

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
VERICA TRSTENJAK
apresentadas em 11 de Setembro de 2008 ¹([1](#))

Processo C-52/07

**Kanal 5 Ltd
TV 4 AB
contra
Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM)**

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Marknadsdomstolen (Suécia)]

«Artigo 82.º CE – Posição dominante no mercado – Abuso – Organismo de gestão de direitos de autor – Organização com monopólio de facto – Emissão por televisão – Método de cálculo da remuneração»

Índice

- I – Introdução
- II – Quadro jurídico
 - A – Direito comunitário
 - B – Direito nacional
- III – Matéria de facto, processo principal e questão prejudicial
 - A – Matéria de facto
 - B – Processo principal e questão prejudicial
- IV – Tramitação do processo no Tribunal de Justiça
- V – Alegações dos participantes
- VI – Apreciação jurídica
 - A – Notas prévias
 - B – Quanto à primeira questão prejudicial

1. A prestação do STIM
 2. A remuneração
 3. Relação entre a remuneração e a prestação
 - a) Parte fixa do rendimento
 - b) Parte variável sobre o rendimento
 4. Conclusão
- C – Quanto às segunda e terceira questões prejudiciais
1. Métodos de cálculo como os que o STIM actualmente aplica
 - a) Determinação e quantificação da utilização de obras musicais protegidas por direitos de autor
 - b) Determinação e quantificação das audiências
 - c) Tomada em consideração de outros factores para o aumento das receitas
 - d) Conclusão
 2. Outros métodos de cálculo potenciais
- D – Quanto à quarta questão prejudicial
1. Condições desiguais para prestações equivalentes
 2. Relação de concorrência
 3. Conclusão

VII – Conclusão

I – Introdução

1. No presente pedido de decisão prejudicial está em causa uma remuneração que o organismo sueco de gestão de direitos de autor exige aos canais de televisão pela utilização de obras musicais, protegidas por direitos de autor, do repertório total por ele gerido. As questões colocam-se no litígio entre canais privados de televisão e o organismo sueco de gestão de direitos de autor. Neste litígio, os canais privados de televisão pretendem que o organismo de gestão de direitos de autor seja proibido de utilizar determinados métodos para o cálculo da remuneração. O tribunal *a quo* pretende saber se a utilização de determinados métodos para o cálculo desta remuneração constitui um abuso de posição dominante na acepção do artigo 82.º CE.

II – Quadro jurídico

A – *Direito comunitário*

2. Segundo o artigo 82.º CE, 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 abusarem de uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste. Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

- a) Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas.
- b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico, em prejuízo dos consumidores.
- c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência.
- d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.

B – *Direito nacional*

3. Na Suécia, os direitos de autor são regulados pela Lag [1960:729] om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk [Lei (1960:729) sobre o direito de autor das obras literárias e artísticas (a seguir «URL»)]. Segundo essa lei, o autor de uma obra musical tem um direito exclusivo com fundamento no qual pode controlar, em especial, a execução pública da sua obra musical (a seguir «direitos de execução»), bem como a sua gravação e reprodução (a seguir «direitos de reprodução mecânica»). Terceiros não podem, em princípio, sem a sua autorização (licença) executar, gravar ou reproduzir. O autor pode exigir taxas pela concessão da licença.

4. O direito de autor sueco prevê uma regulamentação especial para os canais de televisão. Segundo os § 42a) e § 42e) da URL, os canais de televisão podem acordar uma «licença contratual» com um organismo de gestão de direitos de autor que representa a maioria dos autores suecos numa determinada área dos direitos de autor. Se os canais de televisão dispuserem dessa «licença contratual» o Governo sueco pode conceder-lhes uma licença em branco para a utilização das correspondentes obras protegidas pelos direitos de autor. Já não é necessária uma autorização de cada autor individual.

5. O artigo 23.º da Konkurrenslagen [1993:20] (Lei da Concorrência, a seguir «KL») prevê que a Konkurrensverket (Autoridade Nacional da Concorrência) pode impor a uma empresa que ponha termo a uma violação do artigo 82.º CE. Prevê, além disso, que o interessado pode recorrer ao Marknadsdomstolen (Tribunal de Comércio) quando a Autoridade Nacional da Concorrência considerar a sua queixa infundamentada.

III – **Matéria de facto, processo principal e questão prejudicial**

A – *Matéria de facto*

6. O Kanal 5 Ltd (a seguir «Kanal 5») e a TV 4 AB (a seguir «TV 4») são canais de televisão privados. A Sverige Television (a seguir «SVT») é um canal de televisão de serviço público.

7. A Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå u.p.a. (a seguir «STIM») é um organismo de gestão de direitos de autor. Os membros do STIM são autores de obras musicais e editoras de música. Através da sua adesão, os membros transferem para o STIM os seus direitos à remuneração pelo uso das suas obras pelos canais de televisão. O STIM exerce estes direitos face aos canais de televisão e distribui pelos seus membros as remunerações obtidas.

8. O STIM celebrou contratos de reciprocidade com os organismos seus congéneres noutros Estados-Membros e em países terceiros. Em consequência, o STIM pode gerir na Suécia tanto a totalidade do seu repertório como a totalidade do repertório dos organismos congéneres (2).

9. Na determinação do montante das remunerações, o STIM aplica três modelos diferentes relativamente aos canais de televisão:

- O STIM exige do Kanal 5 e da TV 4 uma remuneração de acordo com a chamada *tarifa principal*. Em consequência, o STIM cobra uma parte das receitas auferidas pelos canais de televisão com a venda de espaços publicitários e, subsidiariamente, com a venda de blocos publicitários e com contratos de assinatura (a seguir: receitas de contratos de publicidade e de assinaturas). Esta parte não é fixa; pelo contrário, é determinada uma percentagem que tem em consideração a quota musical anual do canal de televisão. O montante desta parte aumenta e diminui de acordo com a quota musical anual, mas não é idêntica à quota musical, ficando, pelo contrário, claramente abaixo (3). Além disso, são, ainda, feitas determinadas deduções para os custos de distribuição (4).

A quota musical anual é a parte do tempo de emissão anual de um canal de televisão, durante o qual este utiliza obras musicais protegidas por direitos de autor, no tempo de emissão anual total. A quota musical anual é determinada através de relatórios que o Kanal 5 e a TV 4 apresentam ao STIM. Estes relatórios revelam durante quanto tempo uma obra musical protegida foi utilizada em cada emissão individual. A quota musical anual é determinada *ex post* para o total do ano.

- O STIM exige ao SVT uma remuneração segundo outro modelo de cálculo. O SVT é financiado, no essencial, por taxas estatais e quase não tem receitas de publicidade. Por isso, são calculadas para o SVT receitas fictícias de contratos de publicidade (5). O STIM exige do SVT uma parte destas receitas fictícias de contratos de publicidade, a qual tem em consideração a quota musical anual do SVT. Porém, a quota musical anual do SVT é prevista *ex ante*, não havendo lugar a uma tomada em consideração da efectiva quota musical do SVT *ex post*.
- A chamada *tarifa mínima* é aplicada pelo STIM aos canais de televisão que ainda não atingiram um grande volume de negócios. Esta tarifa baseia-se no número de horas de música por ano e na audiência efectiva dos canais de televisão em questão. A audiência efectiva é expressa com base no número de telespectadores por dia (6).

B – *Processo principal e questão prejudicial*

10. O Kanal 5 e a TV 4 apresentaram em Outubro de 2004 no Konkurrensverket um pedido de intimação contra o STIM, por abuso de posição dominante. O Konkurrensverket concluiu, no entanto, que não havia fundamento para um procedimento por violação do artigo 82.º CE. Em consequência, o Kanal 5 e a TV 4 recorreram ao Marknadsdomstolen (órgão jurisdicional de reenvio), pedindo que proibisse o STIM de utilizar determinados métodos de cálculo para a fixação da remuneração. Os pedidos de proibição apresentados pelo Kanal 5 e da TV 4 são formulados, em parte, de forma geral, sem referência aos métodos de cálculos utilizados actualmente pelo STIM.

11. O tribunal *a quo* concluiu que o mercado relevante do ponto de vista material e geográfico é o mercado sueco da difusão televisiva de obras musicais protegidas por direitos de autor e que o STIM, com base na sua posição de monopólio de facto, tem uma posição dominante neste mercado. Concluiu, além disso, que o comportamento do STIM é susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros. No seu pedido de reenvio prejudicial, o tribunal *a quo* refere, sobre isso, em primeiro lugar, que os métodos de cálculo também são aplicáveis à remuneração pelo uso de obras musicais de nacionais de outros Estados-Membros protegidas por direitos de autor. Acresce que uma parte das empresas, com as quais o Kanal 5 e a TV 4 celebraram contratos de publicidade, estão estabelecidas noutros Estados-Membros. Por último, o Kanal 5 emite a partir do Reino Unido.

12. À luz destas considerações, o órgão jurisdicional nacional decidiu suspender o processo e apresentar ao Tribunal de Justiça um pedido de decisão prejudicial quanto às seguintes questões:

- «1. Deve o artigo 82.º CE ser interpretado no sentido de que constitui um abuso de posição dominante uma prática de uma organização de direitos de autor, que ocupa uma posição de monopólio de facto num Estado-Membro, consistente em aplicar ou impor a canais de televisão comerciais um modelo de remuneração pelo direito de transmitir música em emissões televisivas dirigidas ao grande

público, segundo o qual a remuneração é calculada como uma percentagem das receitas dos canais de televisão decorrentes dessas emissões televisivas dirigidas ao grande público?

2. Deve o artigo 82.º CE ser interpretado no sentido de que constitui um abuso de posição dominante uma prática de uma organização de direitos de autor, que ocupa uma posição de monopólio de facto num Estado-Membro, consistente em aplicar ou impor a canais de televisão comerciais um modelo de remuneração pelo direito de transmitir música em emissões televisivas dirigidas ao grande público, segundo o qual a remuneração é calculada como uma percentagem das receitas dos canais de televisão decorrentes de emissões televisivas dirigidas ao grande público, quando não existe umnexo claro entre as receitas e a prestação fornecida pela organização de direitos de autor, a saber, a autorização para emitir música protegida por direitos de autor, sendo esse frequentemente o caso, por exemplo, dos blocos informativos e desportivos, bem como quando as receitas aumentam devido a um desenvolvimento das grelhas de programação, investimentos técnicos e soluções adaptadas aos clientes?
3. A resposta à questão [1] ou à questão [2] é afectada pelo facto de ser possível identificar e quantificar tanto a música emitida como as audiências?
4. A resposta à questão [1] ou à questão [2] é afectada pelo facto de o modelo de remuneração (modelo das receitas) não ser aplicado de modo equivalente às empresas de direito público?»

IV – Tramitação do processo no Tribunal de Justiça

13. O pedido de decisão prejudicial deu entrada em 6 de Fevereiro de 2007 no Tribunal de Justiça. Na fase escrita do processo apresentaram observações o Kanal 5 e a TV 4, o STIM, o Governo do Reino Unido, o Governo polaco e a Comissão. Na audiência de 12 de Junho de 2008, o Kanal 5, o STIM, o Governo do Reino Unido e a Comissão intervieram e completaram as suas alegações.

V – Alegações dos participantes

14. O Kanal 5 e a TV 4 defendem que, através da utilização dos seus métodos de cálculo, o STIM abusa da sua posição dominante. O STIM exige preços de venda inadequados, limita a produção, a venda e o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores e trata os canais de televisão de forma desigual.

