



COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS

Bruxelas, 26.07.2002
COM(2002) 430 final

RELATÓRIO DA COMISSÃO

RELATÓRIO DA COMISSÃO EUROPEIA SOBRE A APLICAÇÃO DA DIRECTIVA 93/83/CEE DO CONSELHO RELATIVA À COORDENAÇÃO DE DETERMINADAS DISPOSIÇÕES EM MATÉRIA DE DIREITO DE AUTOR E DIREITOS CONEXOS APLICÁVEIS À RADIODIFUSÃO POR SATÉLITE E À RETRANSMISSÃO POR CABO

ÍNDICE

1.	Introdução	3
2.	Transposição da directiva para os sistemas jurídicos nacionais.....	4
2.1.	Prazos de transposição	4
2.2.	Características da transposição	5
2.2.1.	Disposições relativas à radiodifusão por satélite	5
2.2.2.	Disposições relativas à retransmissão por cabo	5
3.	Aplicação concreta da directiva	6
3.1.	Resumo de certos princípios	6
3.1.1.	Parâmetro da zona de feixe para a gestão dos direitos de autor e dos direitos conexos ligados à radiodifusão por satélite.....	6
3.1.2.	Especificidade das relações contratuais associadas à retransmissão por cabo.....	8
3.1.3.	Um enquadramento mais avançado do processo de mediação	9
3.2.	Reflexões com vista à melhoria de certos mecanismos	10
3.2.1.	Facilitar as negociações ligadas à retransmissão por cabo.....	10
3.2.2.	Introdução de um balcão único no âmbito da retransmissão por cabo	11
3.2.3.	Racionalização da gestão dos direitos ligados à instalação de antenas colectivas.....	12
4.	Futuro da directiva no novo contexto dos meios de comunicação social	14
4.1.	Diversificação dos modo de difusão nacionais	14
4.2.	Diversificação dos modos de retransmissão transfronteiras	14
5.	Conclusão.....	16

1. INTRODUÇÃO

Tanto a realização do mercado interno como os desenvolvimentos tecnológicos que permitem a difusão de emissões televisivas para além das fronteiras nacionais conduziram ao desenvolvimento do conceito de um espaço audiovisual europeu, conceito que tomou forma na Directiva 89/552/CEE do Conselho, de 3 de Outubro de 1989, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva¹, com a nova redacção que lhe foi dada pela Directiva 97/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Junho de 1997² (a seguir denominada directiva "televisão sem fronteiras").

Esta directiva estabelece o quadro jurídico de referência para a livre prestação de serviços televisivos na União Europeia, a fim de promover o desenvolvimento de um mercado europeu (princípios da liberdade de recepção e de retransmissão de programas televisivos). Para o efeito, coordena, a nível comunitário, determinadas disposições dos Estados-Membros relativas ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva em domínios como a determinação da lei aplicável aos organismos de radiodifusão, a promoção da distribuição e da produção das obras europeias, o acesso a acontecimentos de maior importância, a publicidade televisiva, o patrocínio, as telecompras, a protecção dos menores e a ordem pública ou o direito de resposta.

No entanto, apesar deste dispositivo, a radiodifusão transfronteiras de programas televisivos por satélite e a sua retransmissão por cabo a partir de outros Estados-Membros continuava a ser dificultada por uma certa insegurança jurídica associada às disparidades entre as disposições nacionais relativas ao direito de autor. O referido quadro jurídico devia ser completado no que se refere ao direito de autor.

Com efeito, um espaço audiovisual comunitário não poderia ser concretizado sem uma protecção efectiva dos direitos de autor e dos direitos conexos. Na realidade, essa protecção é um factor que promove a criação de obras no interior da União Europeia, permitindo aos titulares de direitos e aos utilizadores beneficiarem plenamente da dimensão europeia da radiodifusão. Além disso, esta protecção, assumindo por vezes a forma de um direito exclusivo, contribui para evitar que os titulares de direitos se oponham de modo irreversível à difusão ou à redifusão de programas no exterior das fronteiras nacionais, evitando assim a fragmentação do mercado interno.

A protecção dos titulares de direitos tinha sido prevista a nível das convenções internacionais com a Convenção de Berna (tal como alterada pela Convenção de Paris) sobre a protecção dos autores quanto às suas obras literárias e artísticas e a Convenção de Roma que organiza a protecção dos artistas, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão. Visto que estas convenções não tinham todavia como objectivo eliminar as barreiras à difusão transfronteiras que resultam das diferenças entre as legislações dos Estados signatários, a Directiva 93/83/CEE do Conselho, de 27 de Setembro de 1993³, relativa à coordenação de determinadas disposições em matéria de direito de autor e direitos conexos aplicáveis à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo (a seguir denominada, a directiva), procurou garantir uma maior segurança jurídica, numa base contratual, para dois modos de

¹ JO L 298 de 17.10.1989, p. 23.

² JO L 202 de 30.7.1997, p. 60.

³ JO L 248 de 6.10.93.

transmissão que permitem a difusão transfronteiras, ou seja, a radiodifusão por satélite e a retransmissão de programas por cabo.

Sendo 1 de Janeiro de 1995 a data de transposição da directiva para os sistemas jurídicos nacionais, é possível fazer uma apreciação do seu alcance com base num determinado período de aplicação, em conformidade com o disposto no n.º 3 do seu artigo 14.º. Para este efeito, um estudo realizado para a Comissão em 2000⁴ e numerosos contactos durante o ano de 2001 com os representantes das diferentes partes interessadas pela aplicação desta directiva contribuíram para a elaboração do presente relatório.

