejudica a utilização desta mesma propriedade intelectual por um outro operador. Os agentes económicos não autorizados (*freeriders*) não podem ser impedidos de utilizar a propriedade intelectual assim que esta for disponibilizada no domínio público (efeito de boleia). Deste modo, o custo marginal associado à utilização de informação/conhecimento inovador é reduzido e, em condições normais, sem intervenção do direito, haverá dificuldades por parte do inovador em exigir uma remuneração⁴.

Apesar de a inovação tecnológica ser um objetivo dos operadores económicos em mercados concorrenciais, visto que é possível acalantar a esperança de lucros extraordinários, o papel da investigação e da inovação em mercados concorrenciais é problemático. Na verdade, o efeito de boleia, que descrevemos anteriormente, resulta na tendência para o desaparecimento dos lucros extraordinários no longo prazo e poderá deixar os produtores sem recursos para financiar a investigação e o desenvolvimento das inovações tecnológicas.

Deste modo, a justificação *ex ante* para a concessão de direitos de propriedade intelectual é o propósito de incentivar o investimento em I&D, aumentando as expectativas de lucros do inovador. A justificação *ex post* prende-se com a recompensa do esforço dos inovadores na medida da utilidade destes para a sociedade. O inovador e a sociedade entram numa espécie de contrato em que o primeiro divulga o seu conhecimento em benefício da sociedade e esta última lhe concede, pelo menos temporariamente, a exclusividade da sua exploração.

O direito de propriedade intelectual inclui, essencialmen-

³ SAMUELSON, P., "The Pure Theory of Public Expenditure", *Review of Economy and Statistics*, 36(4), 1954, pp. 387.

⁴ STIGLITZ, J., "Economic Foundations of Intellectual Property Rights", *Duke Law Review*, 57, 2008, pp. 1699-1700.

te, o direito de propriedade industrial, os direitos de autor e os direitos conexos⁵. Os direitos de autor, que constituem o objeto deste artigo, englobam criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, com um âmbito de proteção menos abrangente e aprofundado (por oposição a patentes que tutelam invenções suscetíveis de aplicação industrial)⁶.

Tendo em conta estas especificidades, poderíamos concluir que, ao contrário do que sucede no caso das patentes, os direitos de autor só muito raramente serão fonte de poder de mercado⁷, não obstante terem estado envolvidos em importantes casos de direito da concorrência. Por exemplo, no âmbito da apreciação de concentrações, foram apreciados no caso *AOL/Time Warner*, aprovado, com condições, pela *Federal Trade Commission* norte-americana, em 2000⁸.

Ademais, a intensidade da proteção dos direitos de autor afigura-se, em muito casos, como resultando do esforço dos *lobbies* nesse sentido. Esta prática está documentada de forma mais desenvolvida nos Estados Unidos da América (“EUA”), onde os grupos de interesses ligados aos direitos de autor desenvolvem angariações de fundos para titulares de cargos políticos, escrevem músicas de campanha e convidam políticos para exibições privadas de filmes e para concertos⁹. Não é por acaso que, nos EUA, a lei que protege de forma generosa os direitos de autor tem o nome da antiga glória da música dos anos 60, Sonny Bono, que mais tarde iniciou uma carreira polí-

⁵ Outros direitos que a lei atribui a intérpretes e emissores que não são autores. Para mais desenvolvimentos, vide MOURA VICENTE, Dário, *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 51 e ss.

⁶ Adoptando a distinção constante dos Artigo 9.º e 27.º do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (conhecido como TRIPS - *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*).

⁷ RÉGIBEAU e ROCKETT, *The Relationship Between Intellectual Property Law and Competition Law: An Economic Approach*, 2004, p. 52. Disponível em <http://www.essex.ac.uk/economics/discussion-papers/papers-text/dp581.pdf>

⁸ Disponível em <http://www.ftc.gov/opa/2000/12/aol.shtm>

⁹ PARTY, W., “Copyright and the Legislative Process: A Personal Perspective”, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 14, 1996, p. 139.

tica como membro do Congresso norte-americano¹⁰.

A intensidade da tutela dos direitos de autor tem merecido mais cautela em alguns setores. Na União Europeia (“UE”), a Comissão Europeia (“CE”) questionou expressamente os efeitos positivos dos direitos de autor na diretiva das bases de dados¹¹. De acordo com o Livro Verde – O Direito de Autor na Economia do Conhecimento (*Green Paper on Copyright in the Knowledge Economy*), a CE pretende suavizar as regras relativas a estes direitos na UE, de forma a terem em consideração a perspetiva de vários utilizadores, como editores, bibliotecas, investigadores, pessoas com incapacidade e o público em geral¹².