15. Em relação às *primeira, segunda e terceira questões prejudiciais* o Kanal 5 e a TV 4 argumentam, no essencial, que não existe umnexo suficiente entre a prestação do STIM e as receitas de um canal de televisão provenientes de publicidade e de contratos de assinatura. Em relação a isto, o Kanal 5 e a TV 4 alegam ainda que a parte mais importante das receitas dos canais de televisão provenientes dos contratos de publicidade é obtida em horários nobres de emissão, sendo contudo a quota de música, neste período, relativamente baixa. Também nos blocos informativos e nos blocos desportivos a quota de música da emissão é baixa. A utilização de um método de remuneração fixo poderia, no entanto, ser adequada para reduzir os custos da gestão colectiva dos direitos. Quando, porém, seja tecnicamente possível identificar e quantificar as obras musicais protegidas por direitos de autor difundidas e as quotas de audiência, o STIM deveria ter em conta estas possibilidades técnicas no seu método de cálculo.

16. Relativamente à *quarta questão prejudicial*, o Kanal 5 e a TV 4 defendem que a aplicação de diferentes modelos de remuneração consubstancia uma discriminação. Além disso, referem que o Kanal 5, a TV 4 e o SVT são adquirentes no mercado sueco da difusão de obras musicais protegidas por direitos de autor.

17. O STIM defende que a resposta à questão prejudicial entra no âmbito do «*acte clair*». O artigo 82.º CE não é aplicável no caso presente, porque o exercício de um direito de autor exclusivo diz respeito à substância dos direitos de autor. O exercício deste direito não pode, por isso, cair no âmbito de aplicação do artigo 82.º CE. Em relação a isto, o STIM remete para o artigo 295.º CE e para o artigo 307.º CE, em conjugação com a Convenção de Berna (7).

18. Quanto ao conteúdo, o STIM refere, relativamente às *primeira, segunda e terceira questões prejudiciais*, que os métodos de cálculo por si aplicados têm em consideração todos os aspectos centrais. Baseiam-se em critérios objectivos e transparentes e são de aplicação simples e pouco dispendiosa. Têm em conta a quota musical anual dos canais de televisão. Têm, ainda, em consideração a quota de telespectadores potenciais e a relação económica com a utilização dos direitos de autor. Além disso, são flexíveis e facilitam a entrada no mercado aos novos e pequenos canais de televisão. Finalmente, traduzem também de forma equitativa o valor dos direitos de autor. Assim, a existência de possibilidades técnicas por meio das quais a medida da utilização de obras musicais protegidas pelos direitos de autor e as quotas de audiência possam ser determinadas de forma mais precisa não leva a que a utilização dos actuais métodos de cálculo seja abusiva.

19. Quanto à *quarta questão prejudicial*, o STIM defende que a utilização de um método de cálculo diferente não constitui qualquer discriminação. Não existirá, por isso, uma desvantagem concorrencial para o Kanal 5 e a TV 4, porque os canais de televisão actuam em mercados diferentes. Há que distinguir entre o mercado da televisão de acesso gratuito para o público e o da televisão paga. Dentro do mercado da televisão de acesso gratuito para o público deve distinguir-se entre canais de televisão de serviço público que são financiados através de taxas públicas e canais de televisão privados que são financiados através de receitas da publicidade. Não existe qualquer tratamento desigual, pois o SVT é financiado por taxas públicas.

20. O Governo polaco defende, relativamente às *primeira, segunda e terceira questões prejudiciais*, que a aplicação de um método de cálculo como o que o STIM actualmente utiliza não constitui em si mesmo um abuso de posição dominante, desde que o montante das remunerações reflecta o valor económico do uso das obras musicais protegidas por direitos de autor e a prestação do organismo de gestão. Neste aspecto, são essenciais a identificação e a quantificação da música.

21. Quanto à *quarta questão prejudicial*, o Governo polaco nota que a aplicação de diferentes métodos de cálculo aos canais de televisão privados e aos de serviço público poderá constituir uma discriminação inadmissível, na medida em que conduza a que fossem estabelecidas condições desiguais para a mesma prestação, sem que tal se justifique.

22. Quanto às *primeira, segunda e terceira questões prejudiciais*, o Governo do Reino Unido assinala que a aplicação do método de cálculo segundo o qual a remuneração corresponde a uma parte das receitas dos contratos de publicidade e de assinaturas não constitui, *per se*, um abuso de posição dominante. Constitui, pelo contrário, um exercício normal do direito de autor. Se os métodos de cálculo têm um nexo suficiente com a utilização das obras musicais protegidas por direitos de autor, é uma questão de facto que o tribunal nacional tem de decidir. O Governo do Reino Unido refere, ainda, que as desvantagens do recurso a um método fixo podem ser compensadas por vantagens de eficiência.

23. Relativamente à *quarta questão prejudicial*, o Governo do Reino Unido defende que o tribunal nacional deve verificar se o Kanal 5 e a TV 4 são concorrentes do SVT. Além disso, o tribunal nacional deveria verificar se existe discriminação.

24. Quanto às *primeira, segunda e terceira questões prejudiciais*, a Comissão defende que a utilização do método de cálculo segundo o qual a remuneração corresponde a uma parte das receitas de contratos de publicidade e de assinaturas não é abusiva, *per se*. É difícil determinar o valor, para o espectador do canal de televisão, da utilização de obras musicais protegidas por direitos de autor. No âmbito do direito de autor é legítimo que a remuneração esteja ligada, pelo menos em parte, ao número efectivo ou potencial de telespectadores e ao valor económico da utilização para os canais de televisão. Além disso, é difícil estabelecer o nexo de causalidade entre a utilização de obras musicais protegidas por direitos de autor e o sucesso económico de uma emissão ou de um canal de televisão. Em princípio, é possível aceitar que existe uma relação lógica entre o número de telespectadores e as receitas dos contratos de publicidade e assinaturas. O número de telespectadores pode, porém, ser diferente de emissão para emissão.

25. No entendimento da Comissão, um método de cálculo segundo o qual a remuneração corresponde a uma parte das receitas, deve ter em conta a medida da utilização das obras musicais protegidas por direitos de autor. Quanto melhor for possível identificar e quantificar a música difundida e a audiência, melhor será possível determinar o valor económico da música utilizada. Além disso, a possibilidade técnica de uma análise muito precisa não conduz, com certeza, a que a aplicação de um método menos preciso constitua um abuso. Nestas circunstâncias, são de ter em conta a fiabilidade das análises precisas e os seus custos.

26. Relativamente à *quarta questão prejudicial*, a Comissão refere que o tribunal nacional, em primeiro lugar, deve verificar se o Kanal 5 e a TV 4 são concorrentes do SVT. O tribunal nacional deve, ainda, verificar se existe uma discriminação. A aplicação de um modelo de cálculo especial não é discriminatória quando este serve para aproximar o SVT dos canais de televisão privados, utilizando uma simulação de receitas fictícias de contratos de publicidade e de assinaturas. Em todo o caso, o tribunal nacional deve verificar se a circunstância de a quota efectiva de música do SVT não ser controlada *ex post* conduz a uma discriminação.

VI – apreciação jurídica

A – *Notas prévias*

27. As questões prejudiciais referem-se a uma área cuja importância social e económica cresce constantemente. A configuração das tarifas que os organismos de gestão exigem dos utilizadores dos direitos por eles geridos é uma área especialmente sensível da gestão colectiva de direitos de autor. Levou com frequência, no passado, a conflitos entre os organismos de gestão e os seus utilizadores. O Tribunal de Justiça já teve oportunidade de tratar da compatibilidade dos métodos de cálculo dos organismos de gestão com o artigo 82.º CE.

28. As questões que o tribunal nacional nos coloca no presente processo mostram uma determinada proximidade com as questões que o Tribunal de Justiça teve de responder nos chamados casos das discotecas (8). O presente litígio distingue-se, porém, em matéria de facto, dos casos das discotecas porque os canais de televisão, durante o seu tempo de emissão, em regra utilizam em menor medida obras musicais protegidas por direitos de autor do que as discotecas o fazem durante as suas horas de funcionamento.

29. As questões prejudiciais são admissíveis. Embora o STIM defenda o entendimento de que as respostas a tais questões prejudiciais resultam da jurisprudência até agora existente do Tribunal de Justiça, mesmo que assim fosse, tal não conduziria à inadmissibilidade das questões prejudiciais (9).

30. O tribunal *a quo* concluiu que o mercado relevante é o mercado sueco para a difusão de obras musicais protegidas por direitos de autor e que o STIM, com base no seu monopólio de facto, tem uma posição dominante. Conclui, além disso, que o comportamento do STIM pode afectar o comércio entre os Estados-Membros. As questões colocadas são, por isso, limitadas à interpretação do conceito de prática abusiva nos termos do artigo 82.º CE (10).

31. Com as *primeiras três questões prejudiciais*, o tribunal *a quo* deseja saber se um organismo de gestão de direitos de autor, em posição dominante, se comporta abusivamente quando utiliza determinados métodos de cálculo para fixar a remuneração da sua prestação relativamente aos canais de televisão privados, como o Kanal 5 e a TV 4. Quanto a isto, saliente-se que o tribunal *a quo* não pergunta se um determinado método de cálculo é abusivo porque conduz a uma remuneração excessivamente alta. Pelo contrário, as suas perguntas destinam-se a saber se a aplicação deste método de cálculo é abusiva quando não existe qualquernexo suficiente entre a prestação do organismo de gestão e a remuneração exigida.

32. Saliente-se, além disso, que o tribunal *a quo* formula as suas questões de modo muito geral e que estas não se dirigem expressamente aos métodos de cálculo utilizados actualmente pelo STIM. Isto poderá ter justificações de direito processual porque o objecto de um pedido de decisão prejudicial, segundo o artigo 234.º, n.º 1, alínea a), CE, é, unicamente a interpretação do direito comunitário primário e não a

apreciação de uma situação de facto nacional (11). Efectivamente, os pedidos de proibição apresentados pelo Kanal 5 e pela TV 4 no processo principal, estão em parte redigidos de forma geral, sem terem em consideração os métodos de cálculo utilizados actualmente pelo STIM. Quanto a este ponto, deve ter-se em consideração que o STIM estabelece os métodos de cálculo segundo a sua própria descrição. Neste contexto, não é de excluir que os pedidos de proibição do Kanal 5 e da TV 4 não se dirijam apenas contra os métodos de remuneração actualmente utilizados pelo STIM, mas também visem, fundamentalmente, proibir o STIM de utilizar determinados tipos de métodos de cálculo. Isto deve ser tido em conta na interpretação das questões prejudiciais.

33. Na sua *quarta questão prejudicial*, o tribunal *a quo* pretende saber se a aplicação de *métodos de cálculo diferentes* aos canais de televisão privados, como o Kanal 5 e a TV 4, por um lado, e a um canal de televisão público como o SVT, por outro, é abusiva.

B – *Quanto à primeira questão prejudicial*

34. Com a sua primeira questão prejudicial, o tribunal *a quo* pretende saber se a utilização de um método de cálculo, segundo o qual a remuneração corresponde a uma parte das receitas dos canais de televisão privados resultantes das emissões para o público em geral, constitui um comportamento abusivo na acepção do artigo 82.º CE. Da conjugação entre a primeira e a segunda questão prejudicial, resulta que o tribunal *a quo* pretende saber com a sua primeira questão se um método de cálculo é, *desde logo*, abusivo por tomar como remuneração uma parte das receitas dos canais de televisão (12).

