

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

GIOVANNI PITRUZZELLA

apresentadas em 16 de julho de 2020 ([1](#))

Processo C-372/19

Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM)

contra

Weareone.World BVBA,

Wecandance NV

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Ondernemingsrechtbank Antwerpen (Tribunal de Comércio de Antuérpia, Bélgica)]

«Reenvio prejudicial — Concorrência — Artigo 102.o TFUE — Abuso de posição dominante — Conceito de “preço não equitativo” — Remunerações cobradas por uma organização de gestão coletiva de direitos de autor pela comunicação ao público de obras musicais protegidas pelo direito de autor durante a realização de festivais — Método de cálculo»

1. Com o pedido de decisão prejudicial objeto das presentes conclusões, o Ondernemingsrechtbank Antwerp (Tribunal de Comércio de Antuérpia, Bélgica) submete ao Tribunal de Justiça uma questão prejudicial sobre a interpretação do artigo 102.º TFUE. Esta questão surge no contexto de dois litígios, o primeiro entre a Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (a seguir «SABAM») e a sociedade Weareone.World BVBA (a seguir «W.W»), o segundo entre a SABAM e a sociedade Wecandance NV (a seguir «WCD»), que têm por objeto as remunerações cobradas pela SABAM pela utilização de obras musicais pertencentes ao seu repertório durante a realização de festivais organizados pela W.W e pela WCD.

I. Quadro jurídico

A. *Direito da União*

2. Nos termos do artigo 102.º, primeiro parágrafo, TFUE «[é] incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste». Por força do segundo parágrafo, alínea a), do referido artigo, estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em «[i]mpor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas».

3. A Diretiva 2014/26 (2), adotada com base nos artigos 50.º, n.º 1, 53.º, n.º 1, e 62.º TFUE e que entrou em vigor em 9 de abril de 2014, tem como principais objetivos melhorar a capacidade dos membros das organizações de gestão coletiva para exercerem um controlo sobre as atividades dessas organizações, assegurar uma transparência suficiente por parte dessas organizações e melhorar a concessão de licenças multiterritoriais dos direitos de autor sobre obras musicais para utilização em linha (3). Para esse fim, esta diretiva estabelece, em especial, os requisitos necessários para garantir o funcionamento correto da gestão dos direitos de autor e direitos conexos pelas organizações de gestão coletiva (4). O artigo 16.º desta diretiva, intitulado «Concessão de licenças», incluído no capítulo 4, consagrado às «Relações com os usuários», dispõe, no n.º 2:

«As condições da concessão de licenças devem basear-se em critérios objetivos e não discriminatórios. [...]

Os titulares de direitos devem receber uma remuneração adequada pela utilização dos seus direitos. As tarifas de direitos exclusivos e os direitos à remuneração devem ser razoáveis em relação, entre outros aspetos, ao valor económico da utilização comercial dos direitos, tendo em conta a natureza e o âmbito da utilização da obra e outras prestações, bem como em relação ao valor económico do serviço prestado pela organização de gestão coletiva. As organizações de gestão coletiva devem informar o usuário em causa dos critérios utilizados para o estabelecimento destas tarifas.»

B. *Direito nacional*

4. O artigo IV.2 do Wetboek van economisch recht (Código de Direito Económico) tem o mesmo conteúdo que o artigo 102.º TFUE.

5. A Diretiva 2014/26 foi transposta para o direito belga pela Wet van 8 juni 2017 tot omzetting in Belgisch recht van de richtlijn 2014/26 (Lei de 8 de junho de 2017 que transpõe para o direito belga a Diretiva 2014/26) (5), que entrou em vigor em 1 de janeiro de 2018. O artigo 63.º da referida lei alterou o artigo XI.262 do Código de Direito Económico, o qual prevê, no n.º 1, que «as condições de concessão de licenças devem basear-se em critérios objetivos e não discriminatórios. [...]. Os titulares dos direitos receberão uma remuneração adequada pela utilização dos direitos. As tarifas aplicadas pelos direitos exclusivos e os direitos a remuneração devem ser razoáveis, atendendo, nomeadamente, ao valor económico da utilização dos direitos negociados, tendo em conta a natureza e a extensão da utilização das obras e das prestações, bem como o valor económico do serviço prestado pela organização de gestão. As sociedades de gestão devem informar o utilizador em causa dos critérios utilizados para estabelecer essas tarifas».

6. Por força do artigo XI.248 do Código de Direito Económico, na versão aplicável aos factos dos processos principais, «as sociedades de gestão gerem os direitos no interesse dos seus titulares. Tal gestão deve ser conduzida de forma equitativa, diligente, eficaz e não discriminatória. [...]».

7. Em conformidade com o artigo XI.279 do Código de Direito Económico, um serviço de controlo das sociedades de gestão de direitos de autor e direitos conexos, que faz parte da Direção-Geral de Inspeção Económica do Serviço Público Federal de Economia (FOD Economie), supervisiona, em especial, as regras de cobrança, de tarifação e de distribuição adotadas por essas sociedades.

II. Processos principais e questão prejudicial

8. A SABAM, demandante nos processos principais, é uma organização de gestão de direitos de autor nos termos da legislação belga. As sociedades demandadas, a W.W e a WCD, são as organizadoras, respetivamente, dos festivais de música *Tomorrowland* e *Wecandance*.

9. A remuneração pela utilização do repertório da SABAM durante a realização de festivais de música (6) é determinada com base na denominada «tarifa 211» que, na altura dos factos dos processos principais, comportava dois critérios de tarifação diferentes. O primeiro previa a aplicação de uma tarifa mínima calculada com base na superfície sonorizada ou no número de lugares sentados. O segundo, aplicável quando conduzi-se a remunerações mais elevadas, consistia numa tarifa degressiva por escalões calculados com base no montante mais elevado entre o orçamento artístico (7) e a receita bruta resultante da venda dos bilhetes, incluindo os oferecidos aos patrocinadores. Resulta dos autos que as taxas aplicadas variavam entre 6 % e 2,50 % (3,25 % em 2017) e eram aplicadas a 8 (9 a partir de 2017) escalões de volume de negócios entre 0,01 euros e mais de 3 200 000 euros. As diferentes versões da tarifa 211 previam a dedução de algumas despesas do montante assumido como base, em especial, os custos de reserva, o IVA e as taxas municipais (8). Sobre essa tarifa eram aplicadas reduções com base na regra 1/3-2/3, segundo a qual: i) se menos de 1/3 das músicas reproduzidas proviessem do repertório da SABAM, esta aplicava 1/3 da tarifa; ii) se mais de 1/3 e menos de 2/3 das obras executadas proviessem desse repertório, a SABAM aplicava 2/3 da tarifa; iii) nos restantes casos, era aplicada a tarifa plena. Para beneficiarem destas reduções, os organizadores do evento tinham de apresentar a lista das obras musicais executadas. Essa lista tinha de ser apresentada, o mais tardar, 10 dias antes do evento ou, a partir de 2017 e para as obras executadas ao vivo por DJ, até 30 dias após o evento, desde que o organizador recorresse a uma empresa de controlo aprovada pela SABAM.

10. Através de vários atos de citação (9), a SABAM pede às demandadas o pagamento dos direitos pela utilização do seu repertório musical durante a realização das edições de 2014, 2015 e 2016 do festival *Tomorrowland* (10) e das edições de 2013 a 2016 do festival *Wecandance* (11).

11. Perante o órgão jurisdicional de reenvio, a W.W e a WCD contestaram a validade da tarifa 211, que consideraram injusta por não corresponder ao valor económico do serviço prestado pela SABAM. Por um lado, alegam que a regra 1/3-2/3 com base na qual são aplicados os descontos não é suficientemente precisa e que existem tecnologias que permitem identificar com maior exatidão as obras do repertório da SABAM executadas durante a realização do festival e a sua duração (12). Por outro lado, contestam o cálculo da tarifa com base no orçamento artístico ou nas receitas brutas, sem dedução prévia das despesas não diretamente relacionadas com a música. À luz destes elementos, o sistema de tarifação adotado pela SABAM relativamente a eventos como os organizados pelas demandadas nos processos principais constitui um abuso de posição dominante proibido por força do artigo 102.º TFUE.

12. É pacífico que a SABAM detém na Bélgica, um monopólio de facto no mercado da cobrança e da distribuição dos direitos de autor sobre a reprodução e a comunicação ao público de obras musicais.

13. O órgão jurisdicional de reenvio salienta que é impossível calcular com precisão o valor económico dos direitos de autor relacionados com a execução de obras musicais no contexto de eventos como os que estão em causa nos processos principais, uma vez que esse cálculo teria de ter em conta a atratividade e a popularidade de cada peça executada. Portanto, a determinação da remuneração devida à organização de gestão dos direitos de autor seria necessariamente, resultado de um cálculo aproximado. Todavia, esse órgão jurisdicional questiona qual o nível de precisão exigido para que essa remuneração não seja considerada injusta e se o sistema de tarifação adotado pela SABAM, atendendo aos elementos contestados pelas demandadas, é compatível com o artigo 102.º TFUE.

14. É neste contexto que o Ondernemingsrechtbank Antwerp (Tribunal de Comércio de Antuérpia) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Deve o artigo 102.º TFUE, conjugado ou não com o artigo 16.º da Diretiva [2014/26], ser interpretado no sentido de que se verifica um abuso de posição dominante se uma sociedade de gestão coletiva de direitos de autor, com um monopólio de facto num Estado-Membro, aplicar aos organizadores de eventos musicais um modelo de remuneração pelo direito a reproduzir obras musicais em público que assenta, entre outros, no volume de negócios e em que:

1. é utilizada uma tarifa fixa por escalões, em vez de uma tarifa que tenha em conta a proporção exata (determinada com recurso aos instrumentos técnicos mais avançados), na música reproduzida durante o evento, do repertório protegido pela referida sociedade de gestão coletiva de direitos de autor?
2. a remuneração do licenciamento é condicionada por elementos externos, como por exemplo o preço do ingresso, o preço das bebidas, o orçamento para os artistas executantes e o orçamento para outros elementos, como o cenário?»

III. Tramitação no Tribunal de Justiça

15. A SABAM, a W.W, a WCD, os Governos belga e francês e a Comissão Europeia apresentaram observações escritas nos termos do artigo 23.º do Estatuto do Tribunal de Justiça. Estas partes e interessados, com exceção do Governo francês, foram igualmente ouvidos em alegações na audiência que se realizou em 27 de maio de 2020.