Nestes últimos anos, assistimos a uma evolução no ambiente dos meios de comunicação social e da tecnologia, o que não deixa de confirmar o importante papel dos meios de comunicação que são o satélite e o cabo para a difusão de programas televisivos, uma vez que podemos estimar que, em 2000, mais de 50% dos lares europeus têm acesso ao cabo (30% são assinantes) e 20% dispõem de capacidade de recepção directa por satélite ou de recepção equiparada à recepção directa. É igualmente interessante salientar que juntando os lares que assinam o cabo e aqueles que dispõem de antenas de recepção directa, podemos estimar que cerca de 50% dos lares da União Europeia recebem uma oferta multicanais (⁵).

Assim, além da análise da transposição jurídica a nível das legislações nacionais, é decisivo efectuar-se um exame da aplicação concreta da directiva para determinar se se impõem novas orientações para o futuro. O futuro deste instrumento deve ser igualmente encarado à luz do novo ambiente dos meios de comunicação social no qual os programas oferecidos irão constituir um factor preponderante em termos de concorrência. Mais do que nunca, tratar-se-á de permitir uma protecção justa dos direitos de autor decorrentes, sem prejuízo dos benefícios inerentes a um verdadeiro mercado interno do audiovisual, quer para os operadores económicos do sector, quer para o público em geral, cada vez mais orientado para um mercado transnacional.

2. TRANSPOSIÇÃO DA DIRECTIVA PARA OS SISTEMAS JURÍDICOS NACIONAIS

A análise diz respeito aos prazos de transposição e ao conteúdo das disposições nacionais.

2.1. Prazos de transposição

A directiva deveria ser transposta antes de 1 de Janeiro de 1995. No entanto, a Bélgica foi o único Estado-Membro que respeitou esta data. A maior parte das transposições ocorreu entre 1995 e 1998, mas a Irlanda e o Luxemburgo tomaram medidas muito tardias que entraram em vigor em 1 de Janeiro de 2001 e em 19 de Julho de 2001, respectivamente.

Tendo em conta esta situação, as disposições do artigo 7.º da directiva, que organizam a transição entre os antigos sistemas nacionais de protecção dos direitos de autor e dos direitos conexos e a aplicação do princípio do país de origem para a radiodifusão por satélite, nem sempre foram transpostas com um prazo máximo de cinco anos.

⁴ Realizado pela AIDAA (Associação Internacional dos Autores do Sector Audiovisual)-disponível no sítio: www.europa.eu/int/comm/internal_market

⁵ Anuário estatístico 2001 para o cinema, a televisão, o vídeo e os novos meios de comunicação social na Europa, do Observatório Europeu do Audiovisual).

2.2. Características da transposição

2.2.1. Disposições relativas à radiodifusão por satélite

As disposições dos artigos 2.º e 3.º da directiva, que organizam a transferência dos direitos de autor e dos direitos conexos no âmbito da radiodifusão por satélite, foram transpostas correctamente no conjunto das legislações nacionais. Esta constatação positiva deve, todavia, ter em conta a constatação de que a aplicação das referidas disposições pelas partes interessadas não se situa na lógica do princípio do país de origem contido na directiva (ver ponto 3.1.1.).

Note-se que a possibilidade de extensão de um contrato colectivo aos titulares de direitos da mesma categoria, prevista no artigo 3.º da directiva, só foi contemplada no âmbito das legislações nacionais dos Estados-Membros onde esta extensão já constituía uma prática bem estabelecida.

2.2.2. Disposições relativas à retransmissão por cabo

– Artigos 8.º, 9.º e 10.º

A directiva estabelece o princípio de uma relação contratual entre os titulares de direitos de autor e de direitos conexos e os distribuidores por cabo (artigo 8.º), só podendo os primeiros exercer o seu direito através de uma entidade de gestão colectiva e beneficiando esta gestão também os titulares que não sejam membros da mesma categoria (artigo 9.º).

Está claro que a gestão colectiva obrigatória altera a liberdade do titular de direitos, que vê regulamentado o exercício da transferência do seu direito. Esta gestão respondia, aquando da adopção da directiva, a uma necessidade de equilíbrio entre o exercício do direito exclusivo e a garantia para o distribuidor por cabo de que o conjunto dos direitos de autor e dos direitos conexos estaria adquirido para os programas objecto de retransmissão, especialmente graças à extensão da gestão colectiva aos não-membros, que garantia ao distribuidor por cabo a representação completa do repertório gerido colectivamente.

No âmbito do artigo 10.º, a particularidade da situação do organismo de radiodifusão foi tomada em consideração. Na realidade, este é, simultaneamente, titular de direitos exclusivos em relação aos seus próprios programas e proprietário de direitos para a difusão primária dos programas que tiver adquirido. Neste contexto, foi-lhe reconhecida a faculdade de negociar a aquisição dos direitos ligados à retransmissão dos programas sem que os titulares dos direitos sejam obrigatoriamente representados por uma entidade de gestão colectiva.