35. O artigo 82.º CE não proíbe a posição dominante de uma empresa enquanto tal. Em todo o caso, impõe uma especial responsabilidade às empresas em posição dominante. Essas empresas não devem abusar da sua posição no mercado (13). O conceito de abuso deve ser interpretado objectivamente. Por abuso entende-se os comportamentos de uma empresa em posição dominante susceptíveis de influenciar a estrutura de um mercado onde, devido precisamente à presença da empresa em questão, o grau de concorrência já está enfraquecido e que têm a consequência de obstar, através de meios diferentes dos que regem uma concorrência normal entre produtos ou serviços com base nas prestações dos operadores económicos, à manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou ao desenvolvimento desta concorrência (14).

36. Uma empresa em posição dominante pode, naturalmente, prosseguir os seus interesses. Comporta-se, porém, abusivamente quando utiliza as possibilidades resultantes da sua posição dominante para obter vantagens comerciais que não poderia ter obtido face a uma concorrência normal e suficientemente eficaz (15).

37. O artigo 82.º CE não contém uma enumeração taxativa dos comportamentos abusivos das empresas em posição dominante. Incluem-se aí, em especial, a imposição, de forma directa ou indirecta de preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas [artigo 82.º, segundo parágrafo, alínea a), CE] a limitação da produção, da distribuição ou do desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores [artigo 82.º, segundo parágrafo, alínea b), CE], e a aplicação, relativamente a parceiros comerciais, de condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência [artigo 82.º, segundo parágrafo, alínea c), CE].

38. Porque, no caso presente, se trata da questão de saber se a utilização de um determinado tipo de método de cálculo é abusiva, parece tratar-se, *prima facie*, de um caso compreendido no artigo 82.º, segundo parágrafo, alínea a), CE, ou seja, da imposição de forma directa ou indirecta de preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas. Na sua fundamentação, o Kanal 5 e a TV 4 invocaram, no entanto, também as hipóteses previstas no artigo 82.º, segundo parágrafo, alíneas b) e c), CE. A sua fundamentação quanto a este ponto baseia-se, em todo o caso, na existência de remuneração não equitativa, na acepção do artigo 82.º, segundo parágrafo, alínea a), CE. Começarei, por isso, por analisar esta hipótese (16).

39. Como resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça, é de considerar existirem preços de compra ou outras condições de transacção não equitativas, em especial quando a empresa em posição dominante exige uma remuneração *sem qualquer relação adequada* com o valor económico da contraprestação fornecida (17). Esta apreciação difícil de efectuar (18) pressupõe uma comparação do valor da prestação, da contraprestação e da relação entre a prestação e a contraprestação. Irei, por isso, analisar a seguir, em primeiro lugar, o valor económico da prestação de um organismo de gestão de direitos de autor como o STIM (1) e a remuneração exigida (2) Finalmente, irei examinar se estas não estão numa relação equitativa (3)

1. A prestação do STIM

40. A prestação de um organismo de gestão de direitos de autor, como o STIM, consiste na concessão de uma licença em branco para a utilização das obras musicais, protegidas por direitos de autor, do repertório total por ele gerido. Isto é uma descrição da prestação puramente abstracta. Devo, a seguir, examiná-la mais em detalhe para transmitir uma imagem melhor do seu valor económico.

41. Em primeiro lugar, deve ter-se em conta que o repertório total de um organismo de gestão consiste nos direitos de autor individuais dos membros (19). Sem a gestão colectiva na forma de um organismo de gestão de direitos de autor, cada autor teria de controlar a utilização da sua obra e exigir o pagamento da sua remuneração aos utilizadores. Do mesmo modo, um canal de televisão sem uma licença «em branco» deveria, antes da utilização de cada obra musical protegida, obter uma licença do respectivo autor ou da editora de música. Uma gestão e utilização individual de obras musicais do ponto de vista dos direitos de autor estariam assim, tanto para o autor como para o canal de televisão, ligadas a avultados encargos económicos (20).

42. A colectivização da gestão na forma de um organismo de gestão e a concessão de licenças em branco tem, por isso, vantagens para os autores e para os canais de televisão. Para os autores é facilitada a gestão, ou seja, tornada possível economicamente. Na perspectiva do canal de televisão, os direitos de autor individuais são transformados num repertório total a cujos elementos individuais o canal de televisão, através de uma licença em branco, pode recorrer de forma simplificada, sem antes ter de negociar uma licença individual (21). Contratos de reciprocidade entre organismos de gestão de direitos de autor congéneres garantem o acesso aos repertórios de obras de música protegidas por direitos de autor dos organismos de gestão de direitos de autor de outros Estados-Membros e de países terceiros (22).

2. A remuneração

43. Na sua questão, o tribunal *a quo* descreve a remuneração como uma parte das receitas dos canais de televisão derivadas das emissões dirigidas à generalidade do público. Como resulta da decisão de reenvio prejudicial, deve entender-se, por isso, as receitas de contratos de publicidade e de assinaturas.

44. Um canal de televisão financiado através de receitas dos *contratos de publicidade* coloca, em regra, as emissões gratuitamente à disposição dos telespectadores. Financia-se através dos espaços publicitários que vende, exigindo por isso um pagamento, já que põe os anunciantes seus clientes em contacto com os telespectadores e põe à sua disposição uma parte do seu tempo de antena para emissões de publicidade. Quando um canal de televisão se financia através de receitas de *contratos de assinatura*, nesse caso o canal de televisão põe à disposição o seu programa contra um pagamento (23).

45. Tal como o tribunal *a quo* descreveu o método de cálculo, a remuneração corresponde a «uma parte» das receitas. Esta formulação é aberta. Abrange um método de cálculo que se baseia numa parte *fixa* das receitas, segundo o qual, portanto, é cobrada, por exemplo, uma parte percentual fixa das receitas. Porém, abrange também um método de cálculo que se baseia numa parte *variável* das receitas, ou seja, numa parte que varia segundo determinados critérios. No caso do método actualmente seguido pelo STIM, trata-se, com efeito, de um método de cálculo com uma parte variável. Em todo o caso, como a questão prejudicial não parece limitar-se (24) ao método de cálculo actualmente utilizado pelo STIM, irei, a seguir, ter em consideração tanto os métodos de cálculo com uma parte fixa como os com uma parte variável.

3. Relação entre a remuneração e a prestação

46. Conforme referido *supra* (25), existe uma imposição de preços de venda ou de outras condições de transacção não equitativas segundo o artigo 82.º, segundo parágrafo, alínea a), CE, quando é exigida uma remuneração que não está numa relação equitativa com o valor económico da contraprestação fornecida. Antes de passar à relação da remuneração com a prestação no caso de um método de cálculo com quota fixa (a) e de um método de cálculo com quota variável (b), devo primeiro referir o critério de análise que deve ser aplicado no presente caso.

47. Em *primeiro lugar*, não se trata neste caso de uma análise da equidade de uma remuneração como ela é objecto das disposições nacionais do direito de autor, nas quais é estabelecido o direito do autor a uma remuneração equitativa. Trata-se, pelo contrário, de um controlo no quadro do direito da concorrência (26). Por isso, não é função do Tribunal de Justiça no caso presente determinar se uma determinada remuneração na acepção do direito de autor é equitativa (27). Trata-se, pelo contrário, de saber se, ao aplicar determinados métodos de cálculo, um organismo de gestão de direitos de autor ultrapassa os limites do que é permitido pelo direito da concorrência (28).

48. Em *segundo lugar*, deve ter-se presente que as competências da Comunidade no domínio do direito de autor estão limitadas. Assim, o Tribunal de Justiça, por exemplo, no seu acórdão SENA (29), em que trata da interpretação do conceito de remuneração equitativa do direito de autor na perspectiva da Directiva 92/100/CEE do Conselho, de 19 de Novembro de 1992, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos aos direitos de autor em matéria de propriedade intelectual (30), mostrou muita prudência. Nesse acórdão concluiu que, não existindo uma definição do conceito de remuneração equitativa na Directiva, não podia ser função do Tribunal de Justiça estabelecer os critérios para a determinação de uma remuneração equitativa (31).

49. Os pontos antes referidos devem ser tidos em consideração no quadro do controlo do ponto de vista da concorrência. No tocante à questão de saber o que constitui o conteúdo e o valor do direito de autor, o Tribunal de Justiça deve na minha opinião, em princípio, usar de prudência. Quando não existe qualquer regulamentação comunitária, estas competências cabem aos Estados-Membros (32). No tocante, porém, à questão de saber se o método de cálculo conduz a que não exista qualquer relação equitativa entre a utilização do direito de autor e a remuneração, em minha opinião a mesma cai no âmbito do controlo do ponto de vista do direito da concorrência, a ser efectuado de acordo com o artigo 82.º CE.

a) Parte fixa do rendimento

50. O Tribunal de Justiça, no acórdão Basset (33), ocupou-se de um método de cálculo que se baseava numa parte fixa das receitas. Neste caso, o organismo de gestão francês exigia uma remuneração dos proprietários de discotecas que se determinava com base numa percentagem fixa das receitas. O Tribunal de Justiça não considerou abusiva, neste caso, a utilização de semelhante método de cálculo. Concluiu, pelo contrário, que esta forma de gestão é de considerar como a gestão normal dos direitos de autor, pelo que não é de entender que haja um comportamento abusivo quando um organismo de gestão utiliza as possibilidades que lhe oferece a legislação nacional (34).

51. Ainda que o Tribunal de Justiça, nesse acórdão, não tenha sido confrontado expressamente com a questão de saber se a utilização de um método de cálculo que se baseia numa parte fixa das receitas é abusiva, quanto a mim interpreto o acórdão no sentido de que o Tribunal de Justiça, nesse caso, negou o carácter abusivo de semelhante método de cálculo, de forma implícita.

52. Esta decisão não pode, porém, ser transposta para o caso presente sem limitações. Na apreciação da questão de saber se existe abuso de uma posição dominante, devem ser tidas em consideração todas as circunstâncias do caso concreto (35). Contra uma transposição sem limitações para o presente caso da decisão do Tribunal de Justiça no acórdão Basset, deve ter-se em consideração que existem diferenças significativas entre as actividades de uma discoteca e as de um canal de televisão, no que respeita à utilização de obras musicais protegidas por direitos de autor. Para uma discoteca, a utilização de obras

musicais protegidas por direitos de autor é um elemento essencial da sua actividade. Por isso, pode aceitar-se que, pela sua actividade, as discotecas estão vocacionadas para a utilização de obras musicais e as utilizam regular e intensivamente durante todo o período do seu funcionamento. A situação é diferente no caso dos canais de televisão. Com efeito, estes também utilizam música. Em todo o caso, a medida de utilização de obras protegidas pode variar segundo os canais, tempos de emissão e emissões.

53. A aplicação de um método de cálculo com uma parte fixa aos canais de televisão conduziria, por isso, a que o montante da remuneração ficasse desligado da efectiva utilização das obras musicais protegidas por direitos de autor. Canais de televisão que utilizassem pouco ou mesmo nada obras musicais protegidas por direitos de autor, teriam assim, de pagar uma remuneração sem nenhumnexo, ou sem umnexo suficiente, com o valor económico da prestação do STIM. Deste modo, determinados utilizadores seriam onerados de forma desproporcionada em comparação com outros que fazem uma utilização intensiva de obras musicais protegidas por direitos de autor (36).