IV. Análise

1. *Observações preliminares*

16. Há muito que a questão dos critérios de determinação da remuneração pela utilização, durante festivais de música, das obras musicais que fazem parte do repertório da SABAM estão no centro de uma série de disputas que opõem a sociedade de gestão aos organizadores de tais eventos. Um dos capítulos mais recentes dessa saga é constituído pela Decisão de 12 de abril de 2018, pela qual, a pedido de diversas sociedades organizadoras de festivais (entre as quais não figuram as demandadas nos processos principais) e da federação que as representa, o Voorzitter van de Nederlandstalige rechtbank van koophandel te Brussel (presidente do Tribunal de Comércio neerlandófono de Bruxelas, Bélgica) declarou uma violação do artigo 102.º TFUE por parte da SABAM no que respeita, entre outros aspetos, aos elementos da tarifa aplicada aos festivais contestados pela W.W e pela WCD nos processos principais (13). Na sequência dessa decisão, como exposto pelo órgão jurisdicional de reenvio, a SABAM alterou, aparentemente apenas temporariamente, o sistema de descontos variáveis em função da quantidade de obras do seu repertório executadas durante a realização do festival, substituindo a regra de 1/3-2/3 por uma subdivisão por escalões de 10 %. Foi também previsto que as despesas com serviços de segurança profissional e de ajuda pública seriam deduzidas das receitas brutas, até 50 % do seu total. Resulta também do processo que a SABAM interpôs recurso dessa decisão no Hof van beroep te Brussel (Tribunal de Recurso de Bruxelas, Bélgica), o qual se pronunciou mediante Acórdão de 10 de abril de 2019 solicitando um parecer à Comissão sobre a aplicação do artigo 102.º TFUE à estrutura tarifária da SABAM e das outras sociedades de gestão que prosseguem objetivos semelhantes e que detêm um monopólio noutros Estados-Membros da União. Esse órgão jurisdicional pede também à Comissão que o informe da existência de processos pendentes noutros Estados-Membros semelhantes ao que se encontra pendente perante ele ou de quaisquer medidas eventualmente examinadas ao nível europeu. A Comissão emitiu o seu parecer em 8 de maio de 2020. Esse parecer foi depois junto aos autos do presente processo nos termos de uma medida na aceção do artigo 62.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça.

17. Uma vez que o objeto da questão prejudicial submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio é saber se a aplicação de um determinado método de cálculo de um preço — no caso vertente, as remunerações devidas a uma organização de gestão coletiva de direitos de autor pela comunicação ao público de obras musicais pertencentes ao seu repertório — é abusiva, importa, em primeiro lugar, analisar o artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea a), TFUE, que, como referido, proíbe a imposição por uma empresa dominante de «preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas».

18. Nas presentes conclusões, analisarei, antes de mais, a jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de preços não equitativos, com especial referência às tarifas das sociedades de gestão coletiva de direitos de autor. Em seguida, procederei à análise, separadamente e à luz dos princípios estabelecidos, dos elementos da estrutura tarifária da SABAM evidenciados na questão prejudicial, sobre os quais o órgão jurisdicional de reenvio pede esclarecimentos ao Tribunal de Justiça. Começarei pelo método de definição do montante de base ao qual se aplica a taxa que determina as remunerações devidas à SABAM, ou seja, o elemento mencionado na segunda parte da questão prejudicial. Posteriormente, apreciarei o sistema de reduções forfetárias a que o órgão jurisdicional de reenvio se refere na primeira parte da sua questão prejudicial.

19. Nas suas observações escritas, a Comissão abordou igualmente a questão do eventual carácter discriminatório, na aceção do artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE, da estrutura tarifária adotada pela SABAM. Alguns dos argumentos apresentados na audiência pela W.W. referiam-se também, indiretamente, a uma situação de preços discriminatórios. No entanto, não me pronunciarei sobre essa questão, uma vez que não resulta da decisão de reenvio que o Ondernemingsrechtbank Antwerp (Tribunal de Comércio de Antuérpia) tenha pretendido questionar o Tribunal de Justiça também sobre este ponto.

20. Por último, embora a questão prejudicial também diga respeito ao artigo 16.º da Diretiva 2014/26, o Ondernemingsrechtbank Antwerp (Tribunal de Comércio de Antuérpia) apenas pede ao Tribunal de Justiça esclarecimentos sobre a interpretação do conceito de abuso de posição dominante, o qual não figura, pelo menos expressamente, na Diretiva 2014/26. Por conseguinte, limitarei a minha análise ao artigo 102.º TFUE, em especial, à situação prevista na alínea a) do segundo parágrafo deste artigo.

2. Jurisprudência sobre o abuso de posição dominante que consiste na imposição de preços excessivos e sua aplicação às tarifas das organizações de gestão coletiva de direitos de autor

a) Verificação da existência de preços não equitativos

21. Ao contrário de outros sistemas jurídicos, como o dos Estados Unidos da América, o direito da concorrência da União Europeia inclui, como referido, entre os ilícitos anticoncorrenciais, uma situação de abuso de posição dominante que consiste em «[i]mpor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas». Este tipo de ilícito anticoncorrencial teve, na prática da Comissão e das autoridades nacionais de concorrência, um uso bastante limitado durante muito tempo. Todavia, nos últimos anos, assistiu-se a um ressurgimento da utilização do conceito de «preços não equitativos», como demonstra o número crescente de processos tratados pelas autoridades nacionais de concorrência e pela Comissão, bem como dos processos submetidos ao Tribunal de Justiça. Estes processos dizem principalmente respeito aos preços dos medicamentos e às tarifas aplicadas pelas organizações de gestão coletiva de direitos de autor ([14](#)).

22. Para explicar esta situação (relutância na utilização da figura e, subsequentemente, a sua expansão mas limitada a setores económicos específicos), é necessário partir da observação de que a identificação de um preço como injusto e, portanto, contrário ao direito da concorrência, é uma operação bastante difícil em que existe o risco de falsos positivos (que ocorrem quando se pensa erradamente que um preço é superior ao preço concorrencial) ou, pior, a distorção do direito da concorrência numa forma de dirigismo económico que substitui a dinâmica dos mercados por uma organização das relações económicas que

corresponde às preferências subjetivas do regulador. Além disso, a redução das margens de lucro pode gerar um desincentivo à melhoria da qualidade do produto ou do serviço, à inovação e à entrada de novos concorrentes. Assim, em última análise, uma perda em termos de bem-estar dos consumidores, ou seja, o principal (para alguns, o único) objetivo do direito da concorrência.

23. Normalmente, num mercado concorrencial, os preços elevados são corrigidos pelo facto de o seu nível elevado atrair novos operadores e, por conseguinte, o aumento da oferta e a consequente diminuição do preço. Desta forma, o mercado autocorrigi-se. Esta é a abordagem seguida por todas as correntes de pensamento económico que sublinham a capacidade dos mercados para se autocorrigirem e foi promovida pela escola de Chicago que influenciou fortemente a prática *antitrust* norte-americana.

24. Contudo, nem sempre é possível a autocorreção do mercado. Em primeiro lugar, não é possível nos casos em que existem entraves jurídicos à entrada de outros operadores, como no caso de um monopólio legal. É também o caso do monopólio de facto, em mercados em que múltiplos fatores — como os hábitos de consumo, a impossibilidade de substituir o produto ou o serviço do monopolista por produtos análogos, os efeitos de *lock-in*, os «efeitos de rede» nos mercados multifacetados, as economias de escala de que o monopolista desfruta — podem tornar extremamente difícil a entrada de novos concorrentes.

25. Além disso, para certos produtos, não é verdade que exista um limite de preço acima do qual o consumidor não está disposto a pagar, com a consequência que, nestes casos, não existem obstáculos à aplicação de preços excessivos. Face a um medicamento essencial, que salva vidas, por exemplo, o único limite para a compra é a capacidade económica do comprador (quer seja o paciente individual ou os serviços nacionais de saúde). Mas, mesmo quando estão em jogo valores menos fundamentais do que a vida humana, podem existir fatores culturais ou comportamentais que impulsionam para um nível muito alto o preço que o consumidor está disposto a pagar. Para assistir ao concerto de uma estrela de *rock* de fama planetária, que é o ídolo de milhões de jovens, o preço pode ter como único limite os recursos económicos de que um fã disponha.

26. Em casos como os descritos nos dois parágrafos anteriores, a não intervenção do direito da concorrência gera falsos negativos, porque, partindo da ideia de autocorreção do mercado, um preço seria erradamente considerado não superior ao preço concorrencial. Nesses casos, não se verifica apenas uma distorção da concorrência, mas algo mais. De facto, pode tratar-se, na verdade, de um ataque a alguns valores fundamentais das nossas sociedades, como a igualdade dos cidadãos, para os quais as diferenças na fruição de determinados bens considerados essenciais não podem depender, além de um certo limite, da capacidade de rendimento sem minar a coesão da sociedade. A proteção da saúde e, portanto, a disponibilidade de medicamentos considerados essenciais, ou o acesso a determinados produtos e serviços culturais são, nas nossas sociedades, características constitutivas de pertença à comunidade de cidadãos. Portanto, nestes domínios a temática do «preço injusto» manifesta-se com mais acuidade. Isto acontece sobretudo em períodos de crise económica ou quando se verifica uma maior sensibilidade social em relação às desigualdades. A figura dos preços excessivos caracteriza o direito da concorrência da União precisamente porque este faz parte de um sistema jurídico e é sustentado por uma cultura económica que radica na «economia social de mercado» (artigo 3.º, n.º 3, TUE).

27. Decorre do acima exposto que a Comissão, as autoridades nacionais de concorrência e os órgãos jurisdicionais nacionais, quando aplicam o conceito de preços excessivos, se movem numa espécie de leito de Procustes. Por um lado, o risco de uma aplicação excessiva da legislação *antitrust*, alimentado por falsos positivos, que acabam por prejudicar a eficiência e o próprio bem-estar do consumidor, por outro, o risco de aplicação insuficiente, devido a falsos negativos, que, além de enfraquecerem o bem-estar dos consumidores, podem ter, como referido no número anterior, consequências negativas mais profundas.

28. Para se mover num âmbito tão difícil, o Tribunal de Justiça identificou métodos que foram especificados na evolução subsequente da jurisprudência. À luz desta jurisprudência, é possível reconstruir um quadro bastante preciso dos métodos e critérios que devem ser utilizados para qualificar um preço de injusto e contrário ao artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea a), TFUE. O advogado-geral N. Wahl abordou-os extensivamente nas suas conclusões apresentadas no

processo Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra — Latvijas Autoru apvienība (15), que partilho e para que remeto, complementando-as com algumas considerações principalmente ligadas às características do processo objeto das presentes conclusões.

29. O processo mais importante do Tribunal de Justiça em matéria de preços não equitativos culminou com célebre Acórdão de 14 de fevereiro de 1978, *United Brands e United Brands Continental/Comissão* (16) (a seguir «Acórdão *United Brands*») (17), no qual, tal como anteriormente no seu Acórdão de 13 de novembro de 1975, *General Motors Continental/Comissão* (18), o Tribunal de Justiça definiu como «excessivo» o «preço sem uma relação razoável com o valor económico da prestação» (19). Por conseguinte, nem todos os preços elevados praticados por uma empresa em posição dominante num determinado mercado são excessivos e contrários ao artigo 102.º TFUE, mas apenas os preços que são «desproporcionados» ou «exorbitantes».

30. Como determinar se o preço não tem uma relação razoável com o valor económico da prestação? Para este efeito, o Tribunal de Justiça delineou, no Acórdão *United Brands*, um teste que se realiza em duas fases, a primeira das quais consiste em determinar se existe uma diferença significativa, ou seja, uma desproporção, entre o preço efetivamente praticado no mercado relevante pela empresa dominante e o preço que a empresa teria hipoteticamente praticado em situação de concorrência efetiva nesse mercado (preço de referência). O Tribunal de Justiça precisa que essa desproporção pode ser avaliada objetivamente tendo em conta a dimensão da margem de lucro da empresa dominante, dada a relação entre o custo de produção suportado por essa empresa e o preço por ela imposto. Se a resposta for afirmativa, a segunda fase do teste destina-se a «analisar se foi imposto um preço não equitativo, seja em absoluto, seja em comparação com os produtos concorrentes» (20) (a seguir «teste *United Brands*»).