Na verdade, sobretudo no caso específico dos direitos de autor, importaria considerar que o grau de tutela destes direitos deveria ter em conta a criatividade de um determinado setor e a economia deste. Produzir música é mais barato do que produzir filmes de ação, pelo que, no primeiro caso, será mais provável que a oferta se mantenha sem que exista proteção de direitos de autor. Contudo, apesar de, provavelmente, não termos filmes de grande orçamento se não fosse possível recuperar o investimento, tal não significa que não tivéssemos filmes de todo. A enorme produção “cinematográfica” colocada em plataformas como o *youtube* demonstra que a criatividade continua a existir independentemente de qualquer retorno económico¹³.

¹⁰ Sonny Bono Copyright Term Extension and Fairness in Music Licensing Act, No. 105-298, Title I, 112 Stat. 2827, de 27 de outubro de 1998.

¹¹ *Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à proteção jurídica das bases de dados*, JOUE L 77 de 27.3.1996. Esta diretiva, que visa a proteção do investimento substancial feito por produtores de bases de dados na UE, foi criticada por alguns autores que consideram que confere uma proteção excessivamente ampla, suscetível de prejudicar a pesquisa educativa e científica. Para mais desenvolvimentos, *vide* CLARK, Robert, “Database Protection in Europe – Recent Developments and Modest Proposal”, *Data Science Journal* 6: 12-20, 2007.

¹² Disponível em http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-info/greenpaper_en.pdf

¹³ LUNNEY argumenta, inclusivamente, que a proteção de direitos de autor incentiva um sobreinvestimento ineficiente em determinados projetos. No entanto, este

Deste modo, tendo em conta a distinção entre os vários direitos de propriedade intelectual e entre os diversos setores de atividade económica, a potencial ineficácia dos direitos de propriedade intelectual para incentivar o investimento em inovação deverá ser considerada, desde logo pelo próprio sistema de concessão de direitos de propriedade intelectual, que é muitas vezes falível, permitindo aos titulares destes direitos obstaculizar indevidamente o desenvolvimento e o acesso de operadores ao mercado.

Todavia, o direito da concorrência pode ter neste âmbito uma ação corretiva, sem prejudicar o papel dos direitos de propriedade intelectual no processo concorrencial, tendo em conta a diferenciação dos instrumentos de tutela, em especial em termos de âmbito e duração, em função dos setores e dos direitos em causa..

No que concerne à interação entre direito da concorrência e direito de propriedade intelectual, tipicamente estão em causa situações de abuso de posição dominante, na perspetiva da UE, ou de monopolização, no enquadramento norte-americano, através, sobretudo, da recusa de licenciamento, cuja correção passaria por soluções de obrigatoriedade de licenciamento.

Contudo, no que respeita especificamente aos direitos de autor, objeto deste artigo, sem prejuízo das características particulares destes, que podem minimizar, como referimos, o risco de questões de concorrência, têm sido colocadas questões de concorrência relacionadas com sociedades de gestão coletiva (“SGC”). As implicações concorrenciais da gestão coletiva de direitos de autor, especialmente no que respeita aos trabalhos musicais, têm estado recentemente sob o escrutínio da CE, dos tribunais da UE e das autoridades de concorrência dos Estados Membros, numa perspetiva de abuso de posição dominante,

sobreinvestimento será, normalmente, corrigido pelo mercado. Para mais desenvolvimentos, *vide* LUNNEY, G., “Reexamining Copyright’s Incentives Access Paradigm”, *Vancouver Law Review*, 1996, p. 483.

bem como de práticas concertadas restritivas da concorrência.

2. SGC E DIREITO DA CONCORRÊNCIA

2.1. OBJETIVO E ENQUADRAMENTO ECONÓMICO DAS SGC

As SGC, regra geral, congregam direitos de autor relacionados com bens e serviços protegidos por direitos deste tipo (por exemplo, livros, filmes e gravações musicais), em particular no que concerne aos trabalhos de compositores e músicos¹⁴. Estes direitos incluem, geralmente, o direito exclusivo de autorizar ou de proibir a exploração das obras protegidas, em particular os direitos de execução pública dessas obras.

As SGC adquirem os referidos direitos, seja por cessão direta dos titulares dos direitos originais ou por transmissão por parte de outras sociedades de gestão coletiva que gerem as mesmas categorias de direitos noutra país e concedem, em nome dos seus membros, licenças de exploração aos utilizadores comerciais, tais como as empresas de radiodifusão ou os organizadores de espetáculos. O portefólio de direitos de autor de que cada SGC dispõe constitui o repertório destas.

Na verdade, a distribuição de bens e serviços protegidos por direitos de autor exige o licenciamento dos direitos pelos diversos titulares (v.g., autores, artistas, intérpretes ou executantes e produtores), pelo que as SGC facilitam o licenciamento desses direitos, na medida em que são, tipicamente, utilizadas como elo de ligação entre uma multiplicidade de titulares de direitos de autor e um grande número de utilizadores comerciais, que praticam, quer formas de exploração tradicionais (por exemplo, radiodifusão ou retransmissão por cabo), quer novas formas de exploração (por exemplo, serviços de transferência

¹⁴ Para mais desenvolvimentos, vide MOURA VICENTE, Dário, *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, op. cit., p. 47.

ou de fluxo em tempo real).