54. A aplicação aos canais de televisão de um método de cálculo com uma parte fixa é, por isso, susceptível de conduzir a uma séria desproporção entre o valor económico da prestação de um organismo de gestão de direitos de autor e a remuneração exigida.

55. Em princípio, deve ainda ser examinado, neste ponto, se existe um método de cálculo alternativo que reproduza melhor a relação entre a remuneração e o valor económico da prestação do que um método de cálculo que se baseia numa parte fixa das receitas (37). Isto é de considerar no caso presente, pois o STIM aplica um método de cálculo com uma parte variável.

56. Além disso, deve, em princípio, ser examinado se a aplicação de um método de cálculo com uma parte fixa, em contraposição à aplicação de um método de cálculo com uma parte variável, pode ser justificada por vantagens de eficiência (38). Uma vez que a aplicação de um método de cálculo com uma parte fixa aos canais de televisão pode sem dúvida conduzir a uma séria desproporção entre o valor da prestação e a remuneração, parece estar excluída no caso presente uma justificação com base em vantagens de eficiência.

57. A aplicação de um método de cálculo com uma parte fixa aos canais de televisão é, assim, de considerar como um abuso na acepção do artigo 82.º CE.

b) Proporção variável do rendimento

58. Se se tratar, pelo contrário, de um método de cálculo assente numa proporção variável do rendimento, a medida de utilização de obras musicais protegidas por direitos de autor pode, em princípio, ser tida em conta através de variáveis (39). Assim, a aplicação de um método de cálculo assente numa proporção variável só pode constituir, *per se*, um comportamento abusivo quando a ligação da remuneração às receitas do canal de televisão provenientes dos contratos de publicidade e de assinaturas seja susceptível de conduzir a uma séria distorção da relação entre o valor económico da prestação do organismo de gestão de direitos de autor e a remuneração.

59. Com efeito, em princípio, não pode excluir-se que uma empresa em posição dominante se comporte de forma abusiva quando liga os preços dos seus produtos ao volume de negócios que os clientes obtêm com a utilização desses produtos (40). De qualquer modo, no caso presente são as circunstâncias do caso concreto (41), em particular as especificidades da prestação do organismo de gestão, que devem ser tidas em conta.

60. Em *primeiro lugar*, deve reconhecer-se que, por detrás da totalidade do repertório do STIM, estão, em última análise, os direitos individuais de cada um dos autores. É perfeitamente comum que seja exigida para o licenciamento de direitos de autor uma taxa de licença que assente numa parte das receitas obtidas com o produto para cuja realização foi utilizado o direito de autor (42). Isto sublinha a capacidade de valorização (43) do direito de autor e o entendimento de que um autor deve ficar com uma parte razoável das receitas que forem obtidas através da utilização da sua obra (44).

61. No caso *United Brands* (45), o Tribunal de Justiça aceitou mesmo que a existência de uma desproporção numa remuneração deve ser determinada, em especial, através de uma *comparação preço/custo*. Semelhante entendimento pressupõe, porém, que podem ser tiradas conclusões sobre o valor da prestação a partir dos custos de produção. Este entendimento não pode, em todo o caso, ser transposto para os direitos de autor porque parece dificilmente possível determinar os custos de criação de uma obra musical, ou tirar daí conclusões sobre o valor da prestação (46).

62. Contra isto não pode, em minha opinião, argumentar-se que a situação é diferente quando o direito de autor licenciado não constitui o objecto principal do produto. Assim, por exemplo, nas licenças de patentes e de tecnologia, semelhante regra não é fora do normal mesmo quando o produto final é composto não apenas por elementos da patente mas também por outros elementos (por exemplo, o material, o design, etc.) (47).

63. *Em segundo lugar*, deve ser tido em consideração que a averiguação do valor económico da prestação dos organismos de gestão de direitos de autor é difícil (48). Dada a configuração do sistema *supra* descrita (49) não existe na Suécia um mercado em que os preços sejam determinados através da oferta e da procura (50). Quanto à questão de saber se o montante da remuneração é abusivo, pode mesmo ser efectuada uma comparação com o montante da remuneração noutros Estados-Membros (abordagem territorial na comparação de mercados) (51). Quando, porém, como aqui acontece, se trata da questão de julgar da admissibilidade de um determinado método de cálculo, esta comparação, em minha opinião, não pode ser efectuada sem mais (52).

64. Atendendo, primeiro, a que o método de cálculo em primeiro lugar não é fora do normal (53), segundo a que está ligado a um critério que está em conexão com o valor do direito de autor (54) e, em terceiro, às dificuldades para determinar o valor da prestação de um organismo de gestão, não posso reconhecer na ligação da remuneração às receitas dos canais de televisão provenientes dos contratos de publicidade e de assinaturas qualquer forma de comportamento abusivo. Isto parece-me também estar de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça. Este concluiu, no acórdão *Basset* (55), que um método de cálculo que se baseia numa parte das receitas deve ser considerado o exercício normal do direito de autor. Deste ponto de vista, considero que o acórdão pode ser transposto para o caso presente.

65. Que possam também ser admissíveis ou aplicáveis outros elementos de conexão noutros Estados-Membros não contraria esta conclusão. Um método de cálculo que se baseia numa parte variável das receitas exprime a capacidade de valorização do direito de autor bem como o entendimento de que um autor deve receber uma parte razoável do volume de negócios obtido através da utilização da sua obra. É, no entanto, inteiramente admissível que outros métodos de cálculo (56) acentuem outros aspectos. De qualquer modo, não é função do Tribunal de Justiça, no presente caso, determinar o método de cálculo mais adequado para equilibrar os interesses dos autores e dos canais de televisão (57).

66. Em todo o caso, um método de cálculo que se baseia numa parte variável das receitas dos canais de televisão provenientes de contratos de publicidade e de assinaturas deve ter em consideração a medida da utilização de obras musicais protegidas por direitos de autor.

4. Conclusão

67. Em conclusão, a aplicação de um método de cálculo segundo o qual é exigida uma parte fixa das receitas dos canais de televisão provenientes de contratos de publicidade e de assinaturas constitui um comportamento abusivo na acepção do artigo 82.º CE. Porém, se em contrapartida for exigida uma parte variável, não existe neste caso um comportamento abusivo *per se*. Semelhante método de cálculo pode, em todo o caso, ser abusivo se não tiver suficientemente em conta a medida da utilização das obras musicais protegidas.

C – *Quanto às segunda e terceira questões prejudiciais*

68. Com a sua *segunda questão prejudicial*, o tribunal *a quo* pretende saber se existe abuso quando um organismo de gestão aplica aos canais de televisão um método de cálculo assente numa parte variável no qual falta, uma conexão clara entre as receitas e a prestação da organismo de gestão de direitos de autor. O tribunal *a quo* vê, por exemplo, a falta de uma conexão clara no caso dos blocos informativos e desportivos e quando as receitas dos canais de televisão aumentam com base no alargamento da oferta de programas, dos investimentos na técnica e no desenvolvimento de soluções adaptadas aos clientes. Com a sua *terceira questão prejudicial* o tribunal *a quo* pretende saber se, para a resposta às primeira e segunda questões prejudiciais, é relevante a possibilidade de identificar e quantificar tanto a música difundida como a quota de audiência.

69. Entendo estas duas questões do tribunal *a quo* no sentido de que este quer saber se a aplicação de um método de cálculo é abusiva por não ter em conta a medida da utilização das obras musicais protegidas por direitos de autor pelos canais de televisão ou por não considerar o âmbito em que a sua utilização contribuiu para as receitas. A questão de saber em que medida as possibilidades técnicas de identificar e quantificar a música difundida ou a quota de audiência é tida em conta não pode, em minha opinião, ser respondida de forma separada (58).

70. Como foi referido *supra* (59), não pode excluir-se que as questões do tribunal *a quo* não se dirigem apenas aos métodos actualmente utilizados pelo STIM, mas se dirigem também a outros métodos de cálculo potenciais, estruturados de outra forma, que o STIM possa utilizar no futuro. Vou por isso responder, em primeiro lugar, às questões do tribunal *a quo* do ponto de vista dos métodos de cálculo como os que o STIM aplica actualmente (1). A seguir, examinarei em que medida estas questões podem ser respondidas do ponto de vista dos métodos de cálculo potenciais estruturados de outra forma (2).

1. Métodos de cálculo como os que o STIM actualmente aplica

71. Já foi referido *supra* (60) que um método de cálculo pode ser abusivo na acepção do artigo 82.º CE quando não tem em consideração de forma suficiente a medida de utilização das obras musicais protegidas por direitos de autor.

72. Saber se é este o caso constitui, em primeira linha, uma questão de facto. Por isso é, desde logo, de referir a este respeito que a função do Tribunal de Justiça, no presente processo de reenvio prejudicial, se limita à interpretação do artigo 82.º CE. O Tribunal de Justiça não tem competência para apreciar a matéria de facto no processo principal ou para aplicar as disposições comunitárias por ele interpretadas a medidas ou situações nacionais. Estas questões são da competência exclusiva do órgão jurisdicional nacional (61).

73. Antes de ir aos pontos específicos das questões do tribunal *a quo* desejo, em primeiro lugar, expor segundo que metodologia de análise o tribunal nacional deve proceder ao controlo no quadro do direito da concorrência.

74. O tribunal nacional deve, *em primeiro lugar*, examinar se existem pontos de apoio que demonstrem que um método de cálculo como o actualmente utilizado pelo STIM conduz a uma séria distorção entre a remuneração e o valor económico da prestação (62). A meu ver, isto só pode ser aceite quando exista um método de cálculo alternativo segundo o qual o valor económico do direito de autor possa ser determinado de forma mais precisa.

75. Se o tribunal nacional chegar à conclusão de que existe semelhante método alternativo deve, *em segundo lugar*, ponderar as vantagens e desvantagens de ambos os métodos de cálculo, confrontando um com o outro. Da mera existência de um método de cálculo alternativo mais preciso, *per se*, não se pode deduzir que a aplicação de um método fixo seja abusiva. A aplicação de um método de cálculo fixo pode ser justificada, nomeadamente, por vantagens de eficiência (63). Estas vantagens de eficiência podem consistir, em especial, na redução de despesas na gestão dos contratos e na vigilância da utilização das obras musicais protegidas (64).

76. Em relação a isto pode ter importância, por exemplo, a medida em que um método de cálculo fixo é fácil de utilizar ou as despesas adicionais que resultam da utilização de um método de cálculo mais preciso. Assim, um método de cálculo que se baseia em critérios objectivos facilmente determináveis é em regra mais fácil de utilizar do que um que se baseia em critérios subjectivos que estão no poder discricionário de uma das duas partes e que só dificilmente podem ser controlados pela outra parte. Além disso pode, em conexão com isto, ter importância saber se os dados necessários já estão disponíveis porque já são utilizados para outros fins ou se estes devem ser determinados especificamente para o cálculo da remuneração. Também a possibilidade de um método criar conflitualidade e a sua estabilidade ou a sua necessidade de adaptação podem ser tidas em conta para apreciação das vantagens de eficiência.