31. Com base neste teste, a simples constatação de uma desproporção entre o preço e os custos de produção e de uma margem de lucro excessiva não implica, portanto, automaticamente, que o preço não seja equitativo, isto é, que não tenha qualquer relação razoável com o valor económico da prestação. Para chegar a esta conclusão, é necessário passar à segunda fase da análise, que requer uma avaliação sobre se a diferença encontrada entre o preço e os custos de produção é em si mesma reveladora de um preço não equitativo ou se a iniquidade resulta de uma comparação com os preços praticados pelos concorrentes (21). Enquanto a avaliação realizada na primeira fase do teste e a avaliação do caráter não equitativo *per se* do preço, efetuada na segunda fase, se centram, em substância, na margem de lucro da empresa dominante, a comparação com os preços de produtos concorrentes introduz uma avaliação baseada num termo de comparação.

32. A análise preços-custos de produção prevista no teste *United Brands*, bem como os métodos alternativos de determinação da margem de lucro exigem, na maioria dos casos, investigações complexas e, muitas vezes, conduzem apenas a resultados aproximados.

33. Por esta razão, a jurisprudência e a prática da Comissão reconheceram importância autónoma também a outros métodos de análise (22), com base, como previsto na segunda fase do teste *United Brands*, numa comparação entre o preço considerado não equitativo e diferentes índices de referência, alguns dos quais decorrem do próprio mercado relevante e outros de fora desse mercado. Estes índices são: i) os preços praticados no passado pela empresa dominante para os mesmos produtos no mesmo mercado relevante (23); ii) os preços praticados pela empresa dominante para produtos diferentes (24) ou relacionados (25) ou similares (26) ou relativamente a diferentes tipos de clientes (27); iii) os preços praticados pela empresa dominante para o mesmo produto em diferentes regiões do mesmo mercado relevante (28) ou noutros mercados geográficos (29); iv) os preços praticados por empresas concorrentes não dominantes no mesmo mercado relevante (30); v) os preços praticados por outras empresas para o mesmo produto ou para produtos comparáveis noutros mercados (31). A legitimidade do recurso a métodos alternativos à comparação entre o preço e os custos de produção, baseados, em especial, na comparação entre os preços aplicados no Estado-Membro em causa e os preços aplicados noutros Estados-Membros, foi recentemente confirmada pelo Tribunal de Justiça no Acórdão *AKKA/LAA* no que diz respeito às tarifas das entidades de gestão dos direitos de autor (32).

34. A escolha da metodologia de análise mais adequada, bem como, de um modo mais geral, a apreciação da existência de preços não equitativos (33) deve, segundo o Tribunal de Justiça, ter em conta todas as circunstâncias que caracterizam o caso em apreço (34). Essa escolha depende, em especial, do produto ou da prestação em causa, das características do mercado, da disponibilidade dos dados relevantes, da categoria dos parceiros contratuais da empresa dominante. Assim, por exemplo, no Acórdão *United Brands*, o Tribunal de Justiça observou que a análise preços-custos de produção era, tendo em conta o produto em causa e a acessibilidade aos dados relativos à estrutura de custos da UBS, um critério mais aceitável do que o utilizado pela Comissão, baseado na comparação entre os preços praticados pela UBS nos mercados nacionais objeto de investigação e no mercado nacional de referência, que, segundo o Tribunal de Justiça, foi escolhido com base em avaliações incorretas (35). Noutros casos, ao invés, como por exemplo no caso de bens incorpóreos, uma análise baseada na comparação preços-custos de produção poderia revelar-se complexa, além de inadequada, para explicar a realidade económica subjacente.

35. Por outras palavras, não existe, como o Tribunal de Justiça reconheceu expressamente no Acórdão *AKKA/LAA*, um sistema único adequado para efetuar uma comparação entre o preço considerado não equitativo e o preço de referência, nem para definir o quadro dessa comparação (36). O Tribunal de Justiça parece sobretudo privilegiar uma abordagem baseada na utilização conjunta de vários critérios de comparação, cada um dos quais suscetível de fornecer indícios da existência de um preço não equitativo ou de confirmar ou infirmar os dados resultantes da aplicação de um ou mais critérios (37).

36. Tal abordagem, apoiada pelo advogado-geral N. Wahl nas suas conclusões no processo *AKKA/LAA*, deve, em minha opinião, ser partilhada. Todos os métodos de análise acima descritos têm limitações intrínsecas e, a fim de evitar resultados de falso positivo ou de falso negativo, requerem uma verificação ou uma correção através da utilização de outros critérios que, atendendo às circunstâncias de cada caso, se revelarem pertinentes (38).

37. Da mesma forma que não existe um método único de comparação entre o preço considerado não equitativo e o preço de referência, também não existe uma resposta única à questão fundamental de saber acima de que limiar a desproporção entre esses preços é suscetível de dar origem à exploração abusiva de uma posição dominante no mercado e exigir a intervenção das autoridades *antitrust*. A resposta a esta questão implica, de facto, que seja determinado o valor económico do bem ou da prestação fornecida e que seja fixada uma margem de lucro razoável da empresa dominante, o que logicamente não pode ser feito em abstrato. O Tribunal de Justiça declarou, a este propósito, no Acórdão *AKKA/LAA* relativamente à comparação entre as tarifas praticadas pela empresa dominante num Estado-Membro e as tarifas praticadas nos outros Estados-Membros, que não existe «um limiar mínimo a partir do qual uma tarifa deva ser qualificada de “consideravelmente mais elevada”, dado que as circunstâncias de cada caso são determinantes a este respeito», e que, portanto, uma diferença entre as remunerações pode ser qualificada de «considerável» se for *significativa e persistente*, ou seja, se não for temporária ou esporádica (39).

38. No caso de os indícios recolhidos através das diferentes metodologias acima descritas convergirem no sentido da existência de preços não equitativos, a empresa dominante tem a possibilidade de justificar a sua estrutura de preços e a diferença de nível entre esses preços e o preço de referência, baseando-se, nomeadamente, na diferença entre a situação do mercado no qual opera e a dos mercados geográficos de referência (40), na estrutura dos seus custos de produção, ou ainda na necessidade de remunerar o capital (41) ou de recuperar custos adicionais, por exemplo, despesas de investigação e desenvolvimento (42), ou despesas decorrentes da aplicação da legislação nacional (43). Todavia, o Tribunal de Justiça excluiu que eventuais ineficiências da empresa dominante possam justificar a imposição de preços não equitativos (44).

b) Jurisprudência sobre as tarifas das organizações de gestão coletiva de direitos de autor

39. O tradicional monopólio (45) das organizações de gestão coletiva de direitos de autor deu origem a uma série de intervenções das autoridades de concorrência, tanto ao nível nacional como europeu, tendo por objeto, designadamente, a política tarifária praticada por estas organizações.

40. No Acórdão de 9 de abril de 1987, Basset (46) (a seguir «Acórdão Basset»), no qual estava em causa a cobrança por parte da organização francesa de gestão de direitos de autor, a SACEM, de um direito adicional de reprodução mecânica, que acrescia ao direito de representação pública, de obras musicais gravadas nas discotecas, o Tribunal de Justiça declarou, em substância, que as taxas cobradas a título de remuneração do direito de autor por essa representação, cujo montante é calculado com base no volume de negócios da discoteca, devem ser consideradas como a exploração normal de um direito de autor e que a sua cobrança não constitui, por si só, um abuso de posição dominante (47). No entanto, preciso que o montante da remuneração ou das remunerações acumuladas fixado por uma organização de gestão coletiva que goze de uma posição dominante no mercado pode ser de molde a constituir uma prática abusiva, na medida em que resulte na imposição de condições não equitativas (48).

41. Os processos que deram origem aos Acórdãos de 13 de julho de 1989, Tournier(49) (a seguir «Acórdão Tournier») e Lucazeau e o. (50) (a seguir «Acórdão Lucazeau»), versavam sobre o nível das remunerações cobradas pela SACEM às discotecas, que foi contestado por ser consideravelmente mais elevado do que o praticado nos outros Estados-Membros e por não ter qualquer relação com as tarifas praticadas relativamente a outros grandes utilizadores de música gravada, tais como a televisão e a rádio (51). O Tribunal de Justiça especificou que quando uma empresa em posição dominante imponha, pelos serviços que presta, tarifas significativamente mais elevadas do que as praticadas nos outros Estados-Membros e quando a comparação dos níveis das tarifas tenha sido feita numa base homogénea, essa diferença deve ser considerada um indício de abuso de posição dominante. Cabe, neste caso, à empresa em questão justificar a diferença com base em diferenças objetivas entre a situação do Estado-Membro em causa e a situação existente em todos os outros Estados-Membros. O Tribunal considerou também que o facto de a percentagem da receita das remunerações destinada aos custos de cobrança, de administração e de distribuição, e não aos titulares dos direitos de autor, ser consideravelmente mais elevada do que a das sociedades de gestão sediadas nos outros Estados-Membros não constitui uma justificação válida, uma vez que não se pode excluir que essa diferença decorra de ineficiências devidas à falta de concorrência no mercado (52). Por último, no Acórdão Tournier, o Tribunal especificou que a natureza global ou forfetária da remuneração cobrada só pode ser posta em causa à luz da proibição de práticas de preço injusto «na medida em que outros métodos sejam suscetíveis de realizar o mesmo objetivo legítimo, que é a proteção dos interesses dos autores, compositores e editores de música, sem com isso provocar um aumento das despesas efetuadas com vista à gestão dos contratos e à vigilância da utilização das obras musicais protegidas» (53).

42. No processo que deu origem ao Acórdão de 11 de dezembro de 2008, Kanal 5 e TV 4 (54) (a seguir «Acórdão Kanal 5»), no qual era contestada a iniquidade das taxas de difusão televisiva de obras musicais protegidas por direitos de autor aplicadas pela organização sueca de gestão, a STIM, o Tribunal de Justiça retomou o princípio já expresso no Acórdão Tournier, especificando que as tarifas calculadas em função das receitas das sociedades de teledifusão e do volume de música teledifundida (55), que são, em si mesmas, legítimas, podem, no entanto, ter um caráter abusivo «quando existir outro método que permita identificar e quantificar com maior precisão a utilização e a audiência dessas obras e esse método possa realizar o mesmo objetivo legítimo, a proteção dos interesses dos autores, compositores e editores de música, sem aumentar desproporcionadamente os custos da gestão dos contratos e da vigilância da utilização das obras musicais protegidas pelo direito de autor» (56).

43. No Acórdão de 27 de fevereiro de 2014, OSA (57) (a seguir «Acórdão OSA»), o Tribunal de Justiça retoma e aplica simultaneamente as duas abordagens seguidas nos Acórdãos Tournier e Kanal 5. Assim, o Tribunal declara, por um lado, que o facto de uma organização de gestão de direitos de autor impor, pelos serviços que presta, tarifas sensivelmente mais elevadas do que as praticadas nos outros Estados-Membros constitui, quando a comparação dos níveis das tarifas tiver sido efetuada numa base homogénea, um indício de abuso de posição dominante na aceção do artigo 102.º TFUE e, por outro lado, que esse abuso pode consistir na prática de um preço excessivo sem uma relação razoável com o valor económico da prestação (58).