A gestão dos direitos de autor implica que as SGC tenham de se assegurar de que cada titular dos direitos recebe a remuneração que lhe é devida pela exploração das suas obras, qualquer que seja o território no qual esta tenha lugar, bem como de que não ocorre qualquer exploração não autorizada de obras protegidas.

Ademais, as SGC assumem muitas vezes um papel fundamental na proteção e na promoção da diversidade das expressões culturais, permitindo o acesso aos repertórios mais pequenos e menos populares.

O grau em que os diferentes titulares de direitos e setores recorrem à gestão coletiva varia, sendo que este modelo é particularmente utilizado, como vimos, por autores de obras musicais (compositores e letristas).

A regulação da gestão coletiva dos direitos de autor nos Estados Membros é distinta, existindo em alguns casos a instituição de exclusivos legais e obrigações mais ou menos exigentes de contratar com titulares e utilizadores¹⁵. Todavia, ainda que a lei não o determine, a gestão dos direitos de autor parece ter generalizadamente evoluído no sentido de um monopólio por parte das SGC¹⁶.

Existem mais de 250 sociedades de gestão coletiva na UE. Em geral, existe uma sociedade deste tipo por Estado Membro representando a totalidade ou parte dos direitos de

¹⁵ Em Portugal, a Sociedade Portuguesa de Autores (“SPA”) organiza-se como uma cooperativa de responsabilidade limitada. A SPA autoriza a utilização das obras dos titulares de direitos de autor que representa, fixa as condições dessa utilização, cobra os direitos correspondentes a essa utilização e distribui os montantes cobrados, após dedução das comissões. Para mais desenvolvimentos, *vide* <http://www.spautores.pt>

¹⁶ Para mais desenvolvimentos, *vide* DREXL, Josef; NÉRISSON, Sylvie; TRUMPKE, Felix e HILTY, Reto, *Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Collective Management of Copyright and Related Rights and Multi-Territorial Licensing of Rights in Musical Works for Online Uses in the Internal Market COM (2012)372*, de 13 de janeiro de 2013, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2208971&download=yes

uma categoria de titulares nesse território, por exemplo, uma sociedade para autores, outra para produtores musicais e outra para intérpretes.

Em alguns casos, é possível que uma sociedade de gestão coletiva congregue os direitos de mais do que uma categoria de titulares e, em casos muito circunscritos, como em Espanha, pode existir mais do que uma entidade a representar a mesma categoria de titulares no mesmo país (por exemplo, as espanholas *Sociedad General de Autores y Editores* e a *Derechos de autor de Medios Audiovisuales*, sendo que ambas gerem os direitos de autor no que concerne a trabalhos audiovisuais).

Importa ainda referir que a generalidade das sociedades de gestão coletiva do Espaço Económico Europeu (“EEE”)¹⁷ são membros da *International Confederation of Societies of Authors and Composers* (“CISAC”), adotando um sistema de licenciamento territorial recíproco¹⁸.

Este tipo de organização parece apresentar benefícios económicos no que respeita à redução de custos de transação e à promoção da transparência, podendo representar, com os limites referidos, uma forma racional de os titulares superarem os problemas de antibaldios ou outros problemas de fragmentação¹⁹.

Em termos económicos, as SGC têm sido caracterizadas como monopólios naturais, uma vez que a concentração na actividade de gestão coletiva parece resultar em eficiência, na medida em que se traduzirá em custos mais reduzidos do que uma situação de concorrência²⁰. Até em jurisdições em que não

¹⁷ Inclui os Estados Membros da UE e os estados da Associação Europeia de Livre Comércio (EFTA), excepto a Suíça.

¹⁸ Para mais informações, consultar <http://www.cisac.org>

¹⁹ Para mais desenvolvimentos, vide MESTMÄCKER, Ernst-Joachim: *Collecting Societies*, in EHLERMANN, Claus-Dieter and ATANASIU, Isabela, *European Competition Law Annual 2005, The Interaction between Competition Law and Intellectual Property Law*, Hart Publishing, p. 343.

²⁰ Para mais desenvolvimentos relativos ao conceito de monopólio natural, vide ARAÚJO, Fernando, *Introdução à Economia*, Almedina, 2005, pp. 605 e ss.

existiu qualquer incentivo legal no sentido da concentração da gestão dos direitos de autor, o mercado parecer ter chegado naturalmente a esse resultado²¹.

Poderá dizer-se que a maioria dos economistas entende que um monopólio natural deve ser deixado intacto, mas regulado, sendo que a mesma perspectiva se poderia aplicar às SGC²². No entanto, entidades como a CE, como veremos mais detidamente infra, não estão convencidas das vantagens em termos de eficiência da atuação das SGC, nem tão pouco da inevitabilidade da ausência de concorrência em atividades deste tipo.

Para além das fragilidades em termos de direito da concorrência, que analisaremos no ponto seguinte, têm sido apontados às SGC problemas de falta de informação e de transparência, de má gestão financeira, incluindo oportunidades de licenciamento perdidas, de deduções de custos excessivas na remuneração dos direitos de autor, de degradação da qualidade do serviço e, em alguns casos, de licenciamento mais caro.