77. De qualquer modo, não penso que as vantagens de eficiência possam justificar, sem limitações, a utilização de um método de cálculo fixo. O Tribunal de Justiça, no acórdão Tournier (65) concluiu, é certo, que o método de cálculo fixo apenas podia ser posto em causa à luz do artigo 82.º CE, na medida em que outros métodos de cálculo sejam susceptíveis de realizar o mesmo objectivo legítimo de protecção dos interesses dos autores sem com isso, ao mesmo tempo, provocar um aumento das despesas efectuadas com vista à gestão dos contratos e à vigilância da utilização das obras musicais protegidas. Contudo, em minha opinião, isto não pode ser entendido de modo que apenas possam ser tidos em consideração métodos de cálculo alternativos tais que não aumentem os custos de gestão dos contratos e da vigilância da utilização das obras musicais protegidas. Pelo contrário, penso que a aplicação de um método fixo também pode ser abusiva quando, apesar de a mesma gerar menos despesas do que a aplicação de um método alternativo mais preciso, essa vantagem em termos de despesas esteja em desproporção com as distorções que se verificam na aplicação do método de cálculo fixo mas podem ser evitadas pela aplicação do método de cálculo mais preciso.

78. Na verdade, o objectivo de garantir aos autores uma remuneração equitativa deve ser considerado à luz do artigo 82.º CE. Em todo o caso, também deve ser considerado o interesse dos consumidores (66). Uma remuneração equitativa do autor constitui um estímulo para a criação de obras musicais (67) e, por isso é, em princípio, do interesse do consumidor. A aplicação de um método de cálculo fixo conduz à redução de despesas. Esta redução de despesas, enquanto produz efeitos em benefício do autor, conduz a remunerações mais elevadas e reforça, desse modo, o estímulo para a criação de obras de arte.

79. Mas também é do interesse do consumidor beneficiar, se possível, de emissões com preços baratos ou de alta qualidade. Quando o método de cálculo fixo leva a sérias distorções entre a prestação de um organismo de gestão e a remuneração, isso pode conduzir a custos de produção mais elevados para o canal de televisão e, indirectamente, acarretar encargos para o consumidor. As vantagens e desvantagens da utilização de um método de cálculo fixo e de um método de cálculo mais preciso devem ser ponderadas confrontando umas com as outras.

80. Analisarei seguidamente em que medida um método de cálculo como o que actualmente é utilizado pelo STIM pode, assim, ser considerado abusivo na acepção do artigo 82.º CE, por o mesmo não ter em conta o âmbito temporal de utilização das obras musicais protegidas por direitos de autor em determinadas emissões (a) ou da quota de audiência (b), ou não os ter em consideração de forma suficiente. Além disso, irei examinar se semelhante método de cálculo pode ser abusivo quando não tem em consideração que as receitas de um canal de televisão podem aumentar com base em circunstâncias que não apresentam qualquer relação com a utilização de obras musicais protegidas por direitos de autor (c).

a) Determinação e quantificação da utilização de obras musicais protegidas por direitos de autor

81. Um método de cálculo como o actualmente utilizado pelo STIM fixa uma determinada quota percentual que varia segundo a quota da música anual do canal de televisão e, por isso, tem em conta o tempo de utilização anual de obras musicais protegidas por direitos de autor.

82. Na verdade, semelhante método de cálculo na medida em que, em primeiro lugar, calcula a quota de música anual e com base na quota calculada, fixa a parte das receitas anuais a exigir ao Kanal 5 e à TV 4,

não tem em conta que as receitas dos contratos de publicidade e assinaturas podem variar segundo as emissões e os tempos de emissão.

83. O tribunal nacional deve, em primeiro lugar, verificar se as receitas dos *contratos de publicidade* variam de forma importante segundo a emissão e o tempo de emissão (68). Além disso, deve ser verificado se determinadas emissões de um canal de televisão, em regra, geram receitas mais elevadas de publicidade mas, em regra, apenas utilizam apenas um reduzido número de obras musicais protegidas por direitos de autor. Se ambos estes factos forem confirmados, a aplicação de um método de cálculo como o que o STIM utiliza pode levar a que se verifiquem sérias distorções entre a prestação do organismo de gestão de direitos de autor e a remuneração exigida.

84. Algo de comparável se verifica com as receitas dos *contratos de assinatura*. Quando determinadas emissões de um canal de televisão têm para os assinantes uma importância maior do que outras e estas utilizam apenas um reduzido número de obras musicais protegidas por direitos de autor, a aplicação de semelhante método de cálculo pode conduzir a que se verifique uma distorção entre a remuneração exigida e a prestação do organismo de gestão de direitos de autor.

85. Se o tribunal *a quo* concluir que se verifica uma distorção, deve, por isso, verificar se existem possibilidades técnicas de repartir de forma segura as receitas provenientes de contratos de publicidade e de assinaturas, por exemplo, segundo determinados tempos de emissão, emissões específicas ou determinadas espécies de emissões (69). Se existirem as correspondentes possibilidades técnicas, o tribunal *a quo* deve ponderar as vantagens que podem ser obtidas através de uma classificação mais exacta face às vantagens de eficiência que o método de cálculo global traz consigo.

86. Nestas circunstâncias, o tribunal *a quo* deverá ter em consideração, entre outros, os critérios (70) *supra* referidos. Na ponderação das vantagens e desvantagens deve, em especial, ter em conta que o método de cálculo que se baseia nas receitas anuais provenientes dos contratos de publicidade e de assinaturas é, claramente, muito mais simples de utilizar do que um método de cálculo segundo o qual as receitas são classificadas de forma mais precisa. Além disso, parece-me ser interessante considerar que, apesar de o número de canais de televisão ser aparentemente limitado, estes chamam a si, proporcionalmente, uma grande massa de público e que parece existir em relação às emissões difundidas para o público em geral uma forma de controlo muito boa.

b) Determinação e quantificação das audiências

87. A medida de utilização de uma obra musical protegida por direitos de autor também determina quão elevado é o número dos que desejam fruir a obra. Aqui, há que distinguir entre a questão de saber se um método de cálculo como o que actualmente o STIM utiliza, abrange, de algum modo, este aspecto da utilização das obras musicais protegidas por direitos de autor e se o abrange de modo suficiente.

88. Quanto à *primeira questão*, deve determinar-se se um método de cálculo como o que o STIM utiliza actualmente não tem em consideração directamente a audiência efectiva dos canais de televisão. O tribunal *a quo* deverá, de qualquer modo, verificar se semelhante método de cálculo tem em consideração, directa ou indirectamente, a audiência potencial ou esperada. O tribunal *a quo* deve, nestas circunstâncias, verificar se as receitas provenientes dos contratos de publicidade e de assinaturas se comportam proporcionalmente à audiência esperada (71).

89. Se o Tribunal *a quo* concluir que as receitas provenientes dos contratos de publicidade e de assinaturas se comportam proporcionalmente à audiência potencial ou esperada, coloca-se então a questão de saber se um método de cálculo como o que o STIM utiliza deve desde logo ser considerado abusivo, por o mesmo não ter em consideração o número efectivo de telespectadores. Não sou desta opinião. Penso que estes dois critérios (audiência efectiva e audiência potencial ou esperada) se baseiam em diferentes aspectos do direito de autor. A relação com a audiência efectiva acentua mais fortemente o aspecto da medida da utilização da obra musical protegida por direitos de autor, enquanto a relação com a audiência potencial ou esperada exprime mais fortemente a capacidade de valorização do direito de autor e o

entendimento de que um autor deve obter uma parte razoável das receitas que forem conseguidas através da utilização da sua obra (72).

90. Nestes dois aspectos, não se trata de uma relação de grau do ponto de vista da precisão do método de cálculo, como foi descrito *supra* (73) mas, pelo contrário, do conteúdo do direito de autor e daquilo que constitui o seu valor. Como foi referido *supra* (74), penso que, no actual estado do direito comunitário, não é função do Tribunal de Justiça determinar qual a abordagem a que se deve dar preferência e que isso também não pode ser objecto do controlo a que aqui se procede no quadro do direito da concorrência. Não considero por isso abusivo, *per se*, um método de cálculo como o que o STIM actualmente utiliza, que não tem em conta a audiência efectiva, desde que o mesmo estabeleça uma relação suficiente com a audiência potencial ou esperada.

91. Quanto à *segunda questão*, da suficiente consideração da audiência deve, em todo o caso, referir-se que um método de cálculo como o que o STIM actualmente utiliza não tem em conta que a audiência pode variar de acordo com a emissão e a hora de emissão.

92. Se o tribunal *a quo* verificar que as receitas provenientes dos *contratos de publicidade* variam segundo as emissões e as horas de emissão, de tal modo que exista uma correlação entre as receitas e a audiência e que determinadas emissões de um canal de televisão, em regra, têm audiências mais elevadas, mas, em regra, apenas utilizam um número reduzido de obras musicais protegidas por direitos de autor, a aplicação de semelhante método de cálculo pode levar a que se verifique uma distorção entre a remuneração exigida e a prestação do organismo de gestão.

93. Algo de comparável se verifica com as receitas dos *contratos de assinatura*. Se determinadas emissões de um canal de televisão chamarem a si audiências mais elevadas e em regra utilizarem apenas um reduzido número de obras musicais protegidas por direitos de autor, a aplicação de um método como o que o STIM actualmente utiliza pode levar a uma distorção entre a remuneração e a prestação do organismo de gestão de direitos de autor.

94. Se o tribunal *a quo* constatar a existência de uma séria distorção, deve verificar se existem possibilidades técnicas de classificar de forma segura a audiência, por exemplo, por determinadas horas de emissão, emissões específicas ou determinadas espécies de programas (75). Se existirem as correspondentes possibilidades técnicas, o tribunal *a quo* deve, como acima se descreveu (76), ponderar as vantagens e desvantagens dos métodos de cálculo mais precisos e dos menos precisos, confrontando-as umas com as outras.

c) Tomada em consideração de outros factores para o aumento das receitas

95. Um método de cálculo como o que actualmente o STIM utiliza não tem em consideração em que medida as receitas aumentam através da utilização de obras musicais protegidas por direitos de autor ou então com base em factores estranhos à música, como o alargamento da oferta de programas, investimentos técnicos e o desenvolvimento de soluções adaptadas aos clientes.

96. De qualquer modo, não penso que a utilização de um método de cálculo que tenha em conta de forma suficiente a medida da utilização das obras musicais protegidas por direitos de autor seja abusivo por não ter em conta a questão de saber se o aumento das receitas pode ser reconduzido a outros factores que não à utilização de obras musicais protegidas por direitos de autor.

97. *Em primeiro lugar*, poderá ser difícil determinar que factores conduziram ao aumento da audiência e ao aumento das receitas de um canal de televisão. O sucesso de um canal de televisão ou de uma emissão depende de um grande número de factores. Não penso que possa ser averiguado com suficiente exactidão que factor, e em que medida, contribuiu para o sucesso económico.

98. É indiscutível que a utilização de obras musicais protegidas pode ser susceptível de contribuir para o sucesso de uma emissão ou de um canal de televisão. Por isso, poderá ser muito difícil fazer a

demonstração de que o aumento das audiências e das receitas *não* é devido à utilização de obras musicais protegidas por direitos de autor, nomeadamente porque o prazer de ouvir música pode, naturalmente, variar de telespectador para telespectador. Exactamente por esta razão considero, assim, muito duvidoso que exista um método por meio do qual esta circunstância possa ser determinada de forma suficientemente precisa (77).

99. De resto, deve ser examinado se um método alternativo de cálculo, na medida em que seja tecnicamente possível, conduz ou não a uma despesa tão elevada que as desvantagens da sua utilização sejam desproporcionadas face às vantagens.