44. Por último, no recente Acórdão AKKA/LAA, já por diversas vezes acima referido, o Tribunal de Justiça confirmou que o método para identificar do eventual caráter excessivo das tarifas de uma organização de gestão utilizado nos Acórdãos Tournier e Lucazeau e baseado na comparação com as tarifas aplicadas noutros Estados-Membros, neste caso, alguns Estados-Membros limítrofes, escolhidos segundo critérios objetivos, adequados e passíveis de

verificação constitui, quando tal comparação é feita numa base homogénea e tendo em conta, quando necessário, o índice da paridade do poder de compra (PPC), uma alternativa legítima ao teste United Brands (59).

45. Podemos perguntar-nos, lendo o Acórdão AKKA/LAA, se o Tribunal de Justiça pretendeu definitivamente eleger a comparação com as tarifas aplicadas nos Estados-Membros de referência como o método exclusivo de análise, aplicável em todos os casos em que se trata de avaliar o carácter excessivo das tarifas de uma organização de gestão coletiva de direitos de autor sobre obras musicais. Embora o teor do dispositivo desse acórdão e o facto de o Tribunal se ter absterido de citar o Acórdão Kanal 5 pareça apontar nesse sentido, tal conclusão não, todavia, é confirmada à luz dos fundamentos do acórdão, dos quais resulta que o enfoque do Tribunal nesse método de análise específico se deve mais às circunstâncias do processo principal e à formulação das questões prejudiciais do que a uma opção deliberada.

46. Por outro lado, não considero que uma tal escolha seja oportuna. Com efeito, em primeiro lugar, já observei que cada método de análise tem os seus inconvenientes. Em especial, como já salientado pelo advogado-geral F. G. Jacobs nas suas conclusões no processo Tournier (60), a dificuldade da comparação com as tarifas fixadas noutros Estados-Membros reside no facto de ser necessário encontrar um método de comparação objetivo, o que não é fácil à luz das diferenças entre as legislações nacionais e entre os métodos de cálculo e de cobrança das remunerações utilizados pelas várias sociedades de gestão de direitos de autor. Em termos mais gerais, como frisou o advogado-geral N. Wahl nas suas conclusões no processo AKKA/LAA, «no que respeita às comparações geográficas, elementos como — para dar apenas alguns exemplos — os impostos nacionais, as características específicas do mercado de trabalho nacional e as preferências dos consumidores locais poderão afetar significativamente o preço final do produto ou do serviço relevante». Em segundo lugar, ficaria por esclarecer como proceder no caso de não ser possível fazer uma comparação numa base homogénea, por exemplo, quando não esteja disponível, nos Estados-Membros de referência, um método de cálculo de tarifas análogo, ou, como parece decorrer, no presente processo, dos dados fornecidos pelo Governo belga nas suas observações escritas, resulte dessa comparação que as tarifas praticadas pela organização de gestão são inferiores às aplicadas nos Estados-Membros de referência. Por último, não é de excluir que atribuir à comparação entre as tarifas aplicadas em diferentes Estados-Membros uma importância exclusiva ou decisiva para avaliar o eventual carácter excessivo das tarifas das organizações de gestão possa fomentar comportamentos colusivos entre estas com vista a uma concertação dos preços.

47. Por estas razões, é, a meu ver, preferível que o exame do eventual carácter não equitativo das tarifas praticadas pelas organizações de gestão coletiva de direitos de autor para obras musicais seja efetuado mediante a seleção, caso a caso, do método ou dos métodos mais relevantes, identificados de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto.

48. É à luz dos princípios acima expostos e das considerações precedentes a questão prejudicial deve ser analisada nas suas duas partes.

3. *Quanto à segunda parte da questão prejudicial*

49. Na segunda parte da sua questão prejudicial, que importa examinar em primeiro lugar, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, ao Tribunal de Justiça, se configura um abuso de posição dominante o facto de uma organização de gestão coletiva dos direitos de autor, que detém um monopólio de facto num Estado-Membro, aplicar aos organizadores de eventos musicais, pelo direito de comunicação ao público de obras musicais, um modelo de remuneração que assenta no volume de negócios «e que é condicionada por elementos externos, como por exemplo o preço do ingresso, o preço das bebidas, o orçamento para os artistas executantes e o orçamento para outros elementos, como o cenário».

50. A título preliminar, são necessários três esclarecimentos.

51. Em primeiro lugar, embora, ao formular a questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio se refira a uma estrutura tarifária «que assenta no volume de negócios», resulta da decisão de reenvio e dos autos, e foi confirmado na audiência, que a tarifa degressiva prevista na tarifa 211, nos casos em que não se recorra à tarifa de base, se aplica, alternativamente, ao orçamento artístico, ou seja, à rubrica de despesas correspondente ao montante colocado à disposição dos artistas, ou a uma parte das receitas, equivalente não à totalidade do volume de negócios do evento, mas apenas ao montante correspondente às receitas resultantes da venda dos bilhetes (incluindo os oferecidos aos patrocinadores ([61](#))).

52. Em segundo lugar, embora a formulação da segunda parte da questão prejudicial não seja clara a este respeito, resulta da fundamentação da decisão de reenvio que o elemento da tarifa da SABAM sobre o qual se pedem esclarecimentos é a adoção como base de cálculo de uma parte das receitas, equivalente à receita bruta resultante da venda dos bilhetes, sem ter em conta a parte dessa receita que não depende da prestação da organização de gestão e sem permitir a dedução das despesas que não estão especificamente ligadas à música.

53. Em terceiro lugar, o órgão jurisdicional de reenvio não pergunta se esse aspeto do método de cálculo utilizado pela SABAM é abusivo na medida em que conduz à imposição de uma remuneração excessiva, mas na medida em que não estabelece uma relação suficiente entre o serviço prestado pela SABAM e a remuneração por esta exigida. Não é, portanto, o nível da remuneração cobrada, em si mesmo, que está, pelo menos diretamente, em causa, mas, em termos mais gerais, o método de cálculo dessa remuneração, ou seja, a própria estrutura da tarifa 211 e a relação que essa estrutura permite estabelecer com o serviço efetivamente prestado pela SABAM.

54. A este respeito, convém precisar, desde logo, que uma empresa, ainda que em posição dominante, deve poder prosseguir os seus próprios interesses e que, para esse fim, é, em princípio, livre de escolher o método de cálculo que considere mais adequado para determinar a remuneração exigida em contrapartida dos produtos ou dos serviços que propõe. Por conseguinte, não cabe ao Tribunal de Justiça, nem aos tribunais nacionais ou às autoridades nacionais de concorrência estabelecer o método de cálculo que deve ser adotado, mas apenas verificar se o método aplicado em concreto não infringe as proibições previstas no artigo 102.º TFUE e, em especial, se não conduz à imposição de preços não equitativos.

55. A W.W alega que a tarifa 211 foi criada para festivais de música tradicionais, cuja oferta e atratividade radica na música tocada ao vivo. Ao invés, eventos como o *Tomorrowland* proporcionam aos espetadores uma experiência «única e global», em especial pela atenção dedicada ao cenário, que transforma não só o palco, mas toda a área em que se realiza o evento num «mundo imaginário», os trajes usados pelo pessoal, os elementos visuais, tais como efeitos de luz, efeitos óticos ou fogo de artifício, a gastronomia e toda uma variedade de serviços oferecidos durante, antes e depois da estadia. A WCD também sublinha a natureza especial do evento que organiza e, tal como a W.W, alega que a receita bruta resultante da venda dos bilhetes é gerada principalmente por fatores não relacionados com o repertório musical utilizado. Daí resulta, segundo a W.W, que, para eventos deste tipo, adotar o volume de receitas como base para o cálculo da remuneração da organização de gestão coletiva constitui, por si só, um abuso de posição dominante. Por outro lado, a WCD considera abusivo o facto de não se permitir deduzir da receita bruta as despesas que não têm qualquer ligação com a música, algumas das quais, como as relativas ao cumprimento da regulamentação em matéria ambiental ou em matéria de segurança, estão em crescimento constante. Segundo a W.W e a WCD, o orçamento artístico também não constitui uma base de cálculo adequada.

56. De acordo com a jurisprudência acima referida ([62](#)), um preço não pode ser considerado não equitativo, nos termos do artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea a), TFUE se tiver uma relação razoável com o valor económico do serviço prestado pela empresa em posição dominante. No presente processo, esse serviço consiste em disponibilizar aos utilizadores obras musicais protegidas pelo direito de autor para efeitos de comunicação ao público durante a realização de festivais.

57. Como referido acima, o teste United Brands sugere, pelo menos implicitamente, que se determine o valor do produto ou do serviço fornecido pela empresa dominante a partir dos seus custos de produção. Ora, embora seja possível quantificar os custos inerentes à gestão coletiva, é extremamente difícil, se não impossível, determinar os custos da criação de uma obra intelectual, como uma obra musical. O critério utilizado pelo teste United Brands é, portanto, inadequado para determinar o valor económico do serviço prestado aos utilizadores de uma organização de gestão coletiva no seu conjunto.

58. Por conseguinte, o valor económico dessa prestação e, no caso vertente, do serviço prestado pela SABAM aos organizadores de festivais deve ser avaliado atendendo, por um lado, às características da gestão coletiva e, por outro, do direito de autor (63).

59. Quanto ao primeiro aspeto, uma parte importante desse valor consiste no facto de que os organizadores do festival não são obrigados a dirigirem-se individualmente aos titulares dos direitos de autor das obras que pretendam executar para negociar com cada um deles uma licença para comunicação ao público, mas têm, na organização de gestão, um único interlocutor. Os contratos de reciprocidade celebrados pela SABAM com outras organizações de gestão permitem também, através de uma única licença, o acesso ao repertório de organizações estrangeiras. A existência de um sistema de gestão coletiva dos direitos representa não só uma evidente economia de tempo e de recursos, mas também é uma condição necessária para a própria viabilidade de eventos como os organizados por sociedades como a W.W e a WCD.

60. Quanto ao segundo aspeto, o valor económico das obras musicais colocadas à disposição dos organizadores de um festival depende dos lucros que proporcionam (ou que se espera virem a proporcionar). Como sublinhado pela advogada-geral V. Trstenjak nas suas Conclusões no Acórdão Kanal 5 (64), é bastante normal que, no caso das licenças de direitos de autor, a remuneração seja calculada com base na percentagem do volume de negócios conseguido com o bem para cuja produção foi utilizado o direito de autor. A ideia subjacente é que um autor deve poder obter uma fração razoável do volume de negócios realizado através da utilização da sua obra.

61. Esta ideia decorre da jurisprudência constante do Tribunal de Justiça acima referida, segundo a qual a cobrança, por uma organização de gestão de direitos de autor, de uma remuneração pela representação de obras musicais protegidas, cujo montante é calculado com base no volume de negócios do utilizador, deve ser considerada uma exploração normal do direito de autor (65). As remunerações calculadas com base no volume de negócios do utilizador apresentam, portanto, em princípio, uma relação razoável com o valor económico do serviço prestado (66).

62. Certamente, o volume de negócios de um evento como um festival de música (67) depende, em maior ou menor grau, de outros fatores diferentes da comunicação ao público das obras protegidas pelo direito de autor, tais como, em especial, a qualidade e a fama dos intérpretes, o local onde se realiza, o cenário, as luzes, os serviços propostos juntamente com o evento ou a sua própria popularidade, todos fatores que dependem, em grande medida (embora não exclusivamente), dos esforços envidados pelos organizadores e que geram despesas independentes dos custos ligados à remuneração devida à organização de gestão coletiva e que, de forma mais ou menos evidente, não têm qualquer relação direta com o serviço prestado por esta.