Além disso, têm surgido questões relacionadas com o licenciamento multiterritorial do repertório musical, uma vez que pode ser necessário combinar várias licenças multiterritoriais com licenças territoriais. Esta questão da territorialidade tem sido apreciada com particular acuidade no âmbito da UE, uma vez que tem implicações óbvias em termos de repartição do mercado único, tendo também, como veremos detidamente infra, sido associada a questões de concorrência.

2.2. POSSÍVEIS RESTRIÇÕES DA CONCORRÊNCIA

²¹ Para mais desenvolvimentos nesta matéria, *vide* BESEN, Stanley; KIRBY, Sheila e SALOP, Steven, “An Economic Analysis of Copyright Collectives”, *Virginia Law Review*, 78, p. 390 e KATZ, “The Potential Demise of another Natural Monopoly: New Technologies and the Administration of Performing Rights”, *Journal of Competition Law and Economics* 2.2, 2006, p. 552.

²² TRAIN, Kenneth, *Optimal Regulation: The Economic Theory of Natural Monopoly*, MIT Press 1991.

Como vimos, as SGC atuam no âmbito de enquadramentos jurídicos distintos no plano nacional e têm sido sujeitas a um escrutínio do ponto de vista do direito da concorrência, no plano interno e da UE.

A gestão coletiva assenta na aglutinação de direitos de autor, numa situação de concentração no mercado e de proximidade de operadores que podem ser caracterizados como concorrentes, sendo que situações deste tipo podem ter um impacto anticoncorrencial, encerrando os mercados e facilitando a fixação de preços.

Podem também conduzir a preços excessivos através de estratégias de licenciamento conjunto (*blanket licensing*), o que faz com que os clientes tenham de pagar pelo acesso ao pacote completo (toda a música), apesar de apenas estarem interessados num segmento (por exemplo, música sinfónica).

No caso da UE, as restrições territoriais ao licenciamento, sobretudo no que respeita aos direitos de exploração de obras musicais, põem em causa a filosofia subjacente ao mercado único, em especial porque a crescente relevância da exploração em linha de obras musicais trouxe para a ordem do dia a discussão quanto à necessidade de uma política de licenças adaptada à ubiquidade do ambiente em linha.

A liberdade de prestação transfronteiriça de serviços, vigente na UE, deverá, no entender da CE, determinar que os titulares dos direitos possam escolher livremente o gestor coletivo destes para a prestação de serviços musicais em todo o espaço da UE. Esse direito implica, segundo esta instituição, a possibilidade de confiar ou transferir a totalidade ou uma parte dos direitos de exploração em linha para um gestor coletivo de direitos, independentemente do Estado Membro de residência ou da nacionalidade, quer do gestor coletivo de direitos, quer do titular dos direitos.

A questão da necessidade de estruturas eficazes de gestão

transfronteiriça de direitos de autor no ambiente digital coloca-se igualmente de um ponto de vista de direito da concorrência. A CE tem enfatizado os riscos concorrenciais do modelo atualmente vigente, marcado pelo papel central das SGC nos territórios dos respetivos Estados Membros, sublinhando os méritos da concorrência, procurando dismantelar o que entende como monopólios das SGC nacionais, em especial no que respeita à administração dos direitos de exploração *online*.

Na verdade, a CE parece estar convicta de que o mercado da UE é suficientemente vasto para acomodar diversos fornecedores de serviços de gestão de direitos de autor e não reconhece à atividade de gestão coletiva de direitos de autor as particularidades do ponto de vista económico a que já nos referimos. No entender da CE, também nestes mercados, a concorrência potenciará o aumento da qualidade dos serviços, bem como uma redução dos custos.

A CE já analisou as atividades das SGC no âmbito dos Artigos 101.^{o23} e 102.^{o24} do TFUE, tendo em conta a eventual colaboração entre concorrentes, bem como os obstáculos ao

²³ Caso COMP/C2/38.698 — *CISAC*, de 16 de julho de 2008, que examinaremos de forma mais detida infra.

²⁴ Neste âmbito, *vide*, por exemplo, a decisão da Comissão Europeia no Caso /C2/37.219 *Banghalter & Homem Christo gegen SACEM*, de 12 de agosto de 2002. Neste caso, a situação de partida foi a recusa por parte da sociedade de autores francesa *SACEM* da inscrição dos compositores *Banghalter* e *Homem Christo*, que trabalhavam para o grupo *Daft Punk*. As regras da *SACEM* exigem que determinados direitos de autor dos seus associados tenham de ser administrados no âmbito da sociedade. Os referidos compositores pretendiam excluir determinados direitos do contrato com a sociedade francesa. Alguns destes direitos de autor eram já administrados pela sociedade britânica de autores de que os compositores faziam parte e estes pretendiam ainda administrar individualmente parte dos direitos remanescentes. Em Espanha, a *Comisión Nacional de la Competencia* sancionou, em 2012, a *Sociedad General de Autores y Editores* (SGAE) por abuso de posição dominante no mercado de gestão coletiva, por preços excessivos e discriminatórios relativos a autorizações relacionadas com a reprodução de obras musicais em festas de casamentos, batizados e comunhão. A *AGEDI/AIE* (*Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales e Artistas, Intérpretes y Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España*) foi também sancionada por abuso de posição dominante em virtude da imposição de remunerações excessivas a operadores de televisão.