A consequência desta alternativa é que o organismo de radiodifusão pode adquirir a totalidade dos direitos associados à retransmissão por cabo e ser, assim, o único interlocutor do operador de televisão por cabo. Na medida em que os autores mantêm o direito de ceder a um organismo de radiodifusão o direito de retransmissão, o exercício da transferência desse direito deve, no âmbito das legislações nacionais, ter as consequências lógicas de uma negociação, nomeadamente a obtenção de uma contrapartida da parte do outro signatário do contrato. Neste caso, trata-se do pagamento de um determinado montante pelo organismo de radiodifusão aos próprios titulares do direito ou à entidade de gestão colectiva que os representa, sem que as entidades de gestão em causa possam exigir um pagamento correspondente aos distribuidores por cabo.

O exame das legislações nacionais permite constatar que o disposto pela directiva no que respeita à liquidação dos direitos associados à retransmissão por cabo foi correctamente transposto no conjunto dos Estados-Membros.

No entanto, o pleno efeito útil do artigo 10.º, ou seja, a existência de uma alternativa ao princípio de negociação entre a entidade de gestão e os distribuidores por cabo, contido no artigo 9.º, é consideravelmente atenuado no que se refere à legislação alemã. Na verdade, a introdução de um direito dos autores a uma remuneração equitativa, que não pode ser paga pelos operadores por cabo senão por intermédio de uma entidade de gestão colectiva, não permite que se celebre apenas um contrato entre o radiodifusor e o distribuidor por cabo, podendo tornar as negociações ligadas à retransmissão por cabo mais complicadas na Alemanha que nos outros Estados-Membros.

– Artigos 11.º e 12.º

Em geral, os princípios da mediação e da boa fé foram correctamente transpostos, tendo em conta, em certos casos, instrumentos já operacionais em alguns Estados-Membros.

Assim, em certos Estados-Membros, o mediador é considerado com uma instância ou comissão de arbitragem composta por vários membros. Esta terminologia, na maior parte dos casos, não tem incidência sobre a organização da mediação, uma vez que a solução se mantém proposta e não imposta. Noutros Estados-Membros, trata-se de terceiras pessoas escolhidas de comum acordo pelas partes, sem que uma lista tenha sido estabelecida previamente. Um sistema ainda mais maleável consiste apenas na obrigação de negociação, o que não exclui que as partes recorram posteriormente a um mediador.

Sendo o princípio da boa fé um princípio de direito em muitos Estados-Membros, a sua transposição não levantou dificuldades e foi completada pela possibilidade de recurso às instâncias competentes para ter conhecimento dos casos de recusa arbitrária de retransmissão por cabo que já existiam antes da entrada em vigor da directiva.

O exame das medidas de transposição nacionais revelou-se, assim, globalmente satisfatório, mas certas dificuldades estão directamente associadas à aplicação concreta da directiva.

3. APLICAÇÃO CONCRETA DA DIRECTIVA

Afigura-se, de uma forma geral, que os mecanismos estabelecidos pela directiva contribuem para a difusão transfronteiras dos programas televisivos. Contudo, parece útil reiterar certos princípios adquiridos e apresentar pistas para reflexão com vista a melhorar certos mecanismos.

3.1. Resumo de certos princípios

3.1.1. Parâmetro da zona de feixe para a gestão dos direitos de autor e dos direitos conexos ligados à radiodifusão por satélite

O objectivo da directiva, com a definição da noção de comunicação ao público por satélite à escala comunitária, era acabar com a incerteza jurídica sobre os direitos a adquirir, especificando qual o local da comunicação e qual a legislação sobre o direito de autor aplicável às relações contratuais de transferência de direitos. A lei aplicável é a do Estado-Membro onde são emitidos os sinais do programa, estendendo-se a sua aplicação para além das fronteiras nacionais nos Estados-Membros onde os sinais são recebidos (se é

verdade que, do ponto de vista da tecnologia, a zona de feixe abrange numerosos territórios para além dos dos Estados-Membros, no presente relatório, o termo "zona de feixe" refere-se apenas aos territórios dos Estados-Membros). Este princípio evita a aplicação cumulativa de várias legislações nacionais correspondentes aos diversos Estados-Membros abrangidos pela zona de feixe (considerandos 14 e 15⁶).

Nestes últimos anos, pudemos assistir à multiplicação dos canais de televisão, em grande parte codificados e apenas acessíveis depois do pagamento de uma assinatura pelo telespectador que deseja recebê-los. Mas, mesmo que o telespectador, situado fora do Estado-Membro onde é organizada a difusão, esteja disposto a pagar o preço exigido, depara-se muitas vezes com uma resposta negativa por parte do organismo de radiodifusão, não detendo este último os direitos de autor ligados à difusão no Estado-Membro em causa. A ausência de transferência de direitos pode ser devida a uma falta de interesse económico do organismo de radiodifusão em assegurar a difusão destes programas fora do seu mercado nacional (visto haver uma audiência reduzida), ou a uma falta de vontade de transferência da parte dos titulares de direitos.

Trata-se de uma problemática que afecta a percepção directa da realidade do mercado interno pelo cidadão europeu na sua vida quotidiana, tendo, por isso, um impacto negativo considerável em termos de interpenetração cultural, linguística, social e económica a nível intracomunitário.

Há que precisar que a impossibilidade, para os espectadores, de aceder a emissões transmitidas por satélite diz respeito às provenientes não só dos canais codificados, mas também dos canais de acesso livre, entre os quais encontramos, aliás, além dos organismos de radiodifusão privados, também organismos públicos. A Comissão recebeu um certo número de queixas de particulares e de perguntas do Parlamento Europeu a este respeito.