63. Todavia, em primeiro lugar, sem querer, de modo algum, subestimar a importância desses fatores, parece-me inegável, embora caiba ao órgão jurisdicional de reenvio decidir definitivamente sobre esta matéria, que a música constitui o principal elemento do «produto» proposto pelas demandadas nos processos principais e o primeiro fator de atração do público do evento. Em segundo lugar, sublinho que um sistema de remuneração assente no volume de negócios é habitual em matéria de direitos de autor e, mais genericamente, no domínio dos direitos de propriedade intelectual, mesmo quando o direito a que se refere a licença não constitua o objeto principal do produto final que permite realizar (68). Em terceiro lugar, como referido, no Acórdão Kanal 5, o Tribunal de Justiça aprovou um sistema de remuneração deste tipo também em relação a utilizadores, como as emissoras televisivas, cujo volume de negócios pode, mesmo em grande medida, depender de elementos não relacionados com a utilização de obras musicais protegidas (69). Em quarto lugar, afigura-se que os argumentos apresentados pelas demandadas nos processos principais podem dizer respeito, em geral, a diferentes tipos de utilizadores, mesmo os que fazem uma utilização

intensiva de música como, por exemplo, as discotecas, cujo sucesso depende também, em grande medida, de fatores que podem ser considerados não relacionados com a música, como a decoração, a iluminação, a localização, a qualidade das bebidas, o tipo de clientela, a reputação dos DJ, etc. Por último, e sobretudo, como corretamente observado pela SABAM, o simples facto de outros fatores para lá da música terem influência na decisão de compra de bilhetes para eventos como os organizados pela W.W e pela WCD não priva, por si só, de qualquer relação razoável com o valor económico da colocação à disposição de obras musicais protegidas pelo direito de autor uma estrutura tarifária que adota as receitas da venda dos bilhetes como base para o cálculo das remunerações.

64. Por outro lado, saliento que vários elementos da tarifa 211 — que, como a SABAM observa corretamente, deve ser avaliada no seu todo — atenuam os efeitos da adoção do volume de negócios como base para o cálculo das remunerações e, de alguma forma, permitem ter em conta o facto de o volume de receitas não depender exclusivamente, ou em qualquer caso, não necessariamente, de modo diretamente proporcional, do valor da música.

65. Antes de mais, como acima mencionado, as receitas resultantes da venda dos bilhetes constituem apenas uma parte e não a totalidade do volume de negócios gerado pelos eventos organizados pelas demandadas nos processos principais. A este respeito, saliento que, sem ser contrariada por estas últimas, a SABAM precisou, na audiência, que a parte do volume de negócios considerada para efeitos de cálculo das remunerações que lhe são devidas equivale a cerca de 35 % e 50 % do volume de negócios total realizado, respetivamente, com o *Tomorrowland* e o *Wecandance*. Em segundo lugar, os montantes de base, correspondentes às receitas da venda dos bilhetes ou ao orçamento artístico, são divididos em 8 (ou 9) escalões aos quais se aplica uma taxa decrescente de 6 % a 2,5 %. Desta forma, a fração do montante de base correspondente às remunerações devidas à SABAM diminui à medida que esse montante aumenta. Em terceiro lugar, está previsto um sistema de reduções aplicadas às remunerações calculadas desta forma, que permite, embora apenas numa base forfetária, ter em conta o volume do repertório da SABAM efetivamente executado durante o evento. Por último, a SABAM alegou na audiência, mais uma vez sem ser contrariada pelas demandadas nos processos principais, que, precisamente para ter em conta a natureza específica dos festivais, a taxa degressiva aplicada a tais eventos parte de um máximo mais baixo (6 %) relativamente à aplicada a eventos semelhantes, como os concertos (8 %) (70).

66. Considero que, tal como as remunerações calculadas com base no volume de negócios do evento, também as remunerações calculadas com base no orçamento artístico têm, em princípio, ao contrário do que afirmam as demandadas nos processos principais, uma relação razoável com o valor económico do serviço prestado pela SABAM, na medida em que essa rubrica de despesas permite dar uma indicação direta da importância, na organização do evento, da componente ligada à comunicação das obras musicais protegidas.

67. À luz do que precede, o mero facto de o sistema tarifário adotado pela SABAM assumir, como base de cálculo das remunerações devidas pela comunicação ao público de obras musicais pertencentes ao seu repertório, uma fração do volume de negócios ou de parte do volume de negócios gerado pelo evento no decurso do qual essa comunicação ocorreu ou, em alternativa, o orçamento artístico não constitui, em si mesmo, um indício da existência de preços não equitativos nem, *a fortiori*, ao contrário do que as demandadas nos processos principais parecem sustentar, permite concluir pela existência de tal abuso.

68. O mesmo se aplica, a meu ver, em princípio, no que respeita à impossibilidade de deduzir as despesas «não diretamente relacionadas com a música» dos montantes de base calculados sobre a parte do volume de negócios resultante da venda dos bilhetes ou sobre o orçamento artístico. Independentemente da consideração de que é extremamente difícil avaliar que despesas podem ser consideradas não diretamente relacionadas com a música dada a natureza dos eventos em causa (são-no, por exemplo, as que asseguram a qualidade do som e não as relacionadas com a iluminação?), o impacto destas despesas na parte do volume de negócios tomada como base de cálculo (neste caso, as receitas provenientes da venda dos bilhetes) depende da afetação decidida pelos organizadores do evento e, portanto, de elementos que estão totalmente fora da esfera de controlo da SABAM. Além disso, saliento que, nos Acórdãos Basset e Tournier, o Tribunal de Justiça se pronunciou no sentido da legitimidade dos sistemas de remuneração baseados no volume de negócios bruto. Do mesmo modo, no processo que deu origem ao Acórdão Kanal 5, a STIM calculava as suas remunerações a partir das receitas provenientes da difusão de transmissões destinadas ao público em geral ou, em alternativa, da publicidade e/ou das subscrições, com a dedução apenas de determinadas despesa (71).

69. Cabe, porém, ao órgão jurisdicional de reenvio avaliar, à luz de todas as circunstâncias pertinentes, se a aplicação da tarifa 211, na medida em que adota como base para o cálculo das remunerações as receitas provenientes da venda dos bilhetes ou, em alternativa, o orçamento artístico, permitindo apenas deduzir desses montantes determinados custos, é suscetível de dar origem à imposição de preços não equitativos.

70. Todavia, para que esse órgão jurisdicional possa declarar a existência de preços excessivos, deverá, como resulta do exposto nos n.ºs 29 a 38 das presentes conclusões, comparar o nível das remunerações cobradas pela SABAM através da aplicação da tarifa 211 com um preço de referência, a estabelecer com base nos métodos de análise à sua disposição que se afigure serem os mais pertinentes à luz de todas as circunstâncias do caso submetido à sua apreciação. O caráter excessivo dessas remunerações deve ser declarado se resultar dessa comparação que existe uma diferença *significativa e persistente* entre essas remunerações e o preço de referência tomado em consideração, sem que essa diferença seja objetivamente justificada.

71. Omitir essa etapa da análise equivaleria, em substância, a reconhecer que um determinado método de cálculo da remuneração exigida por uma empresa dominante pelos produtos ou serviços que propõe conduz, por si só, à imposição de preços excessivos, independentemente do nível efetivo desses preços. Ora, salvo alguns casos excecionais, esta abordagem é, a meu ver, metodologicamente incorreta e pode, na prática, conduzir ao resultado paradoxal de privar uma empresa da liberdade de adotar um determinado método de cálculo mesmo quando a sua aplicação conduza a preços que não estão acima do nível competitivo.

72. Entre os métodos de análise que o órgão jurisdicional de reenvio pode tomar em consideração, excluindo, pelas razões já expostas, a análise preços-custos de produção prevista no teste United Brands e a comparação com os preços praticados pelos concorrentes tendo em conta a posição de monopólio de facto da SABAM, figura, em primeiro lugar, a comparação geográfica, a efetuar de acordo com os critérios estabelecidos pelo Tribunal de Justiça no Acórdão AKKA. Além disso, embora da audiência tenha resultado que a SABAM não alterou substancialmente o nível das remunerações exigidas para a disponibilização das obras musicais do seu repertório aos organizadores de festivais (72), pode revelar-se pertinente proceder a uma análise histórica que permita adotar uma visão dinâmica da evolução do nível das remunerações efetivamente pagas pelas demandadas nos processos principais. Nesta perspetiva, não excluo que o facto de não se ter, de alguma forma, em conta o aumento, quando comprovado, de certas despesas — em especial as resultantes da aplicação de disposições legais, como, por exemplo, os custos relacionados com a adoção de medidas de segurança ou de proteção ambiental — e o impacto de tais despesas, quando verificada, sobre os montantes tomados como base de cálculo das tarifas da organização de gestão possa constituir um indício de preços não equitativos, na medida em que resulte num aumento significativo do nível das remunerações sem contrapartida para os utilizadores e sem ser justificado por um aumento das despesas da SABAM. Por último, pode também revelar-se pertinente uma comparação com as remunerações cobradas pela SABAM por serviços semelhantes, a identificar, sempre que possível, com base em critérios objetivos no âmbito de uma avaliação que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio efetuar.

4. *Quanto à primeira parte da questão prejudicial*

73. Na primeira parte da sua questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, ao Tribunal de Justiça se constitui um abuso de posição dominante o facto de uma organização de gestão coletiva de direitos de autor, que detém um monopólio de facto num Estado-Membro, aplicar aos organizadores de eventos musicais, pelo direito de reproduzir obras musicais em público, um modelo de remuneração que utiliza uma tarifa fixa por escalões, em vez de uma tarifa que tenha em conta a proporção exata do repertório protegido por esse organismo executado durante o evento.

74. Mais uma vez, o que está em causa nos processos principais não é diretamente o nível da remuneração, mas a aplicação de um determinado método de cálculo considerado abusivo em si mesmo, uma vez que carece de uma relação razoável com o serviço prestado pela organização de gestão.

75. Segundo a W.W e a WCD, decorre dos Acórdãos Kanal 5 e OSA que a determinação da remuneração das organizações de gestão deve ter em conta a utilização efetiva das obras que integram o repertório dessas organizações. Essas sociedades alegam, em especial, que existem várias técnicas que permitem

identificar com precisão e sem possibilidade de erro as obras musicais efetivamente executadas e, portanto, a parte do repertório da organização de gestão efetivamente utilizado. Referem-se, em especial, ao programa elaborado pela sociedade holandesa DJ Monitor. A utilização dessas técnicas não implica nenhum custo adicional para a SABAM ou, de qualquer forma, nenhum custo excessivo, uma vez que, em todo o caso, esta é obrigada a analisar a lista das obras executadas a fim de distribuir as remunerações pelos titulares dos direitos. A SABAM não concorda com o alcance geral que a W.W e a WCD conferem ao Acórdão Kanal 5. Esse acórdão diz respeito apenas às emissoras de televisão, ou seja, aos operadores ativos num setor em que a intensidade de utilização das obras musicais é variável, e não a operadores como a W.W e a WCD, cujos eventos são centrados na música. Embora, segundo a SABAM, as remunerações devidas pelos primeiros devam ser calculadas aplicando uma quota-parte variável em função das obras musicais executadas, no caso de eventos musicais como os que estão em causa nos processos principais, a remuneração pode sempre ser expressa através de uma percentagem fixa sobre o volume de negócios ou variável numa base forfetária.