licenciamento. Em julho de 2012, a CE publicou a *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à gestão coletiva dos direitos de autor e direitos conexos e ao licenciamento multiterritorial de direitos sobre obras musicais para utilização em linha no mercado interno* (“Proposta de Diretiva”)²⁵. Esta proposta parece derivar do modelo proposto pela CE na *Recomendação da Comissão, de 18 de maio de 2005, relativa à gestão transfronteiriça coletiva do direito de autor e dos direitos conexos no domínio dos serviços musicais em linha legais* e procura alterar, pelo menos no que respeita à difusão *online*, o sistema de gestão coletiva de direitos de autor, com o objetivo de estimular a concorrência no plano dos titulares dos direitos²⁶.

No entender da CE, o desenvolvimento de um mercado único de conteúdos culturais em linha levou a pedidos de alteração do licenciamento dos direitos de autor, nomeadamente do licenciamento dos direitos de autor de obras musicais, uma vez que os prestadores de serviços de música em linha enfrentam dificuldades na obtenção de licenças que englobem mais do que um Estado Membro. Esta situação conduz, segundo a CE, à fragmentação do mercado destes serviços na UE, impedindo os autores de serem tão bem remunerados quanto poderiam, bem como os consumidores de beneficiarem do mais amplo acesso possível aos repertórios musicais.

Deste modo, a Proposta de Diretiva pretende substituir um único ponto de entrada no espaço da UE por uma multiplicidade de opções de licenciamento multiterritorial. O passaporte europeu de licenciamento, no entender da CE, incentivaria a agregação de repertórios para utilização em linha de obras musicais na UE. As sociedades de gestão coletiva que pretendessem licenciar os direitos em linha sobre obras musicais numa

²⁵ Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0372:FIN:PT:PDF>

²⁶ Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32005H0737:PT:HTML>

base multiterritorial teriam de cumprir um conjunto de condições destinadas a assegurar um tratamento de dados e capacidades de faturação, a conformidade com certas normas de transparência no que diz respeito aos titulares de direitos e utilizadores e a possibilidade de utilização de um mecanismo de resolução de litígios. O direito de acrescentar um repertório a uma entidade com passaporte asseguraria que todos os titulares pudessem ter os seus direitos licenciados numa base multiterritorial. Estas medidas, segundo a CE, poderão garantir que os repertórios nacionais não ficam encerrados num território, sendo que pressão competitiva propiciada por este novo modelo poderá resultar em práticas de licenciamento mais eficientes.

Todavia, a fundamentação económica do entendimento da CE quanto a esta matéria é, pelo menos, questionável. Na verdade, ainda que pudessem existir diversos operadores no que respeita à gestão coletiva de direitos de autor, é discutível se existiria verdadeira concorrência.

Na verdade, nem nos maiores mercados integrados de direitos de autor, os EUA e o Japão, existe concorrência efetiva entre os fornecedores de serviços de gestão de direitos de autor. Ademais, os efeitos de rede associados à gestão coletiva de direitos de autor favorecerão as SGC de maior dimensão, tendo em conta, em particular, que estamos perante um *two-sided market*, e, em virtude dos custos elevados de entrada, a contestabilidade dos mercados para a gestão de direitos de autor será, provavelmente, sempre reduzida.

Parece que, ainda que a concorrência possa existir no curto prazo, a tendência será para a concentração, considerando as economias de escala e os efeitos de rede, pelo que o monopólio tenderá a instalar-se naturalmente²⁷.

Na verdade, conforme assinalam, por exemplo, os comentários do *Max Plank Institute* à Proposta de Diretiva, a ges-

²⁷ TOWSE, Ruth e HANDKE, Christian, *Economics of copyright collecting societies*, 38 IIC, 2007.

tão coletiva de direitos de autor, incluindo o modelo de licenciamento recíproco, terá emergido do monopólio natural das sociedades de gestão coletiva nos seus respetivos territórios, uma vez que este sistema parecia responder adequadamente às necessidades económicas dos titulares e dos utilizadores. Esta situação de monopólio natural, conjuntamente com o modelo de licenciamento recíproco, que previa a agregação do repertório, bem como a prática de *blanket licensing*, permitiu às sociedades de gestão coletiva ultrapassar as questões da fragmentação de direitos e da incerteza jurídica de uma forma que a abordagem da CE parece não permitir²⁸.