Desenvolve-se assim uma tendência para os produtores venderem os seus programas aos organismos de radiodifusão com a condição de a difusão por satélite ser acompanhada por uma codificação quando seja efectuada fora das fronteiras nacionais. Esta codificação permite aos produtores negociar a venda dos mesmos programas com organismos de radiodifusão noutros Estados-Membros.

Ora, o princípio estabelecido pela directiva, respondendo à lógica do mercado interno, supõe a transferência dos direitos segundo a lei do país do local de introdução da comunicação relativamente a toda a zona de feixe: na prática, a transferência, numa base nacional, ao fragmentar o mercado, vai contra o princípio da directiva.

⁶ (14) Considerando que a incerteza no plano jurídico sobre os direitos a adquirir, que entrava a difusão transfronteiras de programas por satélite, será ultrapassada pela definição da noção de comunicação ao público por satélite, à escala comunitária; que essa definição especifica simultaneamente qual o local do acto de comunicação ao público; que é necessário uma definição desse tipo, para evitar a aplicação cumulativa de várias legislações nacionais a um mesmo acto de radiodifusão; que a comunicação ao público por satélite apenas tem lugar se e no Estado-Membro em que são introduzidos sinais portadores de programas sob o controlo e a responsabilidade de um organismo de difusão numa cadeia ininterrupta de comunicação que inclui a transmissão dos referidos sinais ao satélite e o retorno daqueles à terra; que os processos técnicos normais relativos a sinais portadores de programas não devem ser considerados interrupções à cadeia de radiodifusão;

(15) Considerando que a aquisição contratual do direito exclusivo de radiodifusão deve respeitar a legislação sobre direito de autor e direitos conexos em vigor no Estado-Membro em que se verifique a comunicação ao público por satélite;

O facto de a directiva prever a difusão de sinais portadores de programas codificados (alínea c) do n.º 2 do artigo 1.º) não enfraquece o alcance do princípio da transferência dos direitos no país de introdução da comunicação para toda a zona de feixe: que a difusão seja de acesso livre ou codificada, a zona de feixe deve servir de base para a exploração dos direitos.

É particularmente interessante constatar que a codificação dos programas é um factor a favor de uma remuneração mais justa dos titulares de direitos na medida em que o dispositivo de descodificação tem de ser posto à disposição do telespectador (mediante o pagamento de uma assinatura ou não), o que permite circunscrever, de forma muito exacta, a audiência real.

A Comissão insiste no pleno alcance da lei aplicável no domínio da radiodifusão por satélite: a transferência de direitos para um programa é válida para toda a zona de feixe e apenas são compatíveis com os princípios do mercado interno as relações contratuais entres os titulares dos direitos ou as entidades de gestão colectiva que os representem e os organismos de radiodifusão, no que respeita a qualquer zona de feixe.

Neste contexto, o respeito pelo princípio da directiva, acompanhado do desenvolvimento de sistemas de acesso abertos ou interoperáveis, bem como a tendência para uma maior difusão de sistemas de recepção directa a custos moderados (como as antenas parabólicas) são elementos que podem facilitar o acesso dos cidadãos europeus a programas televisivos difundidos por satélite. Além disso, a luta contra a pirataria seria reforçada na medida em que a utilização ilegal de certos meios (tais como o fabrico fraudulento de cartões inteligentes ou a distribuição de códigos de acesso na Internet) não constituiria a única via de acesso a certos programas.

A aplicação exhaustiva do princípio da directiva, que consiste em ultrapassar uma abordagem territorial meramente nacional, deverá pois ser encorajada a fim de permitir que o mercado interno seja um verdadeiro mercado sem fronteiras internas para os titulares de direitos, os operadores e os espectadores. A Comissão vai, portanto, iniciar pesquisas e fazer consultas, designadamente junto dos diferentes sectores envolvidos, para determinar como é que os diferentes interesses em jogo podem ser conciliados com o princípio da livre circulação dos serviços de televisão.

3.1.2. Especificidade das relações contratuais associadas à retransmissão por cabo

- O objectivo da directiva consiste em assegurar a difusão de programas audiovisuais, garantindo uma remuneração dos titulares de direitos de autor e de direitos conexos, com base num sistema de gestão colectiva alargada.

Certos titulares de direitos consideram que a gestão colectiva obrigatória lhes é parcialmente prejudicial, pois faz-lhes perder rendimentos ligados a essa gestão e não lhes permite a melhor defesa dos seus próprios interesses que poderia existir numa negociação individual. Na realidade, no âmbito do seu mandato, uma entidade de gestão colectiva não pode procurar diferenciar ou obter mais vantagens para determinados titulares de direitos que represente.

No entanto, a gestão colectiva obrigatória alargada assegura uma segurança jurídica quanto ao pagamento dos direitos a todos os titulares e mantém-se um princípio essencial no contexto da retransmissão por cabo.

- A alternativa introduzida pelo artigo 10.º comporta uma flexibilidade que deverá poder responder às diferentes necessidades das partes interessadas pela retransmissão por cabo. Seja como for, cabe ao organismo de radiodifusão a decisão de intervir ou não para a transferência

dos direitos ligados à retransmissão por cabo que não lhe pertencem enquanto tais e cuja aquisição para uma retransmissão específica incumbe directamente ao operador por cabo.