76. À luz das observações das partes nos processos principais, importa, em primeiro lugar, clarificar o alcance do Acórdão Kanal 5, que estas partes interpretam de forma diferente. Recordo que, nesse acórdão, o Tribunal de Justiça especificou que as tarifas calculadas em função das receitas das sociedades de teledifusão e do volume de música teledifundida podem ter um carácter abusivo «quando existir outro método que permita identificar e quantificar com maior precisão a utilização e a audiência dessas obras e esse método possa realizar o mesmo objetivo legítimo, a proteção dos interesses dos autores, compositores e editores de música, sem aumentar desproporcionadamente os custos da gestão dos contratos e da vigilância da utilização das obras musicais protegidas pelo direito de autor» (73).

77. Já tive ocasião de observar que o Tribunal de Justiça declarou reiteradamente a legitimidade de um sistema de remuneração pela disponibilização de obras musicais protegidas cujo montante é calculado com base no volume de negócios do utilizador, quer no caso de utilizadores cuja atividade depende da exploração de obras musicais, como as discotecas, nos Acórdãos Basset e Tournier, quer no caso de utilizadores para os quais a intensidade dessa exploração varia em função de outros fatores, como as emissoras de televisão, no Acórdão Kanal 5.

78. Assim sendo, sublinho que já no Acórdão Tournier, que se referia precisamente aos utilizadores intensivos de música, como as discotecas, e num contexto em que era abordada a licitude do denominado *blanket licensing*, que consiste em prever uma remuneração fixa pelo acesso a todo o repertório da organização de gestão, independentemente da utilização efetiva das obras musicais protegidas, o Tribunal de Justiça precisou que, embora a natureza global ou forfetária da remuneração cobrada não implique, por si só, uma violação da proibição de preços não equitativos, pode, no entanto, configurar uma prática abusiva quando existam métodos alternativos que ofereçam a mesma proteção dos interesses dos titulares dos direitos de autor sem custos adicionais (74). O Tribunal declarou também, em várias ocasiões, que, no caso de obras protegidas colocadas à disposição do público, o titular do direito de autor e os seus sucessores têm um interesse legítimo em calcular as remunerações devidas em função do número real ou provável de representações (75). Por último, saliento que, no Acórdão Kanal 5, não obstante a advogada-geral V. Trstenjak ter distinguido claramente a situação das emissoras televisivas da dos utilizadores intensivos de música, pronunciando-se no sentido de que um método de cálculo da remuneração baseado numa percentagem fixa só era ilícito no primeiro caso, o Tribunal justificou a necessidade de calcular a remuneração com base no volume da música efetivamente utilizada não em relação à natureza das emissoras de televisão mas, mais genericamente, atendendo à necessidade de garantir a necessária relação entre a remuneração e o valor da prestação e de proteger os interesses dos titulares dos direitos (76).

79. Com base nas considerações anteriores, considero, portanto, tal como a Comissão, que constitui um princípio já consolidado na jurisprudência do Tribunal de Justiça que, embora uma organização de gestão coletiva de direitos de autor que tem uma posição dominante num Estado-Membro possa calcular livremente o montante das remunerações que lhe são devidas pela representação de obras musicais com base no volume de negócios realizado pelo utilizador e estabelecer que essa remuneração corresponde a uma percentagem desse volume de negócios que varia em função do volume da música utilizada, mas calculada de modo forfetário, tal método de cálculo pode, no entanto, configurar um abuso de posição dominante quando existirem métodos alternativos que permitem

calcular com precisão, quer as obras musicais utilizadas quer a audiência. Tais métodos devem assegurar o mesmo nível de proteção dos interesses dos autores, compositores e editores musicais e não conduzir a um aumento excessivo dos custos da organização de gestão coletiva. O princípio acima referido aplica-se tanto no caso de utilizadores cuja atividade depende total ou principalmente da exploração da música, como no caso de utilizadores para os quais a extensão de tal exploração é menos relevante e variável.

80. É pacífico que a tarifa 211, tanto na versão aplicável aos factos do processo principal, baseada na regra 1/3-2/3, como na versão alterada em 2018, assente em escalões de 10 %, procede, com maior ou menor grau de aproximação, a uma determinação forfetária da proporção do repertório da SABAM efetivamente executado durante os eventos a que se aplica. Na primeira das duas versões, a redução da tarifa plena era aplicável na condição de que, pelo menos um terço das obras indicadas na lista fornecida pelos organizadores do evento não pertencesse ao repertório SABAM. Em contrapartida, abaixo deste limiar não estava prevista qualquer redução. Uma vez que só não era devida nenhuma remuneração no caso essa lista não incluir nenhuma obra do repertório da SABAM, em princípio, a execução de apenas uma das obras protegidas pela SABAM poderia conduzir à aplicação de um terço da tarifa plena. Além disso, se as obras musicais do repertório da SABAM correspondessem precisamente a um terço ou a dois terços das obras que os organizadores do evento planeavam executar, a SABAM cobrava, respetivamente, dois terços da tarifa ou a tarifa plena. De acordo com a segunda versão da tarifa, os três escalões de 33 % foram substituídos por dez escalões de 10 %, reduzindo assim a diferença em relação à proporção de obras musicais do repertório da SABAM efetivamente executadas, embora essa proporção continue a ser determinada de modo forfetário.

81. De acordo com a jurisprudência Tournier e Kanal 5 acima recordada, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio avaliar, com base em todas as circunstâncias do processo: i) se existem métodos que permitam identificar com maior precisão as obras musicais protegidas pela SABAM executadas durante o evento (uma vez que a remuneração da SABAM é cobrada em função das receitas resultantes da venda dos bilhetes, a questão da identificação da audiência não se coloca); ii) se esses métodos garantem a mesma proteção dos interesses dos titulares do direito de autor dessas obras e iii) se a aplicação desses métodos não aumenta excessivamente as despesas da SABAM, em especial no que respeita à gestão dos contratos e à vigilância da utilização das obras musicais protegidas.

82. As circunstâncias pertinentes a ter em conta pelo órgão jurisdicional de reenvio na apreciação do primeiro dos pontos acima referidos incluem, a meu ver: i) a acessibilidade dos dados relativos às obras musicais efetivamente utilizadas e às tecnologias usadas (77); ii) a fiabilidade desses dados e dessas tecnologias (78) e iii) a obtenção tempestiva dos dados (79). Quanto à fiabilidade das tecnologias digitais mencionadas pela W.W e pela WCD, saliento, sujeito a verificação pelo órgão jurisdicional de reenvio, que a SABAM indicou nas suas observações escritas que o programa utilizado durante as edições de 2015 e de 2016 dos eventos em causa nos processos principais não reconheceu cerca de 8 % das obras executadas, que essas tecnologias têm dificuldade em reconhecer obras objeto de misturas e que, em todo o caso, não podem ser utilizadas na música ao vivo.

83. Ao verificar o segundo dos pontos indicados no n.º 81 das presentes conclusões, o órgão jurisdicional de reenvio deve avaliar as vantagens e os inconvenientes do método de cálculo das remunerações utilizado pela SABAM, atendendo ao contexto em que essas remunerações são faturadas. A esse propósito, os três fatores seguintes parecem-me ser especialmente pertinentes. Em primeiro lugar, importa considerar qual a proporção das obras musicais pertencentes ao repertório da SABAM normalmente executadas durante os eventos em questão nos processos principais, em comparação com a totalidade da música utilizada. Com efeito, não se pode excluir que o recurso a um método forfetário seja, de qualquer forma, preferível, tendo em conta os interesses em presença, no caso de quase todas as obras executadas durante este tipo de eventos pertencerem ao repertório da organização de gestão. A esse respeito, também sujeito a verificação pelo órgão jurisdicional de reenvio, noto que, nas suas observações escritas, a SABAM, não tendo sido contrariada pela W.W e pela WCD, declarou que cerca de 80 a 90 % da música executada durante os festivais organizados por estas sociedades provêm do seu repertório. Em segundo lugar, importa avaliar o impacto da utilização das metodologias alternativas na rapidez de cobrança das remunerações. De facto, como assinala a SABAM, é possível que, devido a erros no reconhecimento das obras executadas, possam surgir divergências entre a organização de gestão e o organizador do evento, suscetíveis de retardar os prazos de cobrança das remunerações em detrimento dos titulares destes direitos (80). Em terceiro lugar, importa avaliar o eventual impacto nos

interesses dos titulares de direitos do abandono do método por escalões forfetários (nas suas duas versões) adotado pela SABAM, à luz do sistema de distribuição dos direitos utilizado por aquela organização e da estrutura de custos da SABAM.

84. Quanto ao último dos pontos mencionados no n.º 81 das presentes conclusões, relativo aos custos, saliento que, ao contrário da formulação utilizada no Acórdão Tournier que parecia excluir qualquer aumento dos custos de gestão ou de controlo da organização, o Acórdão Kanal 5 especificou que a utilização de um método de cálculo que permita a identificação precisa das obras musicais executadas não deve conduzir a um aumento «desproporcionado» de tais custos (81). Por conseguinte, se a mudança para tal sistema for suscetível de conduzir a um aumento das despesas da SABAM, esse aumento deve ser limitado e deve poder ser compensado com as vantagens que comporta para os organizadores de eventos musicais. Com efeito, um aumento excessivo é suscetível de ter uma repercussão negativa sobre o nível de direitos recebidos pelos autores e seus sucessores. Nos processos principais, a W.W e a WCD argumentam que os custos relacionados com a utilização de técnicas digitais para o reconhecimento de obras musicais, que, segundo a SABAM, são significativos, seriam suportados por elas e, portanto, não implicariam custos adicionais para a SABAM. Caso se confirme este facto (82), resta verificar o montante dos custos decorrentes de eventuais erros ou divergências relacionados com a identificação do repertório da SABAM, por esta mencionados nas suas observações escritas. O argumento apresentado pela SABAM segundo o qual apenas alguns organizadores de eventos musicais têm condições para suportar os custos relacionados com a utilização das novas técnicas digitais e que, para os outros, esses custos recairiam sobre ela não me parece ser determinante, uma vez que nada impede a SABAM de adotar métodos de cálculo diferentes para diferentes categorias de clientes, sempre que tal diferenciação se justifique e não seja discriminatória.

85. Se as verificações referidas no n.º 81 das presentes conclusões tiverem um resultado positivo, a estrutura tarifária da SABAM é suscetível de violar a proibição de imposição de preços e de condições não equitativas prevista no artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea a), TFUE. Com efeito, uma estrutura tarifária baseada em escalões forfetários que não têm em conta a utilização efetiva das obras musicais protegidas implica, quando exista a possibilidade de determinar com precisão (ou com maior precisão) o volume dessa utilização (e da audiência), que uma parte, mais ou menos extensa, da remuneração cobrada por essa sociedade não corresponde a uma prestação efetivamente fornecida (83).

86. Contudo, não considero que o Tribunal de Justiça pretendesse, nos Acórdãos Tournier e Kanal 5, estabelecer um automatismo com base no qual a adoção de uma tal estrutura tarifária conduzisse necessariamente, nas circunstâncias especificadas nesses acórdãos e na falta de justificação apresentada pela organização de gestão, à declaração da existência de preços não equitativos.