Conforme referimos anteriormente, a intervenção do direito da concorrência em matérias relacionadas com direitos de propriedade intelectual não deve ter lugar a qualquer custo. O direito da concorrência não pode impedir as empresas de encontrarem soluções de direito privado para superar problemas de antibaldios. A intervenção do direito da concorrência deverá limitar-se a situações em que as perdas de eficiência não são compensadas por vantagens para a sociedade²⁹.

3. O CASO CISAC

3.1. A DECISÃO DA CE

Em 16 de julho de 2008, a CE adotou uma decisão que proibiu 24 sociedades de gestão coletiva, estabelecidas no EEE, de restringir a concorrência através da imposição de condições para a gestão e licenciamento dos direitos de execução pública de trabalhos musicais na Internet, por satélite e por retransmissão por cabo³⁰.

²⁸ DREXL, Josef; NÉRISSON, Sylvie; TRUMPKE, Felix e HILTY, Reto, *op. cit.*

²⁹ SCOTT, Kieff e PAREDES, T. A. “Engineering a Deal: Toward a Private Ordering Solution to the Anticommons Problem”, *Boston College Law Review* 48, 2007, p. 111.

³⁰ COMP/C2/38.698 - CISAC, de 16 de julho de 2008.

O caso foi iniciado por denúncias apresentadas pelo grupo de radiodifusão sonora e televisiva *RTL* e pela *Music Choice Europe*, que fornece serviços de radiodifusão e de televisão na Internet, uma vez que ambas as empresas pretendiam, sem sucesso, obter junto das sociedades de gestão coletiva licenças multiterritoriais. A denúncia apresentada pela *Music Choice Europe* referia especificamente a CISAC e o contrato-tipo vigente no âmbito desta.

A CISAC, a que já nos referimos anteriormente, é uma organização sem fins lucrativos, de direito francês e dotada de personalidade jurídica, sendo um dos seus principais objetivos promover a representação recíproca entre as SGC no plano mundial.

Neste âmbito, foi elaborado um contrato-tipo, não vinculativo, cuja versão inicial remonta a 1936, que deve ser completado pelas SGC contratantes, nomeadamente no que diz respeito à definição do território de exercício. Com base no contrato-tipo, as SGC celebraram acordos de representação recíproca (“ARR”), através dos quais se conferem mutuamente o direito de conceder licenças. Deste modo, cada SGC pode oferecer no seu território o repertório de todos os artistas representados pelas demais entidades com as quais concluíram acordos de representação. Os ARR cobrem não apenas o exercício dos direitos para as aplicações tradicionais ditas *off-line* (sem estar em linha, v.g., concertos, rádio, discotecas, etc.), mas também a exploração na Internet, por satélite ou por retransmissão por cabo.

De acordo com o entendimento da CE, as sociedades de gestão coletiva, membros da CISAC, atuam nos seguintes mercados: (i) fornecimento de serviços de gestão de direitos de autor aos titulares dos direitos, (ii) fornecimento de serviços de gestão de direitos de autor às outras SGC; e (iii) concessão de licenças relativas aos direitos de execução pública aos utilizadores para a exploração na Internet, por satélite e por retrans-

missão por cabo.

Do ponto de vista geográfico, de acordo com as conclusões da CE, o primeiro mercado teria um âmbito nacional, mas, se deixassem de existir restrições de adesão, poderia ser mais amplo. O segundo mercado, também no entender da CE, apresentava elementos transfronteiriços, uma vez que as atividades de transmissão através da Internet não estão limitadas a um único país do EEE. Por fim, embora historicamente o terceiro mercado tenha sido definido como tendo um âmbito nacional devido à necessidade de uma supervisão local, segundo a CE, este poderia não ser o caso no que respeita à concessão de licenças de exploração na Internet, por satélite e por retransmissão por cabo, uma vez que estas formas de exploração seriam passíveis de supervisão à distância.

A decisão da CE visa, essencialmente, conforme veremos mais detidamente adiante, as cláusulas do contrato-tipo respeitantes: (i) à adesão dos titulares dos direitos às SGC (“cláusula de adesão”); (ii) ao caráter exclusivo da representação que as SGC se concedem mutuamente (“cláusula de exclusividade”); e (iii) ao âmbito territorial dos ARR³¹.

A cláusula de adesão visada pela CE determinava que as sociedades contratantes não podiam, sem o consentimento das demais, aceitar como membro um autor que já fosse membro de outra SGC ou um autor com nacionalidade de um Estado em que atuasse outra sociedade. A CE entendeu que esta cláusula era suscetível de restringir a capacidade de um autor se tornar membro da SGC à sua escolha ou simultaneamente membro de várias sociedades deste tipo com o objetivo de gerir os seus direitos em diferentes territórios do EEE. A CE considerou que esta cláusula teria objeto e efeitos restritivos no mercado da prestação de serviços de gestão de direitos de autor.

³¹ Para mais desenvolvimentos, *vide* ANDRIES, Alain e JULIEN-MALVY, Bruno “The CISAC decision - creating competition between collecting societies for music rights”, *Competition Policy Newsletter* 3, 2008, p. 53 e ss.