Segundo as informações de que a Comissão dispõe, afigura-se que esta alternativa é utilizada ao máximo por um número importante de organismos de radiodifusão, na medida em que estes adquirem todos os direitos ligados ao conjunto dos programas, quer para a difusão primária, quer para a retransmissão por cabo, sendo assim, por isso, os únicos interlocutores dos distribuidores por cabo.

A posição de certos titulares de direitos pode, nesta hipótese, parecer mais vulnerável, na medida em que eles não são obrigatoriamente representados por uma entidade de gestão colectiva. Este receio deve ser contrabalançado pelo princípio de que a transferência de um direito não pode efectuar-se sem a obtenção de uma remuneração equitativa⁷, segundo as possibilidades contratuais introduzidas pela Directiva 93/83/CEE.

Assim, um direito a remuneração que só possa ser gerido por uma entidade de gestão colectiva reduz consideravelmente o alcance dos instrumentos criados pela directiva e tem consequências indubitavelmente negativas a nível do mercado interno, visto que, dependendo do Estado-Membro em que a retransmissão tiver lugar, os titulares de direitos deixam de se encontrar em situação de igualdade.

Além disso, a intervenção obrigatória de uma entidade de gestão colectiva constitui um obstáculo que pode ser dissuasivo para a retransmissão dos programas provenientes de outros Estados-Membros, quando uma remuneração equitativa deveria poder ser obtida pelo titular de direitos no âmbito das suas relações contratuais com o organismo de radiodifusão, graças à simples criação de uma lista de tarifas e à sua publicação pelas autoridades nacionais.

A Comissão insiste, portanto, em sublinhar que o alcance do artigo 10.º só pode ser pleno e o seu efeito útil atingido se todos os componentes do direito ligado à retransmissão por cabo seguirem os princípios de gestão contidos nos artigos 9.º e 10.º da directiva.

3.1.3. Um enquadramento mais avançado do processo de mediação

Desde a introdução do cabo, a questão do pagamento dos direitos ligados à retransmissão causou, por vezes, conflitos sérios.

À luz desta realidade, e para contrabalançar o princípio da gestão colectiva dos direitos de retransmissão por cabo, a mediação, como instrumento, foi contemplada na directiva para permitir a intervenção de uma pessoa neutra que possa acabar com possíveis dissidências e situações provisórias delas decorrentes.

Este princípio, que se encontra na linha da liberdade contratual, apresenta na prática, contudo, pontos fracos reais:

- A sua aplicação pressupõe, por um lado, que as partes acordem sobre a escolha do mediador e sobre o alcance do seu mandato, o que é objecto de uma primeira negociação. De acordo com as informações de que a Comissão dispõe, certos litígios decorrem há vários anos sem que um processo de mediação tenha sido estabelecido.

⁷ Artigo 11.º-A da Convenção de Berna.

É, portanto, claro que a ausência de obrigação de recurso ao sistema de mediação significa que este pode permanecer letra morta.

- No âmbito do processo de mediação, a boa fé das partes no litígio é determinante para um decorrer satisfatório de um processo de mediação finalizado por uma solução aceite pelas duas partes, num prazo razoável.

No caso de certos litígios, podem decorrer vários anos entre a denúncia de um contrato por uma parte e o desencadear do processo de mediação, durante os quais pode haver negociações mais ou menos seguidas entre as partes, continuando aquela que não denunciou o contrato sem fazer prova de diligência para a resolução do diferendo.

Poderia então ser útil, como acontece já em certos Estados-Membros, organizar o seguimento a dar à denúncia de um contrato, com prazos razoáveis mas limitados para cada etapa antes do decorrer da mediação no sentido estrito do termo. Se, no final do prazo estabelecido, as negociações não tivessem tido qualquer resultado e se nenhuma remuneração dos titulares de direitos tivesse sido efectuada, poderia acordar-se que a parte das receitas dos distribuidores por cabo correspondente aos direitos de autor e aos direitos conexos no acordo denunciado ficasse congelada para manter o equilíbrio entre as partes implicadas.

Assim, a possibilidade de negociação directa, sem a intervenção de uma terceira pessoa, poderia ser reconhecida durante um ano, seguido, em caso de fracasso, de um prazo de seis meses para a criação da convenção de mediação.

Uma outra disposição que favoreceria a aplicação diligente do processo seria a obrigação de as autoridades nacionais elaborarem e tornarem pública uma lista de mediadores.

Devendo a Comissão realizar um estudo para encontrar novas formas jurídicas de resolução de litígios, como a mediação⁸, este mecanismo será encarado de forma mais geral, tendo em conta a experiência adquirida no domínio da retransmissão por cabo.

3.2. Reflexões com vista à melhoria de certos mecanismos

3.2.1. Facilitar as negociações ligadas à retransmissão por cabo

Dos encontros entre as diferentes partes interessadas pela retransmissão por cabo e os serviços da Comissão, conclui-se que certas dificuldades no âmbito das negociações ao abrigo do artigo 9.º da Directiva 93/83/CEE ocorrem nomeadamente devido ao número importante de negociadores que, em certos Estados-Membros, podem estar presentes em ambos os lados da mesa.

A este respeito, é interessante constatar já foram criados em certos Estados-Membros mecanismos para facilitar as negociações.

- Negociações globais

⁸ Ver considerando 46 da Directiva 2001/29/CEE relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação (JO L 167 de 22.06.2001, p. 10).