100. *Em segundo lugar*, deve aqui ser referido que, no âmbito dos direitos de autor e de propriedade intelectual, não é fora do normal que para as licenças de direitos de autor seja exigida uma taxa que corresponde a uma parte do volume de negócios obtido com o produto para cuja produção foram utilizados os direitos correspondentes (78). Além disso, corrobora este entendimento o facto de o Tribunal de Justiça, no acórdão Basset (79), não ter considerado abusivo que um organismo de gestão de direitos de autor exija uma parte das receitas das discotecas sem que fosse tido em conta em que medida essas receitas se deviam a outras circunstâncias diferentes da utilização de obras musicais protegidas. A decisão do Tribunal de Justiça pode, na minha opinião, ser transposta para o presente caso (80).

d) Conclusão

101. Como conclusão, pode reter-se o seguinte: se o tribunal nacional verificar que a aplicação de um método de cálculo, segundo o qual a remuneração corresponde a uma parte variável das receitas do canal de televisão provenientes de contratos de publicidade e assinaturas, conduz a uma distorção da relação entre a prestação do organismo de gestão de direitos de autor, por um lado, e a remuneração por este exigida, por outro, então a utilização de semelhante método de cálculo constitui um abuso se existir um método de cálculo alternativo que, na fixação da remuneração, permita determinar com mais precisão a medida da utilização e a aplicação do método de cálculo menos preciso não for justificada por vantagens de eficiência, em especial a redução de despesas na gestão dos contratos e na vigilância da utilização das obras musicais protegidas.

102. A aplicação de semelhante método de cálculo não deve ser considerada abusiva, na acepção do artigo 82.º CE, só porque esse método não tem em conta a audiência efectiva, desde que se verifique que o mesmo tem suficientemente em conta a audiência potencial ou esperada.

103. Se semelhante método de cálculo permitir determinar suficientemente a medida da utilização das obras musicais protegidas por direitos de autor, o mesmo não pode ser considerado abusivo só porque não tem em conta o grau em que esta utilização, e não outros factores, conduziu a um aumento das receitas.

104. Na medida em que o tribunal *a quo* verifique que um método de cálculo como o que o STIM actualmente utiliza também conduz, de outro ponto de vista, a distorções entre a prestação do STIM e a remuneração exigida, por exemplo, por não ter em conta o tipo de utilização das obras musicais protegidas, deve proceder-se, neste caso, ao controlo *supra* referido no quadro do direito da concorrência (81).

2. Outros métodos de cálculo potenciais

105. Na medida em que as segunda e terceira questões do tribunal *a quo* se reconduzem à compatibilidade com o artigo 82.º CE de outros métodos de cálculo diferentes do que o STIM actualmente utiliza, deve-se ter em conta o seguinte: com base no grande número de possíveis configurações de métodos de cálculo, não se pode, em abstracto, julgar se um método de cálculo que não tem em conta os critérios referidos pelo tribunal *a quo* é abusivo na acepção do artigo 82.º CE. Se o tribunal nacional, em todo o caso, constatar que o método de cálculo conduz a distorções, deve aplicar os princípios acima referidos (82).

D – Quanto à quarta questão prejudicial

106. Com a sua quarta questão prejudicial, o tribunal *a quo* pretende saber se a aplicação ao canal de serviço público SVT de um método de cálculo diferente do da tarifa principal (83) pode ser considerada abusiva na acepção do artigo 82.º CE.

107. Quanto a este ponto, parece-me ser especialmente relevante a hipótese referida no artigo 82.º, segundo parágrafo, alínea c), CE. A proibição específica de discriminação regulada em especial no artigo 82.º, segundo parágrafo, alínea c), CE, faz parte do regime pelo qual se garante que, nos termos do artigo 3.º, n.º 1, alínea g), CE, a concorrência não é falseada no mercado interno. O comportamento comercial da empresa em posição dominante não deve falsear a concorrência num mercado situado a montante ou a jusante, ou seja, a concorrência entre fornecedores ou entre clientes dessa empresa. Ao competir entre si, os parceiros da referida empresa não devem ser favorecidos nem prejudicados (84).

108. A hipótese referida no artigo 82.º, segundo parágrafo, alínea c), CE, tem dois pressupostos. Em primeiro lugar, que a empresa em posição dominante imponha condições desiguais para prestações equivalentes (1). Em segundo lugar, que os seus parceiros comerciais sejam, por esse facto, colocados em desvantagem na concorrência (2).

1. Condições desiguais para prestações equivalentes

109. Dá-se um tratamento desigual a prestações equivalentes quando a relação de valor entre a prestação e a contraprestação no caso de parceiros comerciais é desigual. O tribunal *a quo* deve, por isso, verificar se o STIM exige remunerações desiguais para prestações equivalentes.

110. No que respeita à prestação, deve determinar-se se a prestação ao Kanal 5 e à TV 4, por um lado, e ao SVT por outro, é a utilização das obras musicais protegidas por direitos de autor, do repertório total do STIM. A medida da utilização varia de canal de televisão para canal de televisão.

111. Além disso, o tribunal *a quo* deve verificar se o STIM exige remunerações diferentes. Em primeiro lugar, há que determinar se as tarifas aplicadas ao Kanal 5 e à TVA 4 por um lado, e ao STV, por outro, são diferentes. Porém, resulta do despacho de reenvio que o SVT não tem quaisquer receitas significativas provenientes de contratos de publicidade e não tem quaisquer receitas de assinaturas (85). A desigualdade de tratamento pode, por isso, ser imputada à aplicação, no caso do SVT, de um método de cálculo segundo o qual são simuladas receitas fictícias dos contratos de publicidade e de assinaturas. Não considero que isto constitua, *per se*, uma discriminação inadmissível, desde que, do ponto de vista da relação de valor entre prestação e contraprestação, conduza a resultados que sejam comparáveis com os obtidos de acordo com a tarifa principal do Kanal 5 e da TV 4.

112. De qualquer modo, deve reconhecer-se que a determinação da quota de música anual no SVT é determinada *ex ante*, ou seja, com base numa previsão, enquanto que no Kanal 5 e na TV 4 é determinada *ex post*. O tribunal *a quo* deve examinar se esta diferença é susceptível de conduzir a um tratamento desigual desfavorável. Isto verifica-se, em especial, quando a medida efectiva da utilização pelo SVT de obras musicais protegidas é mais elevada do que o previsto no princípio do ano (86).

2. Relação de concorrência

113. Outro pressuposto da norma do artigo 82.º, alínea c), CE, é que o Kanal 5 e a TV 4 sejam colocados em desvantagem na concorrência devido ao tratamento desigual. A posição concorrencial do Kanal 5 e da TV 4 deve ser afectada face à do SVT (87). Isto pressupõe que o Kanal 5 e a TV 4, por um lado, e a SVT, por outro, são concorrentes.

114. neste contexto, não está em causa a relação da SVT, Kanal 5 e TV 4 no mercado a montante da oferta e da procura de licenças globais para obras musicais protegidas por direitos de autor, mas a sua relação, na área da televisão, a jusante. O tribunal *a quo* deve verificar se o Kanal 5 e o SVT ou a TV 4 e o SVT são concorrentes nesta área. Esta verificação torna necessária uma apreciação da matéria de facto no processo principal. O Tribunal de Justiça não tem competência para apreciar a matéria de facto no processo

principal ou para aplicar a medidas nacionais ou a situações nacionais as regras comunitárias cuja interpretação fornece, sendo estas questões da competência exclusiva do órgão jurisdicional nacional (88).

3. Conclusão

115. A aplicação de métodos de cálculo diferentes a um canal de televisão de serviço público, por um lado, e a um canal de televisão privado, por outro, pode ser abusiva, na acepção do artigo 82.º CE, se o canal de televisão de serviço público for por esse modo beneficiado face ao canal privado e se o canal de televisão de serviço público e, pelo menos, um dos canais de televisão privados forem concorrentes.

VII – Conclusão

116. À luz das considerações precedentes, proponho que o Tribunal de Justiça responda às questões do tribunal *a quo* da forma seguinte:

1. O artigo 82.º CE deve ser interpretado no sentido de que um organismo de gestão de direitos de autor que, num Estado-Membro, possui um monopólio de facto e que aplica aos canais privados de televisão, pela utilização de obras musicais protegidas por direitos de autor, do seu repertório total, um método de cálculo em que a remuneração corresponde a uma parte fixa das receitas do canal de televisão provenientes de contratos de publicidade e assinaturas, abusa da sua posição dominante. Contudo, a utilização de um método de cálculo segundo o qual a remuneração corresponde a uma parte variável das receitas não constitui um comportamento abusivo, desde que esse método de cálculo tenha em conta a medida em que um canal de televisão utiliza as obras musicais protegidas por direitos de autor.
2. A utilização de um método de cálculo pode ser abusiva, na acepção do artigo 82.º CE, se existir um método de cálculo alternativo que permita determinar com mais precisão a medida da utilização das obras musicais protegidas por direitos de autor e a aplicação do método de cálculo menos preciso, actualmente utilizado, não for justificada por vantagens de eficiência, em especial a redução de despesas na gestão dos contratos e na vigilância da utilização das obras musicais protegidas.

A utilização de um método de cálculo não pode ser considerada abusiva, na acepção do artigo 82.º CE, só porque não tem em conta o grau em que outros factores que não a utilização de obras musicais protegidas por direitos de autor conduziram a um aumento das receitas.

3. A utilização de um método de cálculo não é abusiva, na acepção do artigo 82.º CE, só porque não tem em conta a audiência efectiva, desde que se verifique que tem suficientemente em conta a audiência potencial ou esperada.
4. A aplicação de métodos de cálculo diferentes aos canais de televisão privados, por um lado, e a um canal de serviço público, por outro, é abusiva na acepção do artigo 82.º CE se, em primeiro lugar, conduzir a que o canal de televisão de serviço público, em comparação com o canal de televisão privado, pague uma remuneração mais baixa por uma prestação igual do organismo de gestão de direitos de autor e, em segundo lugar, existir uma relação de concorrência entre o canal de televisão de serviço público e um dos canais de televisão privados.

1 – Língua original: esloveno.

2 – A este respeito deve referir-se que, no que respeita à transmissão do Kanal 5 por satélite, os direitos de remuneração pelo uso de obras musicais protegidas por direitos de autor são defendidos pelo organismo britânico de gestão de direitos de autor Performing Right Society.

3 – Assim, no caso de uma quota musical de 1 a 10% é exigida uma quota de 0,2% das receitas de publicidade e de 0,15% das receitas de contratos de assinatura; numa quota musical de 51 a 55% é exigida uma parte de 4,7% das receitas de publicidade e de 3,48% das receitas dos contratos de assinatura.

4 – O Kanal 5 e a TV 4 beneficiam de uma dedução de 10% das despesas de distribuição. A TV 4 beneficia de uma dedução adicional que deve ter em consideração que este canal de televisão deve pagar uma taxa de concessão ao Estado sueco para retransmissão por cabo.

5 – Este modelo de cálculo tem em atenção também custos de distribuição fictícios.

6 – Este valor é determinado pelo Instituto Mediamätning i Skandinavien AB (a seguir «MMS»). O MMS é um instituto gerido pelos canais de televisão e outros participantes.

7 – Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas, (versão do Acto de Paris de 24 de Julho de 1971), modificada em 28 de Setembro de 1979 (acessível em: <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/index.html>).