Também a cláusula de exclusividade incluída do contrato-tipo mereceu uma apreciação negativa por parte da CE. Nos termos desta cláusula, a SGC autoriza outra sociedade a licenciar e a administrar o seu repertório no território desta última, de forma exclusiva.

Esta cláusula, que existia num número substancial de ARR, segundo a CE, obstaculizaria o licenciamento, por parte de uma sociedade de gestão coletiva, dos seus direitos noutros territórios ou a intervenção de outra sociedade no território da primeira. Consequentemente, em virtude desta cláusula, existiria a garantia recíproca de monopólios nos mercados nacionais para a concessão de licenças a utilizadores comerciais, restringindo-se, no entender da CE, a concorrência entre sociedades de gestão coletiva no mercado para o licenciamento de direitos de execução pública a utilizadores comerciais.

A decisão considera ainda ter existido uma prática concertada entre as 24 SGC em causa, em virtude da qual estas limitaram a sua representação aos territórios de outras sociedades de gestão coletiva para a execução de trabalhos musicais na Internet, por cabo e por satélite. Na verdade, de acordo com a decisão da CE, todos os ARR contêm uma cláusula relativa ao âmbito territorial da licença, nos termos da qual uma sociedade localizada no Estado Membro A pode autorizar uma sociedade localizada no Estado Membro B a licenciar o seu portefólio apenas no território do Estado Membro B.

Nos termos da análise da CE neste caso, a questão das restrições territoriais, em particular no que diz respeito a novas formas de exploração, teria sido tema de discussões multilaterais entre sociedades de gestão coletiva no contexto da CISAC, tendo as sociedades de gestão coletiva alegadamente coordenado as suas posições.

No entender da CE, esta restrição sistemática não pode ser explicada pelo comportamento individual no mercado ou pela alegada proximidade entre o licenciante e o utilizador co-

mercial. O paralelismo de comportamento neste caso só poderia resultar da existência de uma prática concertada com respeito a esta matéria.

A decisão realça que não é necessária uma presença local para monitorizar a utilização das licenças de execução na Internet, por satélite e por cabo e que as sociedades de gestão coletiva têm capacidade para atribuir licenças multiterritoriais.

A decisão analisou apenas a questão do balanço económico positivo (previsto no Artigo 81.º, n.º 3 do TFUE e no Artigo 53.º, n.º 3 do EEE) em relação à alegada prática concertada. Com efeito, a CE não põe em causa a existência de vantagens nos ARR em termos de *one-stop-shop* e de monitorização adequada. Contudo, considera que a restrição territorial não é necessária para a obtenção destes benefícios e que elimina a concorrência no mercado da gestão dos repertórios de outros membros da CISAC, bem como no mercado do licenciamento dos direitos.

A decisão determinou que as sociedades de gestão coletiva cessassem as infrações relativas às cláusulas de exclusividade e de adesão incluídas nos ARR, bem como a alegada prática concertada no prazo de 120 dias, tornando a sua prática conforme à natureza transfronteiriça da emissão por satélite, cabo ou Internet.

3.2. O ACÓRDÃO DO TRIBUNAL GERAL DA UE

A CISAC e várias sociedades de gestão coletiva, entre as quais a SPA, apresentaram recurso da decisão da CE junto do Tribunal Geral da UE (“TG”), discordando, essencialmente, da alegação de que a existência de restrições territoriais idênticas nos contratos de representação recíproca celebrados entre as SGC em causa era o resultado de uma coordenação ilegal que violava as leis de concorrência da União Europeia (de acordo com a CISAC, as questões relacionadas com as cláusulas de

adesão e de exclusividade foram solucionadas com a alteração do contrato-tipo, até antes da decisão final da CE)³².

No que respeita à previsão do contrato-tipo relativa à territorialidade, o TG constatou que este não prevê explicitamente limitações territoriais nacionais, mas limita-se a convidar as SGC a definir o âmbito territorial dos mandatos que estas se atribuem nos ARR. A CE argumentava na sua decisão que o paralelismo na concretização desta previsão nos ARR tinha origem na concertação entre as SGC.

A CISAC e as sociedades recorrentes chamaram a atenção do TG para a falta de apresentação de provas nas quais as alegações da CE pudessem encontrar apoio para concluir pela existência de uma prática concertada relativa às limitações territoriais.

O simples facto de as SGC se terem encontrado no âmbito das atividades geridas pela CISAC e de existirem formas de cooperação entre elas não constituiu, enquanto tal, um indício de uma concertação proibida. Com efeito, quando o contexto no qual têm lugar as reuniões entre as empresas acusadas de terem violado o direito da concorrência demonstra que essas reuniões eram necessárias para tratar de questões não respeitantes a violações do referido direito, a CE não pode presumir que as mesmas tivessem tido por objeto a concertação sobre práticas anticoncorrenciais. O TG observou que a CE não apresentou qualquer prova do facto de as reuniões organizadas pela CISAC terem como objeto a restrição da concorrência relativa às limitações territoriais nacionais.