Neste contexto, todas as partes interessadas se reúnem à volta de uma mesa para negociar o conjunto das retransmissões: as entidades de gestão colectiva representantes dos autores, dos artistas intérpretes e dos organismos de produções audiovisuais, bem como os organismos de radiodifusão, encontram-se de um lado e os distribuidores por cabo do outro.

Este esquema tem a vantagem de reagrupar todas as partes e permitir fixar uma remuneração única para uma prestação. Não obstante, as negociações podem ser longas e, se uma parte denunciar o acordo, toda a estrutura cai por terra.

– Negociações por categorias de titulares de direitos

Estas pressupõem a negociação entre, por um lado, os distribuidores por cabo e, por outro, uma única categoria de titulares de direitos (seja a entidade de gestão colectiva representante dos autores, dos artistas, dos produtores de fonogramas ou dos organismos de produções audiovisuais, seja o organismo de radiodifusão na qualidade de representante de um canal específico).

Esta alternativa apresenta vantagens e inconvenientes inversos dos resultantes de um acordo global: a denúncia de uma das partes não obriga a que se dê início a uma nova negociação para todos os titulares de direitos, mas a remuneração fixada pode variar conforme os titulares de direitos.

– Licença colectiva alargada

Trata-se de um esquema em que uma entidade de gestão colectiva, representante de uma parte significativa dos titulares de direitos de uma mesma categoria, negocia em nome dos titulares de direitos com uma associação representante dos distribuidores por cabo. Tem a vantagem de conferir à entidade mandatária um forte poder de negociação.

Esta ideia de entidade de gestão mandatada pelo conjunto das entidade de gestão colectiva que negocia com uma associação equivalente que representa os distribuidores pressupõe que tenha sido estabelecida uma certa orientação quanto às negociações aquando da determinação dos mandatos respectivos, o que pode facilitar as discussões entre os dois mandatários. Este esquema poderia ser completado por um enquadramento das condições de denúncia do acordo, não podendo esta ocorrer a não ser que a maioria dos membros de uma das associações assim o decidisse.

Também podemos interrogar-nos sobre a oportunidade da intervenção de um tal organismo mandatário como mecanismo de recurso na hipótese de os representantes directos dos titulares de direitos não terem conseguido, num primeiro tempo, celebrar um acordo global com os distribuidores por cabo, ou então quando tenha havido denúncia do contrato.

Para que não se ponha em causa o princípio da liberdade contratual, não cabe à Comissão organizar as condições de negociação, mas esta instituição permanece sensível às dificuldades encontradas, encorajando as iniciativas a favor de uma melhoria das condições de negociação.

3.2.2. Introdução de um balcão único no âmbito da retransmissão por cabo

Tal como já foi dito, certos organismos de radiodifusão gerem a aquisição de todos os direitos associados à retransmissão por cabo em nome do distribuidor por cabo, o qual permanece responsável juridicamente pela aquisição desses direitos.

Este procedimento implica, da parte do organismo de radiodifusão, que as negociações se efectuem em conformidade com o direito de autor em vigor no Estado-Membro onde decorre a retransmissão. Assim, mesmo se o organismo de radiodifusão, aquando da transferência dos direitos para a primeira difusão, pode adquirir simultaneamente os direitos ligados a retransmissões por cabo, há que iniciar em seguida um processo contratual, à escala nacional, em conformidade com o direito de cada Estado-Membro onde a retransmissão tiver lugar.

Esta possível multiplicação das relações contratuais conduziu à apresentação aos serviços da Comissão de um conceito de “balcão único” que seria constituído pelo organismo de radiodifusão.

Impor-se-ia ao organismo de radiodifusão a obrigação de negociar com as entidades de gestão colectiva de um único Estado-Membro (em conformidade com o direito aplicável nesse Estado-Membro) um contrato “todos os direitos adquiridos” que determinaria a remuneração pela radiodifusão primária assim como o estabelecimento, em princípio, de um pagamento de uma certa percentagem do volume de negócios decorrente da retransmissão por cabo para os outros territórios, remuneração essa que deveria materializar-se quando a retransmissão fosse efectiva. Quando se assinasse um contrato entre um operador por cabo e o radiodifusor, este último informaria e organizaria as remunerações das entidades de gestão colectiva com as quais negociara o acordo-quadro, cabendo a estas transmitir aos parceiros interessados a informação, bem como a quantia ligada a esta retransmissão com as informações necessárias para uma repartição entre os titulares de direitos.

O conceito de balcão único, por muito sedutor que seja no contexto do mercado interno, não pode ser concretizado por um mecanismo que se baseie no organismo de radiodifusão, pois a responsabilidade jurídica e o compromisso financeiro ligados aos direitos para a retransmissão que incumbem inicialmente aos distribuidor por cabo poderiam revelar-se demasiado pesados para certos organismos de radiodifusão. Correr-se-ia, pois, o risco de instituir um sistema de balcão único que fosse como uma concha vazia, dadas as dificuldades práticas concretas com que se depararia um certo número de organismos de radiodifusão quanto à determinação da remuneração.

O balcão único para a transferência dos direitos relacionados com a retransmissão por cabo constitui um desafio considerável e vai no sentido da dinâmica do mercado interno. Deverá ser assim objecto de reflexões aprofundadas, nomeadamente num contexto mais horizontal ligado aos desenvolvimentos induzidos pela emergência da sociedade da informação, na qual os princípios adquiridos para a transferência dos direitos devem evoluir.