8 – Acórdão de 9 de Abril de 1987, Basset (402/85, Colect., p. 1747), de 13 de Julho de 1989, Lucazeau e o. (110/88, 241/88 e 242/88, Colect., p. 2811) e de 13 de Julho de 1989, Tournier (395/87, Colect., p. 2521).

9 – Se a resposta a questões de interpretação relevantes para o processo principal resultasse da jurisprudência anterior do Tribunal de Justiça, poderia, com efeito, desaparecer o dever de um tribunal nacional submeter a questão de interpretação ao Tribunal de Justiça; isto, porém, não afecta a competência do tribunal nacional para colocar estas questões de interpretação, v. acórdão de 6 de Outubro de 1982, Cilfit e o. (283/81, Recueil, p. 3415, n.º 15).

10 – Na medida em que o STIM alega, a este respeito, que o artigo 82.º CE não tem qualquer aplicação neste caso, deve-se referir que não existe expressamente qualquer limitação de direito positivo quanto à aplicabilidade do direito da concorrência aos direitos de autor. Também dos artigos 295.º CE e 307.º CE, em conjugação com o artigo 11.º bis da Convenção de Berna, não resulta para este caso algo de diferente. O estabelecimento de um método de cálculo para uma remuneração diz respeito ao exercício de direitos de autor. Uma colisão entre o artigo 82.º CE e o artigo 11.º bis da Convenção de Berna não vem, por isso, aqui ao caso – deixando de lado a questão de saber se o STIM no caso presente, atendendo ao artigo 307.º CE pode invocar a Convenção de Berna – porque, de acordo com o artigo 11.º bis da Convenção de Berna apenas é garantido o direito a uma remuneração equitativa. Esta garantia mínima não é posta em causa no âmbito do controlo da remuneração do ponto de vista do direito da concorrência. De resto, sobre este ponto deve referir-se que o Tribunal de Justiça já em acórdãos anteriores concordou com a aplicabilidade do artigo 82.º CE a métodos de cálculo dos organismos de gestão de direitos de autor (v., em especial, os acórdãos Basset referido na nota 8, Lucazeau e o., referido na nota 8 e Tournier, referido na nota 8), e a aplicabilidade do artigo 82.º CE a semelhantes métodos de cálculo não é posta em causa na literatura da especialidade, de forma claramente dominante (Faull, J./Nikpay, A., *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, 2.ª edição, 2007, n.ºs 8.234 a 8.236; Liaskos, E.-P., *La gestion collective des droits d'auteurs dans la perspective du droit communautaire*, Bruylant 2004, n.º 699). De qualquer modo, na aplicação do artigo 82.º CE, aos direitos de autor é necessária especial ponderação. V. sobre este ponto, a seguir, os n.ºs 47 a 49 destas Conclusões.

11 – Por isso, as questões prejudiciais abstraem-se sempre, até certo ponto, do processo principal.

[12](#) – A segunda questão prejudicial repete a primeira questão prejudicial, completando-a, com efeito, através da indicação de determinados critérios, v. n.º 12 destas Conclusões. A segunda questão prejudicial, entendo-a no sentido de que o tribunal quer saber se um método de cálculo que não tem em consideração esses critérios é abusivo; v. n.º 69 destas Conclusões.

[13](#) – Acórdão de 9 de Novembro de 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comissão* (322/81, Recueil, p. 3461, n.º 57)

[14](#) – Acórdãos de 3 de Julho de 1991, *AKZO/Comissão* (62/86, Colect., p. I-3359, n.º 69), e de 13 de Fevereiro de 1979, *Hoffmann-La Roche/Comissão* (85/76, Colect., p. 217, n.º 91).

[15](#) – Acórdão de 14 de Fevereiro de 1978, *United Brands e United Brands Continentaal/Comissão* (27/76, Colect., p. 77, n.ºs 248 a 257).

[16](#) – Isto diz respeito apenas às primeira, segunda e terceira questões prejudiciais. A quarta questão prejudicial dirige-se à hipótese prevista no artigo 82.º, segundo parágrafo, alínea c), CE.

[17](#) – Cf. acórdão *United Brands e United Brands Continentaal/Comissão* (referido na nota 15, n.ºs 248/257), e acórdão de 13 de Novembro de 1975, *General Motors Continental/Comissão* (26/75, Recueil, 1367, n.ºs 11/12, Colectânea, p. 467).

[18](#) – Wish, R., *Competition Law*, Reed Elsevier, 5.ª Edição, 2003, p. 195; Faull, J./Nikpay, A., *loc. cit.* (nota 10), n.º 3.298.

[19](#) – Sobre a determinação do valor da propriedade intelectual no direito comunitário, v. Reinbothe, J., «Der Stellenwert des geistigen Eigentums im Binnenmarkt», in: Schwarze, J., Becker, J., (Edit.), *Geistiges Eigentum und Kultur im Spannungsfeld von nationaler Regelungskompetenz und europäischem Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht*, Nomos 1998, p. 31 ss.

[20](#) – Por isso se observa que a gestão de direitos de autor, em muitos casos apenas se torna possível através da união dos autores interessados e das editoras de música num organismo de gestão de direitos de autor, v. Dworkin, G., *Monopoly, non-participating rightowners, relationship authors/producers*, Copyright Tribunal, in: Jehoram, H. C., *Collective Administration of Copyrights in Europe*, Kluwer – Deventer, 1995, p. 12. Wünschmann, C., *Die kollektive Verwertung von Urheber- und Leistungsschutzrechten nach europäischem Wettbewerbsrecht*, Nomos 2000, p. 20 s., refere os custos de negociação proibitivos, e em cima disso, que o controlo e gestão dos direitos de autor é particularmente difícil exactamente na área das obras musicais, por causa da sua utilização «difusa de massa». Detalhadamente, sobre este ponto Mestmäcker, E.-J., «Geistiges Eigentum und Kultur im Spannungsfeld von nationaler Regelungskompetenz und europäischem Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht aus Sicht der Verwertungsgesellschaften, in»: Schwarze, J., Becker, J. (Edit.), *Geistiges Eigentum und Kultur im Spannungsfeld von nationaler Regelungskompetenz und europäischem Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht*, Nomos 1998, p. 55.

[21](#) – V. Vinje, T., Niiranen, O., «The application of Competition Law to Collecting Societies in a Borderless Digital Environment, in»: *European Competition Law Annual 2005: The interaction between Competition Law*

and Intellectual Property Law, Ehlermann, C.D. (Edit.), Hart, 2007, p. 402; Wünschmann, C., *loc. cit.* (nota 20), p. 19; Trampuz, M., *Avtorsko pravo*, Cankarjeva založba, 2000, p. 73.

[22](#) – Wünschmann, C., *loc. cit.* (nota 20), p. 25. Neste contexto, há que ter em conta, porém, que a Comissão, pela sua Decisão COMP/36.698-CISAC, de 16 de Julho de 2008, proibiu os organismos europeus de gestão de direitos de autor de restringirem as ofertas de prestação fora dos respectivos territórios nacionais, distorcendo dessa forma a concorrência. Não obstante, aquela decisão permite a estes organismos manterem o seu actual sistema de convenções bilaterais e fixarem o montante dos «royalties» devidos. Como a decisão não foi publicada, remete-se para o comunicado de imprensa da Comissão IP/08/1165, de 16 de Junho de 2008, e para o memorando da Comissão MEMO/08/511, de 16 de Junho de 2008.

[23](#) – Neste caso, os adquirentes são em regra empresas de transmissão por cabo ou empresas semelhantes que vinculam os canais de televisão a diferentes pacotes e os transmitem para o consumidor final.

[24](#) – V. n.º 32 destas Conclusões

[25](#) – V. n.º 39 destas Conclusões.

[26](#) – Como foi exposto *supra* (n.ºs 35 a 37 destas Conclusões), o artigo 82.º CE não implica que a empresa em posição dominante perca completamente a sua liberdade de actuação económica.

[27](#) – Wünschmann, C., *loc. cit.* (nota 20), p. 163, refere que permanece entregue aos mecanismos do direito interno o controlo do estabelecimento das taxas pelas sociedades em situação de monopólio.

[28](#) – No número 3.294 de Faull, J./Nikpay, A., *loc. cit.* (nota 10), refere-se que, nesta área, é aconselhável prudência às autoridades de concorrência e aos tribunais e apenas devem intervir nos casos em que aparece de forma especialmente clara a afectação do bem-estar do consumidor.

[29](#) – Acórdão de 6 de Fevereiro de 2003, SENA (C-245/00, Colect., p. I-1251).

[30](#) – JO L 346, p. 61 ss.

[31](#) – Acórdão SENA (referido na nota 29 *supra*, n.ºs 34 a 36 e 40 a 46). Quanto ao mandato (limitado) da Comunidade Europeia como legislador em matéria de direitos de autor, v. Reinbothe, J., *loc. cit.* (nota 19), p. 33.

[32](#) – Em Faull, J./Nikpay, A., *loc. cit.* (nota 10) números 8.35 a 8.37, vem referido que o âmbito exacto do direito de autor varia, o objecto específico do direito de autor nem sempre é claramente identificado e a protecção do autor pode ser diferente de Estado-Membro para Estado-Membro.

[33](#) – Acórdão Basset (referido na nota 8 *supra*), n.º 5.

[34](#) – Acórdão Basset (referido na nota 8 *supra*), números 16 e 18. O número 19 deste acórdão refere, em todo o caso, que pode existir abuso quando o organismo de gestão exige uma remuneração excessivamente elevada.

[35](#) – Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Março de 2007, *British Airways/Comissão* (C-95/04 P, Colect., p. I-2331, n.º 67 e do Tribunal de Primeira Instância de 30 de Setembro de 2003 (*Michelin/Comissão*, T-203/01, Colect., 2003, p. II-4071, n.º 73).

[36](#) – Neste sentido: Temple Lang, J., «Media, Multimedia and European Community law», in: *International antitrust law & policy*, 1997, 377, 424.

[37](#) – V. sobre este ponto em detalhe *infra* n.º 74 destas Conclusões.

[38](#) – V. sobre este ponto em detalhe *infra* n.ºs 75 a 77 destas Conclusões.

[39](#) – A apreciação da questão de saber se a aplicação de semelhante método de cálculo é abusiva depende, pois, dos critérios que sejam tidos em consideração quanto às variáveis. Como o Tribunal nacional, nas suas segunda e terceira questões prejudiciais não colocou questões análogas, remeto para as respostas às segunda e terceira questões (n.º 68 a 105 destas Conclusões).

[40](#) – O Tribunal de Justiça, no seu acórdão *United Brands e United Brands Continentaal/Comissão* (referido na nota 15, v. n.ºs 227 a 233) refere que o jogo da oferta e da procura no essencial só deve ser aplicado nas fases em que realmente se exprime. Os mecanismos do mercado são alterados quando o preço não é calculado atendendo à lei da oferta e da procura entre vendedor e comprador mas sim, saltando um escalão do mercado, atendendo à oferta e à procura entre o vendedor e o consumidor final.

[41](#) – Acórdão *British Airways/Comissão* (referido na nota 35, n.º 67) e *Michelin/Comissão* (referido na nota 35, n.º 73).

[42](#) – V. Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, Sweet & Maxwell, 6.ª Edição, n.º 10.109. Temple Lang, J., *loc. cit.* (nota 36), 425. Isto é a forma de procedimento usual, por exemplo, nos contratos de edição com os escritores ou com os músicos nos contratos de edição de discos.