87. Como já referi acima nos n.ºs 70 e 71 das presentes conclusões, a adoção de um determinado método de cálculo da remuneração dos produtos ou dos serviços propostos por uma empresa em posição dominante não permite, por si só, presumir a existência de preços excessivos, devendo ser corroborada mediante uma análise comparativa do nível desses preços com um preço de referência.

88. Só no caso de se verificar que a aplicação de tal método de cálculo conduz, em concreto, à exclusão de qualquer relação razoável entre o preço e o valor económico da prestação é que essa análise comparativa não é necessária.

89. Cabe ao órgão jurisdicional de reenvio proceder a essa verificação. No que respeita aos métodos comparativos que esse órgão jurisdicional pode utilizar nas circunstâncias dos processos principais, remete-se para o n.º 72 das presentes conclusões.

V. Conclusão

90. Com base nas considerações anteriores, proponho que o Tribunal de Justiça responda da seguinte forma às questões prejudiciais submetidas pelo Ondernemingsrechtbank Antwerp (Tribunal de Comércio de Antuérpia):

«O artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea a), TFUE deve ser interpretado no sentido de que uma organização de gestão coletiva de direitos de autor que detém um monopólio de facto num Estado-Membro não abusa da sua posição dominante mediante a imposição de preços não equitativos pelo único facto de adotar uma estrutura tarifária com base na qual as remunerações cobradas pela disponibilização de obras musicais protegidas pertencentes ao seu repertório para difusão ao público durante festivais são calculadas aplicando uma taxa degressiva sobre as receitas resultantes da venda de bilhetes ou sobre o orçamento artístico, sem que seja possível deduzir as despesas não diretamente relacionadas com o serviço prestado por essa organização, e prevendo um sistema de reduções baseado na utilização de escalões forfetários para ter em conta a proporção de obras musicais efetivamente executadas durante o festival. Todavia, não é de excluir que a aplicação de tal estrutura tarifária possa conduzir à imposição de taxas não equitativas, em especial, quando exista outro método que permita identificar e quantificar, com maior precisão, as obras musicais efetivamente executadas e quando esse método seja suscetível de alcançar o mesmo objetivo legítimo que é a proteção dos interesses dos autores, compositores e editores musicais, sem, contudo, conduzir a um aumento desproporcionado dos custos incorridos com a gestão dos contratos e o controlo da utilização das obras musicais protegidas por direitos de autor. Cabe ao órgão jurisdicional de reenvio avaliar, à luz de todas as circunstâncias que caracterizam o processo que lhe foi submetido, se estas condições estão preenchidas e, caso essa avaliação seja positiva, se a imposição de remunerações não equitativas é corroborada por outros indícios decorrentes, em especial, da comparação com as remunerações aplicáveis noutros Estados-Membros, corrigidas pelo índice de paridade do poder de compra, da comparação com as taxas aplicadas no passado pela mesma organização de gestão ou da comparação com as taxas fixadas por essa organização para prestações semelhantes.»

1 Língua original: italiano.

2 Diretiva 2014/26/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à gestão coletiva dos direitos de autor e direitos conexos e à concessão de licenças multiterritoriais de direitos sobre obras musicais para utilização em linha no mercado interno (JO 2014, L 84, p. 72).

3 V., em especial, os considerandos 7, 8, 9 e 55 da Diretiva 2014/26.

4 V. artigo 1.º, primeira frase, da Diretiva 2014/26.

5 B.S./M.B., 26 de junho de 2017.

6 Resulta dos autos que, embora a definição do conceito de «festival» tenha variado nas diferentes edições da tarifa 211, este conceito sempre se referiu à organização de uma série de concertos dados por, pelo menos, cinco grupos ou artistas por dia, cada um com o seu próprio programa. Nalguns casos, exigia-se uma temática comum e uma frequência anual.

7 Resulta dos autos que, nas versões de 2014 e de 2016 da tarifa 211, o conceito de orçamento artístico era definido como o montante colocado à disposição dos artistas para a execução do seu programa. Na versão de 2017, foram acrescentadas as despesas técnicas relacionadas com luz e som reembolsadas aos artistas.

8 Na versão de 2017, foram acrescentadas as despesas com transportes públicos.

9 O órgão jurisdicional de reenvio indica que os processos instaurados pela SABAM contra a W.W e a WCD não foram apensados, mas serão objeto de uma única decisão.

10 O órgão jurisdicional de reenvio sublinha que, desde as primeiras edições do festival *Tomorrowland*, a SABAM e a W.W. têm discordado sobre o nível de remuneração devida à primeira. Depois de um acordo celebrado em 2008, e um novo litígio relativo às edições de 2011 e 2014, em 2015, o Tribunal de Antuérpia deu provimento ao pedido de pagamento apresentado pela SABAM para as edições de 2011 e 2013 do *Tomorrowland*. Na sequência dessa decisão, em 30 de julho de 2015, a SABAM e a W.W. celebraram um novo acordo relativo às remunerações devidas à primeira, não só relativamente às edições de 2011 e 2013, mas também à edição de 2014. Acordaram, em especial, que os dois terços do montante relativo a 2014 seriam pagos diretamente à SABAM e que um terço ficaria bloqueado numa conta bancária enquanto se aguardava a resolução do litígio que, entretanto, tinha surgido sobre a percentagem do repertório da SABAM utilizado durante essa edição. Relativamente aos anos 2015 e 2016, embora, inicialmente, a W.W. tenha aceitado a tarifa aplicada pela SABAM, posteriormente, contestou as faturas emitidas por esta. A SABAM reclama também o pagamento de 194 925,29 euros pela edição de 2014 do festival *Tomorrowland*, 259 072,42 euros pela edição de 2015 e 283 726,99 euros pela edição de 2016, acrescidos dos respetivos juros. A SABAM pede também que a W.W. lhe comunique o número de bilhetes VIP vendidos na edição de 2016 e o respetivo preço. A W.W. apresentou um pedido reconvenicional a fim de obter a declaração, a título principal, de que não é devido nenhum montante à SABAM pelas edições de 2014 a 2016 do festival *Tomorrowland*, o resgate dos fundos bloqueados respeitantes à edição de 2014, bem como o reembolso de 16 236,00 euros relativos à edição de 2016. A título subsidiário, a W.W. pede a nomeação de um perito para determinar a proporção das obras do repertório da SABAM que foram executadas durante as edições de 2014, 2015 e 2016.

11 O órgão jurisdicional de reenvio esclarece que, na edição de 2013, a SABAM aplicou a tarifa 105 e, a partir da segunda edição, a tarifa 211. A WCD efetuou o pagamento dos montantes reclamados, mas contestou-os posteriormente. Nas edições de 2015 e 2016, a WCD utilizou o repertório da SABAM sem autorização. Os montantes relativos a essas edições, que também foram contestados pela WCD, foram, portanto, fixados pela SABAM com base nas suas próprias constatações. A SABAM pede a condenação da WCD no pagamento dos montantes de 27 359,04 euros e 38 550,45 euros, acrescidos dos respetivos juros. A WCD apresentou um pedido reconvenicional para obter a condenação da SABAM no reembolso dos montantes de 7 897,00 euros e de 13 349,78 euros, acrescidos dos respetivos juros.

12 A W.W e a WCD referem, em especial, o programa «DJ Monitor».

13 A decisão do presidente do Tribunal de Comércio de Bruxelas também censurava a decisão da SABAM de aumentar em cerca de 37 % a tarifa aplicada aos festivais e de aplicar uma tarifa mínima excessivamente elevada. A SABAM foi também condenada no pagamento de sanções pecuniárias compulsórias no

montante de 5 000 euros por dia, até ao montante máximo de 1 000 000 euros, em caso de incumprimento dessa decisão, v. https://www.rtbfb.be/pure/article/detail_dans-leur-conflit-avec-la-sabam-les-festivals-obtiennent-gain-de-cause?id=9894749.

[14](#) No setor farmacêutico, várias autoridades nacionais da concorrência detetaram práticas de preços desleais e abusivas, nomeadamente em Itália (processo *Aspen*, decisão da Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato de 29 de setembro de 2016, caso *Aspen*), no Reino Unido (processo *Pfizer/Flynn*, decisão da Competition and Markets Authority de 7 de dezembro de 2016) e na Dinamarca (processo *CD Pharma*, decisão de Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen de 31 de janeiro de 2018); ao nível da União, em maio de 2017, a Comissão iniciou uma investigação formal a respeito da aplicação, no EEE (com exceção da Itália), por parte da Aspen Pharma, de preços não equitativos em relação a medicamentos contra o cancro; v. também o Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu «Aplicação das Regras de Concorrência no Setor Farmacêutico (2009-2017)», de 28 de janeiro de 2019, COM(2019) 17 final, ponto 4.2. No que diz respeito ao setor da gestão coletiva de direitos de autor, v., para uma visão geral das decisões das autoridades nacionais de concorrência, o processo disponível em <https://www.concurrences.com/fr/bulletin/special-issues/collecting-societies/collecting-societies-and-competition-law-an-overview-of-eu-and-national-case>; ao nível da União, v. jurisprudência citada nos n.ºs 39 a 44 das presentes conclusões.

[15](#) C-177/16, EU:C:2017:286 (a seguir «Conclusões do advogado-geral N. Wahl no processo AKKA/LAA»).

[16](#) 27/76, EU:C:1978:22.

[17](#) O processo que deu origem a esse acórdão tinha por objeto o recurso interposto pelo — na altura — maior grupo mundial no setor das bananas, a United Brands Company (a seguir «UBC»), contra a decisão da Comissão que concluía, designadamente, pelo caráter excessivo dos preços praticados pela filial europeia do grupo em relação a alguns dos seus clientes. A Comissão tinha chegado a essa conclusão depois de ter procedido à comparação entre os preços praticados pela UBC nos mercados alemão, holandês, dinamarquês, belga e luxemburguês, e os preços praticados no mercado irlandês, da qual resultava que os primeiros eram consideravelmente mais elevados do que os segundos.

[18](#) 26/75, EU:C:1975:150, n.º 12.

[19](#) V. n.º 250 do Acórdão *United Brands*. Essa definição foi retomada em diversas decisões posteriores, v., por exemplo, Acórdãos de 11 de novembro de 1986, *British Leyland/Comissão* (226/84, EU:C:1986:421, n.ºs 27 e 28); de 17 de julho de 1997, *GT-Link* (C-242/95, EU:C:1997:376, n.º 39); de 17 de maio de 2001, *TNT Traco* (C-340/99, EU:C:2001:281, n.º 46); de 27 de fevereiro de 2014, *OSA* (C-351/12, EU:C:2014:110, n.º 88); de 11 de dezembro de 2008, *Kanal 5 e TV 4* (C-52/07, EU:C:2008:703, n.º 28); e, por último, Acórdão de 14 de setembro de 2017, *Autortiesību un komunikāsanās konsultāciju aģentūra — Latvijas Autoru apvienība* (C-177/16, EU:C:2017:689, n.º 35, a seguir «Acórdão AKKA/LAA»).

[20](#) V. n.º 252 do Acórdão United Brands. V., também, Acórdão AKKA/LAA, n.º 36.

[21](#) Tais avaliações não devem ser efetuadas cumulativamente, v. Despacho de 25 de março de 2009, Scippacercola e Terezakis/Comissão (C-159/08 P, não publicado, EU:C:2009:188, n.º 47).