3.2.3. Racionalização da gestão dos direitos ligados à instalação de antenas colectivas

Desenvolvendo-se a habitação colectiva, assiste-se paralelamente à instalação de antenas parabólicas nos edifícios, completada por uma instalação interna (cabo, caixas derivadoras/comutadores) que permitem aos habitantes receber os programas⁹.

Em certos Estados-Membros, os instaladores de antenas parabólicas devem pagar direitos quando instalam uma antena colectiva, uma vez que semelhante instalação é reconhecida como uma nova comunicação ao público.

⁹ Convém lembrar, a este propósito, que a Comissão adoptou, em 17 de Junho de 2001, uma comunicação relativa à aplicação dos princípios gerais da livre circulação de mercadorias e de serviços em matéria de utilização de antenas parabólicas, que evoca o “direito à antena” de que devem poder beneficiar todos os particulares no interior do mercado interno (documento COM (2001)351).

A este respeito, a jurisprudência nacional dos Estados-Membros não é uniforme. Assim, embora seja geralmente considerado que há uma nova comunicação quando se trata de uma instalação num hotel (pois deparamos com uma instalação efectuada no exercício e para as necessidades da actividade comercial em causa), esta conclusão não é sistemática e certas jurisdições nacionais consideram que a instalação no âmbito de uma co-propriedade de utilização privada não é equivalente a uma comunicação ao público e não está sujeita ao pagamento de direitos de autor e de direitos conexos.

O Tribunal de Justiça, tendo-lhe sido apresentada uma questão prejudicial¹⁰ relativa a uma destas instalações num hotel, considerou claramente que a questão não era abrangida pelo âmbito de aplicação da Directiva 93/83/CEE e que devia ser avaliada de acordo com o direito nacional.

Neste processo, o Tribunal de Justiça faz referência ao n.º 1 do artigo 3.º da proposta da Comissão, artigo que se manteve idêntico na Directiva 2001/29/CE relativa a certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação. Esta disposição, que visa transpor para o direito comunitário o artigo 8.º do Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre o Direito de Autor, de 1996, enuncia que *“Os Estados-Membros devem prever a favor dos autores o direito exclusivo de autorizar ou proibir qualquer comunicação ao público das suas obras, por fio ou sem fio, incluindo a sua colocação à disposição do público por forma a torná-las acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido»*.

No âmbito da Directiva 93/83/CEE, aquando da aquisição dos direitos associados à difusão por satélite, devem ser tomadas em conta, entre outros aspectos, a audiência efectiva e a audiência potencial. Um dos parâmetros para se estimar esta audiência deveria ser, portanto, o número de instalações de recepção de sinais em terra, ou seja, as antenas parabólicas completadas pelas instalações internas que permitem precisar o número de lares por edifício.

No entanto, não estando a noção de “público” definida a nível internacional nem comunitário, é por força do direito nacional que é determinado o montante dos direitos associados à radiodifusão por satélite, incluindo ou não aqueles que podem ser associados às instalações nas habitações colectivas.

Neste contexto, há que constatar que o pagamento de direitos no Estado-Membro onde se efectua a instalação colectiva constitui um obstáculo à livre circulação dos serviços de radiodifusão¹¹, quer do lado dos destinatários de serviços que são os telespectadores, pois torna geralmente mais cara a utilização das antenas parabólicas e o acesso a programas difundidos de forma transfronteiras, quer do lado dos prestadores de serviços, que vêm a recepção por satélite tornar-se menos atraente. Embora a protecção da propriedade intelectual constitua um objectivo de interesse geral reconhecido pelo Tribunal de Justiça, coloca-se a questão da proporcionalidade de tais medidas para assegurar esta protecção.

Desta forma, a Comissão considera a protecção dos direitos de autor e dos direitos conexos, apenas a nível da radiodifusão por satélite, conforme com o mercado interno, na medida em que a determinação do montante dos direitos que lhe estão associados se deve basear, em particular, na audiência. Assim, a Comissão encoraja os Estados-Membros a tomarem as medidas necessárias para que a plena protecção dos titulares de direitos de efectue no âmbito

¹⁰ Acórdão de 3 de Fevereiro de 2000 no processo C-293/98.

¹¹ Ver acórdão de 29 de Novembro de 2001 no processo C-17/00, "De Coster".

da determinação dos direitos associados à radiodifusão por satélite, com base em critérios muito precisos no que diz respeito à audiência.

4. FUTURO DA DIRECTIVA NO NOVO CONTEXTO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL

É óbvio que o contexto em que os meios de comunicação social evoluem se alterou consideravelmente desde a entrada em vigor da directiva, havendo um maior número de organismos de radiodifusão, de suportes e de formatos, que implicam uma multiplicação e uma diversidade de programas propostos.

Numerosas reflexões sobre esta evolução estão particularmente associadas à criação da televisão digital, que existe já com as radiodifusões por satélite e por via terrestre, e que se alargará no futuro próximo às transmissões por cabo.

Este progresso tecnológico não implicará desenvolvimentos no presente relatório, pois não afecta os princípios da directiva, aplicáveis quer a transmissão se efectue por via analógica quer por via digital. Em contrapartida, a extensão da directiva a outros modos de difusão ainda não abrangidos deve ser analisada.