Ademais, a CISAC e as restantes recorrentes apresentaram explicações para o comportamento paralelo das SGC que não a existência de uma concertação, cuja possibilidade foi apreciada pelo TG.

De facto, foi argumentado perante o TG que a inclusão de restrições territoriais nos ARR é apenas justificada por ra-

³² T-442/08 - CISAC contra Comissão, de 12 de abril de 2013.

zões lógicas, até de senso comum, relacionadas com a eficácia da gestão do direito de autor em diferentes territórios; e que a existência de restrições idênticas nos diferentes contratos não era o resultado de nenhum tipo de concertação, mas sim fruto de uma decisão independente de cada sociedade. Além disso, esta tinha sido historicamente a prática a que o mercado tinha conduzido as SGC relativamente às formas de exploração mais tradicionais, sem que a CE a tivesse posto em causa.

O TG constatou que, enquanto a CE apenas colocava em questão as restrições territoriais relativas a três formas de exploração – Internet, satélite e cabo –, o contrato-tipo da CISAC e os ARR que o tomavam como modelo já estavam em vigor muitos anos antes daquelas tecnologias se terem desenvolvido. Este órgão judicial entendeu que a chegada de novas tecnologias não pode automaticamente tornar as estruturas de gestão coletiva existentes em práticas anticoncorrenciais.

O TG aceitou, igualmente, os argumentos económicos para mandar apenas uma sociedade com presença local em cada um dos territórios estrangeiros. Entre as justificações para mandar apenas uma sociedade por território, o TG deu particular relevo à necessidade de assegurar que os direitos dos membros de uma sociedade sejam adequadamente protegidos e defendidos. Ao fazê-lo, o TG entendeu como justificado que uma sociedade estabeleça os limites territoriais dos mandatos que confere e que designe como sua representante, em cada país, a sociedade local, dado ser esta a que terá um maior conhecimento, competência e capacidade de contactar os utilizadores e monitorizar qualquer utilização não autorizada no seu mercado. Na verdade, segundo o TG, uma das falhas da análise da CE foi ter-se focado nos usos autorizados, não tendo demonstrado como é que as sociedades de gestão coletiva poderiam ultrapassar as questões relacionadas com a monitorização de usos não autorizados.

Deste modo, o TG admitiu poderem existir legítimas ra-

zões para que uma sociedade não queira entrar em concorrência no que diz respeito aos direitos dos seus membros num determinado território.

Com base na análise efetuada, o TG anulou a parte da decisão da CE relativa às “práticas concertadas respeitantes às restrições territoriais” nos contratos de representação recíproca.

CONCLUSÃO

O acórdão CISAC marca o último desenvolvimento significativo na UE em matéria de implicações concorrenciais da atividade das SGC. Na verdade, num momento em que a CE parecia preparar-se para revolucionar a gestão de direitos de autor na UE, através da Proposta de Diretiva, o TG poderá ter introduzido, pelo menos, um novo compasso de espera, ao não subscrever as conclusões da CE quanto aos riscos jusconcorrenciais das sociedades de gestão coletiva.

Todavia, apesar da importância atribuída ao acórdão CISAC, na verdade, talvez o TG tenha dito menos do que aquilo que se pretende ler. Na verdade, a decisão da CE tinha, em grande medida, permitido às SGC manter o sistema de acordos bilaterais, bem como a gestão de direitos de autor no seu território. Como vimos, a CE não põe em causa, em abstrato, a existência do modelo contratual da CISAC, nem a necessidade de cooperação entre SGC, desde que essa cooperação não ponha em causa as regras de concorrência.

Não obstante, imbuída de um quadro económico que lhe permite ver vantagens na promoção da concorrência entre os titulares dos direitos, a CE tentou encontrar uma base anticoncorrencial para uma abordagem paralela por parte das SGC, em termos de limitação territorial.

O acórdão do TG põe, fundamentalmente, em causa a recolha de provas e a completude da análise (em particular no que respeita à monitorização dos usos não autorizados) por

parte da CE neste processo, evidenciando também contradições entre a decisão e as intervenções da CE junto deste tribunal. Pretender retirar desta decisão uma mudança na orientação no plano da UE com impacto no processo legislativo relativo à Proposta de Diretiva poderá ser exagerado e não é de esperar que a convicção da CE quanto a esta matéria tenha ficado fatalmente abalada pela decisão do TG.

Não obstante, as conclusões do TG podem ser importantes para temperar alguma precipitação da CE nesta matéria. A escolha de um modelo de gestão e licenciamento de direitos de autor, sobretudo com a emergência de meios de exploração indiferentes às fronteiras nacionais, parte de uma perspetiva essencialmente económica. Em termos económicos, como vimos, os direitos de autor têm grandes especificidades em relação a outros direitos de propriedade intelectual, que podem justificar uma abordagem distinta em termos de direito da concorrência. Ademais, se as SGC puderem ser caracterizadas como monopólios naturais, sendo que existem indícios relevantes nesse sentido, a intervenção da CE, nos termos descritos, será com grande probabilidade contraproducente.