[43](#) – Cf. Mestmäcker, E.-J., *loc. cit.* (nota 20), p. 55.

[44](#) – Becker, J., «Governmental and judicial control over licensing and tariffs», in: *Collective Administration of Copyrights in Europe*, Kluwer – Deventer 1995, p. 44.

[45](#) – Acórdão *United Brands e United Brands Continentaal/Comissão* (referido na nota 18, n.ºs 239 a 241).

[46](#) – V. n.º 53 das Conclusões do Advogado-Geral Jacobs de 26 de Maio de 1989 no processo *Tournier* (referido na nota 8), e processos *apensos Lucazeau e o.* (referido na nota 8); *Allendesalazar, R., Vallina, R.*, «Collecting Societies: The Usual Suspects», *loc. cit.* (nota 22); *Liaskos, E.-P.*, *loc. cit.* (nota 10), número 704 s. Isto mostra,

além do mais, que a utilização de uma obra musical depois de criada não implica para o autor quaisquer custos adicionais.

[47](#) – Este entendimento retira-se, por exemplo, também, do n.º 156 das Orientações da Comissão relativas à aplicação do artigo 81.º do Tratado CE aos acordos de transferência de tecnologia (JO 2004, C 101, p.2). Por isso, em regra não é anti-concorrencial que a taxa de licença seja calculada com base no preço do produto final, desde que este inclua a tecnologia licenciada. Penso que isto pode ser utilizado como prova do carácter usual de semelhante regra de remuneração na área do direito dos bens imateriais. Quando a cumulação de taxas de licença para um produto se traduz num resultado desproporcional, este, na minha opinião, não deve necessariamente conduzir a uma separação das taxas de licença, podendo ser resolvido através do montante das taxas de licença.

[48](#) – Becker, J., *loc. cit.*, (nota 44), p. 44; Liaskos, E.-P., *loc. cit.* (nota 10), n.º 699.

[49](#) – N.ºs 40 a 42 destas Conclusões.

[50](#) – Um método para determinação do valor económico de um produto seria partir do preço médio para este produto (valor económico como preço objectivado médio). Em todo o caso, aqui já não existe qualquer concorrência, por causa da posição exclusiva do organismo de gestão de direitos de autor, que possa ter efeito sobre os preços. V., em geral, sobre este problema, Faull, J./Nikpay, A., *loc. cit.*, (nota 10), n.º 3.293.

[51](#) – Acórdão Tournier (referido na nota 8, n.º 38).

[52](#) – Neste contexto, deve ter-se em consideração que o Tribunal de Justiça, em minha opinião, pelos fundamentos referidos *supra* (n.º 48 destas Conclusões) deve usar de prudência quando os métodos de cálculo num Estado-Membro se baseiam num critério que está numa conexão plausível com o direito de autor e, pelo contrário os métodos de cálculo em outro Estado-Membro baseiam-se noutro critério que do mesmo modo está numa conexão plausível com o direito de autor e isso conduz a resultados diferentes.

[53](#) – Em Bellamy & Child, *loc. cit.* (nota 42), n.º 9-065, vem referido que a utilização usual de uma prática nos ramos da indústria em causa deve ser tida em consideração.

[54](#) – Neste contexto, deve referir-se que embora, como nos n.ºs 40 a 42 se descreve, não tenham lugar quaisquer negociações sobre as licenças relativas a direitos de autor individuais porque os canais de televisão, com base na licença em branco para a totalidade do repertório do STIM, não precisam de negociar as licenças para a utilização das obras musicais individuais protegidas por direitos de autor. Se, no entanto, para efeitos de determinação do valor da licença global hipoteticamente fossem assumidas semelhantes negociações, não seria fora do comum que os autores exigissem uma participação no volume de negócios conseguido. Não penso que isto possa ser apreciado de outro modo apenas porque os direitos de autor são exercidos através do organismo de gestão de direitos de autor.

[55](#) – Acórdão Basset (referido na nota 8, n.ºs 16 e 18).

[56](#) – Contudo, quanto à afirmação do Kanal 5 e da TV 4, de que também seria possível uma ligação ao lucro obtido pelos canais de televisão, já tenho dúvidas que este método alternativo reproduza de forma adequada o valor da prestação de um organismo de gestão de direitos de autor. Neste caso não seria apenas o volume de negócios obtido mas também os custos do canal de televisão que deveriam ser tidos integralmente em conta na determinação do valor da prestação. Não consigo ver em que medida a estrutura de custos de um canal de televisão tem a ver com o valor económico da prestação de um organismo de gestão de direitos de autor.

De resto, também não colhe a alegação do Kanal 5 e da TV5 de que o STIM não participa no risco económico dos canais de televisão. Uma vez que a remuneração do STIM depende das receitas dos canais de televisão dos contratos de publicidade e de assinaturas, uma redução destas receitas influencia directamente a remuneração do STIM.

[57](#) – V. n.ºs 47 e 48 destas Conclusões.

[58](#) – Na medida em que a terceira questão prejudicial está em relação com a primeira questão, remeto para a minha resposta a esta.

[59](#) – N.º 32 destas Conclusões.

[60](#) – N.ºs 52 a 57 destas Conclusões.

[61](#) – V. acórdãos de 30 de Março de 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti* (C-451/03, Colect., 2006, p. I-2941, n.º 68 e ss.), de 19 de Dezembro de 1968, *Salgoil* (13/68, Colect., 1965-1968, pp. 903 e 906), de 23 de Janeiro de 1975, *Van der Hulst* (51/74, Colect., p. 33, n.º 12), de 8 de Fevereiro de 1990, *Shipping and Forwarding Enterprise Safe* (C-320/88, Colect., 1990, p. I-285, n.º 11), de 5 de Outubro de 1999, *Lirussi e Bizzaro* (C-175/98 e C-177/98, Colect., 1999, I-6881, n.º 38) e de 15 de Maio de 2003, *RAR* (C-282/00, Colect., 2003, p. I-4741, n.º 47).

[62](#) – Acórdão *Basset* (referido na nota 8, n.º 18).

[63](#) – Acórdão *Tournier* (referido na nota 8, n.º 45).

[64](#) – *Ibidem*.

[65](#) – Acórdão *Tournier* (referido na nota 8, n.º 45).

[66](#) – V. *Bellamy & Child*, *European Community Law of Competition*, *loc. cit.* (nota 42), N.º 9-065; acórdão de 21 de Fevereiro de 1973, *Europemballage e Continental Can/Comissão* (6/72, Colect., 1973, 215, n.º 26).

[67](#) – *Liaskos*, E.-P, *loc cit.*, (nota 10), n.º 699.

[68](#) – Determinadas emissões são, para efeitos publicitários, particularmente interessantes, por exemplo, porque chamam a si grandes audiências. Os canais de televisão podem com estas emissões, em regra, conseguir receitas de publicidade mais elevadas.

[69](#) – Isto será muito mais difícil de efectuar em relação aos contratos de assinatura do que quanto aos contratos de publicidade, v. sobre este ponto nota 81.

[70](#) – N.ºs 75 a 77 destas Conclusões.

[71](#) – No que se refere às receitas provenientes dos contratos de publicidade há, em minha opinião, muitas razões para que exista uma forte correlação entre a audiência esperada e o montante das receitas de publicidade. Também no caso das receitas provenientes de contratos de assinatura as receitas deveriam aumentar de forma proporcional à audiência esperada ou potencial.

[72](#) – V. n.ºs 58 a 61 destas Conclusões.

[73](#) – V. n.º 74 destas Conclusões.

[74](#) – V. n.ºs 47 a 49 destas Conclusões.

[75](#) – Nestas circunstâncias, deve ter-se em consideração que, no caso de canais de televisão que se financiam apenas com as receitas dos contratos de assinatura e ao contrário do que acontece com as receitas dos contratos de publicidade, não pode ser estabelecida nenhuma correlação entre as receitas e a audiência. O tribunal *a quo* deve, por isso, verificar se, do ponto de vista das receitas dos contratos de assinatura, é possível uma distribuição mais precisa, por exemplo através do apuramento da audiência efectiva em relação a horas de emissão específicas ou a emissões específicas.

[76](#) – V. n.ºs 75 a 77 destas Conclusões.

[77](#) – Penso que esta circunstância pode mais facilmente ser tida em conta por meio da quota-parte de base. Neste contexto, deve referir-se que a quota-parte fixada para as receitas dos contratos de publicidade e assinaturas é claramente inferior à quota-parte de música. No entanto, como o tribunal *a quo*, não perguntou se uma remuneração como a exigida pelo STIM é excessivamente alta, este ponto não necessita de ser aqui mais aprofundado.

[78](#) – V. n.ºs 60 a 64 destas Conclusões.

[79](#) – Acórdão Basset (referido na nota 8, n.ºs 16 e 18).

[80](#) – Nestas circunstâncias, deve referir-se que as receitas de discotecas não dependem apenas da utilização de obras musicais protegidas por direitos de autor mas também de outros factores como, por exemplo, a situação, a

publicidade, o público e o equipamento da discoteca que em parte mostram apenas uma pequena conexão com a utilização de obras musicais protegidas por direitos de autor.

[81](#) – No que respeita à tomada em conta do tipo de utilização, importa sobretudo averiguar se é possível estabelecer uma distinção consoante o tipo da utilização (por exemplo, emissões em que as obras musicais protegidas são usadas apenas como música de fundo ou emissões cujo objecto principal é a reprodução de obras musicais protegidas) segundo critérios suficientemente objectivos. Além disso, importa averiguar, em especial, se semelhante método alternativo aumenta os custos. Neste contexto, pode ser relevante a questão de saber se o organismo de gestão procede a semelhante repartição nas relações internas. Finalmente, devem ponderar-se as vantagens e as desvantagens.

[82](#) – N.ºs 74 a 79 destas Conclusões.

[83](#) – V. n.º 9 destas Conclusões.

[84](#) – Acórdão de 15 de Março de 2007, *British Airways/Comissão* (C-95/04 P, Colect., p. I-2331, n.º 143).

[85](#) – O SVT é financiado por taxas públicas. Do montante das taxas públicas não podem necessariamente ser tiradas conclusões, ao contrário do que sucede com as receitas da publicidade e assinaturas, quanto à medida da utilização das obras musicais protegidas por direitos de autor.

[86](#) – Uma justificação de um tratamento desigual entre o Kanal 5 e a TV 4, por um lado, e o SVT, por outro, com base nas funções de direito público do SVT não entra aqui em linha de conta porque o STIM, durante a audiência, afirmou claramente que o único fundamento para o tratamento diferencial é o facto de o SVT praticamente não ter receitas de contratos de publicidade e assinaturas.

[87](#) – Acórdãos de 15 de Março de 2007, *British Airways/Comissão* (C-95/04 P, Colect., 2007, p. I-2331, n.º 144) e de 16 de Dezembro de 1975, *Suiker Unie e o./Comissão* (40/73 a 58/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, Colect., p. 563, n.ºs 523 e 524).

[88](#) – V. acórdãos *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti* (referido na nota 61, n.º 68 s.), *Van der Hulst* (referido na nota 61, n.º 12), *Shipping and Forwarding Enterprise Safe* (referido na nota 61, n.º 11), *Lirussi e Bizzaro* (referido na nota 61, n.º 38) e *RAR* (referido na nota 61, n.º 47).