[22](#) Já no Acórdão United Brands, o Tribunal de Justiça, embora censurando a Comissão, em substância, por não ter examinado a estrutura de custos da UBC, admitiu, todavia, expressamente, que «são concebíveis outros métodos [...] para determinar se o preço de um produto não é equitativo», ver n.º 253 do Acórdão United Brands.

[23](#) V. Acórdão de 11 de novembro de 1986, British Leyland/Comissão (226/84, EU:C:1986:421, n.ºs 28 e 29), no qual um aumento dos preços em 600 %, sem um aparente aumento dos custos, tornou desnecessária uma análise destes últimos e centrou a atenção na diferença entre o preço atual e o preço anterior.

[24](#) V. Acórdão de 11 de novembro de 1986, British Leyland/Comissão (226/84, EU:C:1986:421, n.ºs 28 e 29).

[25](#) V. Decisão da Comissão, de 25 de julho de 2001, relativa a um processo de aplicação do artigo 82.º do Tratado CE (Processo n.º COMP/C-1/36.915 — Deutsche Post AG — Interceção de correio transfronteiriço, considerando 160).

[26](#) V., implicitamente, Acórdão de 13 de julho de 1989, Tournier (395/87, EU:C:1989:319, n.º 44).

[27](#) V. Acórdão de 11 de novembro de 1986, British Leyland/Comissão (226/84, EU:C:1986:421, n.ºs 28 e 29).

[28](#) V., implicitamente, Acórdão United Brands, no qual a comparação efetuada pela Comissão entre os preços da UBC em diferentes mercados dos Estados-Membros foi censurada apenas porque o mercado nacional de referência tinha sido escolhido com base em avaliações incorretas.

[29](#) V. Acórdão de 8 de junho de 1971, Deutsche Grammophon Gesellschaft (78/70, EU:C:1971:59, n.º 19).

[30](#) V., também, Acórdão de 29 de fevereiro de 1968. Parke, Davis and Co. (24/67, EU:C:1968:11, pág. 81) e de 5 de outubro de 1988 CICRA e Maxicar (53/87, EU:C:1988:472), embora em ambos os processos o Tribunal de Justiça tenha excluído que a superioridade do preço praticado pela empresa dominante

relativamente ao preço dos concorrentes era suficiente para configurar um abuso, uma vez que os produtos da primeira estavam protegidos por patente.

[31](#) V. Acórdão de 4 de maio de 1988, Bodson (30/87, EU:C:1988:225, n.º 31) e, mais recentemente, Acórdão AKKA/LAA, n.º 38.

[32](#) V. Acórdão AKKA/LAA, n.ºs 37 e 38.

[33](#) V. Acórdão de 13 de novembro de 1975, General Motors Continental/Comissão (26/75, EU:C:1975:150, n.º 15).

[34](#) Da mesma forma, uma vez identificado o método de análise, a escolha dos índices de referência pertinentes deve também ser feita tendo em conta todas as circunstâncias do caso. V., por exemplo, Acórdão AKKA/LAA, n.ºs 41 e 42, segundo o qual a escolha dos mercados de referência em relação aos quais se efetua a comparação depende das circunstâncias particulares de cada caso, v., também, Acórdão de 28 de março de 1985, CICCE/Comissão (298/83, EU:C:1985:150, n.ºs 24 e 25).

[35](#) V. n.ºs 254 a 261 do Acórdão United Brands.

[36](#) V. Acórdão AKKA/LAA, n.º 49. V., também, Conclusões do advogado-geral N. Wahl no processo AKKA/LAA, n.º 36.

[37](#) Neste sentido, o Tribunal de Justiça expressou recentemente a sua opinião, no Acórdão AKKA/LAA, n.ºs 38 e 43, a respeito da comparação entre as tarifas consideradas não equitativas aplicadas pela entidade de gestão dos direitos de autor num Estado-Membro e as aplicadas por entidades análogas apenas nos Estados-Membros limítrofes ou numa amostra mais ampla de outros Estados-Membros. V., também, Acórdão C-351/12, n.ºs 87 a 92.

[38](#) Remete-se, a este respeito, para a análise feita nas Conclusões do advogado-geral N. Wahl no processo AKKA/LAA, n.ºs 43 a 45.

[39](#) V. Acórdão AKKA/LAA, n.ºs 55 e 56; v., no mesmo sentido, Conclusões do advogado-geral N. Wahl no processo AKKA/LAA, n.º 107.

[40](#) Neste sentido, v. recentemente Acórdão AKKA/LAA, n.º 57.

[41](#) V. Decisão da Comissão de 23 de julho de 2004, Processo COMP/A.36.568/D3 — Scandlines Sverige AB c. Port of Helsingborg.

[42](#) V. Acórdão de 29 de fevereiro de 1968, Parke, Davis and Co. (24/67, EU:C:1968:11, p. 100) no qual o Tribunal de Justiça considerou que o facto de o preço de um produto patenteado ser superior ao de um produto não patenteado não constitui necessariamente um abuso; v., também, Acórdão de 5 de outubro de 1988, CIRCA e Maxicar (53/87, EU:C:1988:472, n.º 17).

[43](#) V., por exemplo, Acórdão AKKA/LAA, n.º 59.

[44](#) V. Acórdão AKKA/LAA.

[45](#) O monopólio, muitas vezes legal, das entidades de gestão deve-se essencialmente à dificuldade de os utilizadores e titulares de direitos negociarem individualmente as licenças de utilização das obras musicais. O surgimento das novas tecnologias digitais parece, todavia, pôr em causa, pelo menos em parte, a inevitabilidade de tais monopólios, v. T.M. Lenard e L.J. White, *Moving Music Licensing Into the Digital Era: More Competition and Less Regulation*, em <https://techpolicyinstitute.org/wp-content/uploads/2015/12/moving-music-licensing-digital-era.pdf>. A própria Diretiva 2014/26 fornece um quadro jurídico mais favorável a uma maior abertura à concorrência do mercado da gestão dos direitos de autor.

[46](#) 402/85, EU:C:1987:197, n.º 19.

[47](#) V. n.ºs 15, 16, 18, 21.

[48](#) O Tribunal de Justiça não foi, contudo, chamado a pronunciar-se sobre o nível da remuneração.

[49](#) 395/87, EU:C:1989:319.

[50](#) 110/88, 241/88 e 242/88, EU:C:1989:326.

[51](#) A SACEM cobrava à discoteca uma taxa fixa de 8,25 % sobre o volume de negócios bruto.

[52](#) V. n.^{os} 38 e 42 do Acórdão Tournier e n.^{os} 25 e 29 do Acórdão Lucazeau.

[53](#) N.º 45 do Acórdão Tournier. Neste processo, a SACEM recusava-se a disponibilizar às discotecas apenas a parte do seu repertório efetivamente utilizada por estas.

[54](#) C-52/07, EU:C:2008:703.

[55](#) Era o caso, segundo o Tribunal de Justiça, da tarifa aplicada pela STIM ao Kanal 5 e à TV 4. Essa tarifa consistia numa percentagem variável dos lucros que essas emissoras televisivas cobravam pela venda de espaço publicitário e, a título subsidiário, pela venda de espaços publicitários e subscrições. A percentagem aumentava com o aumento da quota anual de música da emissora televisiva (ou seja, a duração da utilização, nas diferentes emissões, de uma obra musical protegida, calculada ao longo de um ano), embora de uma forma não diretamente proporcional. A STIM concedia a dedução dos custos de comercialização e dos *royalties* devidos ao Estado sueco pela transmissão por cabo; v. s Conclusões da advogada-geral V. Trstenjak no processo Kanal 5 e TV 4 (C-52/07, EU:C:2008:491, n.º 9).

[56](#) V. n.º 40 do Acórdão Kanal 5.

[57](#) C-351/12, EU:C:2014:110.

[58](#) V. n.^{os} 87 e 88 do Acórdão OSA.

[59](#) V. Acórdão AKKA/LAA, n.^{os} 36 a 38 e 41.

[60](#) N.º 60.

[61](#) Resulta dos autos que os bilhetes atribuídos aos patrocínios são calculados em função do valor nominal ou, se este valor não puder ser determinado, com base no preço médio de entrada.

[62](#) V., em especial, n.º 29 das presentes conclusões.

[63](#) V., neste sentido, Acórdão Kanal 5, n.ºs 30 e 31.

[64](#) C-52/07, EU:C:2008:491, n.º 60.

[65](#) V. Acórdão Basset, n.ºs 15, 16, 18 e 21.

[66](#) V., nesse sentido, Acórdão Tournier, n.º 45, e Acórdão Kanal 5, n.º 37.

[67](#) A W.W., em especial, contesta que o *Tomorrowland* possa ser definido como um «festival».

[68](#) V. Conclusões da advogada-geral V. Trstenjak no processo Kanal 5, n.º 62.

[69](#) V. n.º 42 das presentes conclusões.

[70](#) É evidente que o impacto de tal elemento deve ser avaliado mediante a comparação da estrutura das duas tarifas no seu conjunto, o que, de qualquer modo, compete ao órgão jurisdicional de reenvio efetuar.

[71](#) V. Conclusões da advogada-geral V. Trstenjak no processo Kanal 5, n.º 9 e nota 4.

[72](#) Todavia, como acima referido (v. nota 13 das presentes conclusões), afigura-se que o processo pendente no Hof van beroep te Brussel (Tribunal de Recurso de Bruxelas) diz respeito, designadamente, a um aumento recente das tarifas aplicadas pela SABAM aos festivais.

[73](#) V. n.º 40 do Acórdão Kanal 5.

[74](#) V. Acórdão Tournier, n.º 45.

[75](#) V. Acórdãos de 18 de março de 1980, Coditel e o. (62/79, EU:C:1980:84), Tournier, n.º 12, e Kanal 5, n.º 38.

[76](#) V. n.ºs 36 a 38 do Acórdão Kanal 5.

[77](#) A W.W e a WCD alegam que uma lista das obras que serão executadas é normalmente fornecida à SABAM. Uma vez que a apresentação dessa lista é uma condição para obter a redução tarifária, os dados nela contidos são obtidos pela SABAM sem intervenção especial. Pelo contrário, a utilização de tecnologias digitalizadas pode revelar-se mais complexa.

[78](#) A apresentação pelos organizadores da lista das obras que serão executadas requer vigilância durante a realização do festival. A utilização de tecnologias digitais não apresentar, em princípio, este inconveniente, todavia, deve ser ponderado o risco de ocorrência de problemas técnicos durante o evento.

[79](#) A lista das obras que serão executadas durante o festival é disponibilizada à SABAM antes da sua utilização. Ao invés, o uso de técnicas digitais só permite a disponibilização dos dados depois da realização do evento.

[80](#) A SABAM assinala que dispõe de um prazo legal de nove meses a partir do fim do exercício financeiro em que os lucros provenientes dos direitos foram cobrados para os distribuir pelos titulares.

[81](#) V. n.º 45 do Acórdão Tournier e n.º 40 do Acórdão Kanal 5.

[82](#) Nas suas observações escritas, a SABAM afirma que, nos processos principais, a WCD alegou que tais despesas deveriam ser deduzidas dos lucros usados como base para a determinação da remuneração da SABAM.

[83](#) V., neste sentido, Acórdãos de 10 de dezembro de 1991, *Merci convenzionali Porto di Genova*, C-179/90, EU:C:1991:464, n.º 19, e de 16 de julho de 2009, *Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland/Comissão*, C-385/07 P, EU:C:2009:456, n.ºs 141 a 147.