4.1. Diversificação dos modos de difusão nacionais

Uma primeira constatação diz respeito aos meios de difusão a nível dos Estados-Membros, que já não são constituídos principalmente por meios de comunicação por via terrestre, mas também por meios de comunicação por satélite.

Ora, por força do n.º 2 do artigo 3.º da directiva, os Estados-Membros podem prever a extensão de um contrato colectivo entre uma entidade de gestão colectiva e um organismo de radiodifusão aos titulares de direitos idênticos não representados se os programas forem difundidos ao mesmo tempo por satélite e por via terrestre. Na medida em que, neste momento, são por vezes utilizados apenas os meios de difusão por satélite, uma alteração da directiva poderia ser proposta neste sentido se ela devesse sofrer alterações mais substanciais.

4.2. Diversificação dos modos de retransmissão transfronteiras

Além da radiodifusão por satélite, estão em vias de desenvolvimento mais ou menos avançado a retransmissão por via hertziana de programas digitais, a retransmissão de programas através da Internet e a retransmissão por satélite.

Colocou-se assim a questão de saber em que medida seria oportuno transpor, *mutatis mutandis*, os princípios de gestão dos direitos de autor e dos direitos conexos aplicáveis à retransmissão por cabo para os outros meios de retransmissão transfronteiras simultânea e inalterada, em virtude do princípio da neutralidade tecnológica.

A este respeito, a Directiva 92/100/CEE relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos aos direitos de autor em matéria de propriedade intelectual¹² e a Directiva 2001/29/CE relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação¹³ dispõem que os autores, os artistas intérpretes,

¹² JO L 346 de 27.11.92, p. 61.

¹³ JO L 167 de 22.06.2001, p. 10.

os produtos de fonogramas e os organismos de radiodifusão detêm direitos exclusivos ou um direito a remuneração pelas diversas retransmissões simultâneas.

- A nível tecnológico, as condições actualmente requeridas para a retransmissão digital por via hertziana apresentam semelhanças com as da retransmissão por cabo. No entanto, há que reconhecer que esse modo de retransmissão está ainda a dar os seus primeiros passos, e a Comissão pensa ser necessário considerar as condições mais gerais de desenvolvimento desse modo de transmissão antes de encarar uma possível extensão do actual sistema de gestão dos direitos de autor e dos direitos conexos da retransmissão por cabo.

- Visto as Directivas 2000/31/CE¹⁴ e 2001/29/CE terem já estabelecido alguns princípios e condições para a retransmissão através da Internet, a Comissão considera mais adequado prever o modo de gestão dos direitos de autor e dos direitos conexos deste modo de retransmissão no quadro já fixado por estas duas directivas, tanto mais que elas se encontram em vias de transposição nos Estados-Membros.

- No âmbito da retransmissão por satélite, temos a hipótese de um distribuidor por satélite (que não é nem um organismo de radiodifusão nem o operador por satélite que assegura o transporte) que reagrupa, num único pacote, um determinado número de canais que já foram objecto de uma primeira difusão, aluga feixes de transmissão junto de um operador por satélite e coloca este pacote à disposição dos telespectadores mediante pagamento de uma assinatura.

Neste contexto, a transposição do princípio da gestão colectiva obrigatória levaria a uma igualdade de tratamento apenas aparente, pois corresponderia a tratar de forma idêntica situações diferentes. Na realidade, a retransmissão por cabo tem um alcance geográfico de limites relativamente restritos (nacionais ou tão-só locais), que não é proporcional ao alcance da retransmissão por satélite, que vai para além da Europa.

Instaurar o princípio de uma gestão colectiva nestas actividades de retransmissão limitaria de forma considerável a liberdade dos titulares de direitos, que deixariam de ter a possibilidade de se opor às retransmissões em questão. Ora, certos programas contidos nestas retransmissões não são apenas objecto de uma comunicação no âmbito de uma radiodifusão, mas podem ser apresentados noutros suportes, segundo uma cronologia estabelecida afim de aproveitar ao máximo as possibilidades de remuneração da obra em causa. Note-se que a cronologia das diversas comunicações para uma obra é organizada a nível nacional, de acordo com o êxito inicial que obteve no Estado-Membro onde a obra foi produzida.

A verdade é que a retransmissão de programas em pacotes difundidos por satélite pertence a esta cronologia dos meios de comunicação: na medida em que os meios técnicos utilizados asseguram um alcance muito vasto aos meios de retransmissão em causa, uma limitação do exercício dos direitos exclusivos poderia pôr em perigo esta cadeia cronológica e, em certa medida, as possibilidades de remuneração de uma obra.

A Comissão não considera, portanto, adequado, neste fase, alargar o sistema de gestão colectiva obrigatória às outras categorias de retransmissões.

¹⁴ Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno - JO L 170 de 17.07.2000, p. 1

5. CONCLUSÃO

O alcance dos mecanismos criados pela directiva com vista a facilitar certos modos de difusão transfronteiras não só não foi alterado, como, pelo contrário, acabou por ser reforçado pela evolução dos serviços de televisão oferecidos. Além disso, a experiência demonstra que o efeito das medidas previstas na directiva "televisão sem fronteiras" com vista a assegurar a liberdade de recepção e de transmissão de programas televisivos provenientes de outros Estados-Membros se reduzirá se as dificuldades encontradas ao nível da transferência dos direitos de autor e dos direitos conexos não forem resolvidas.

Contudo, afigura-se que certos princípios da directiva devem ser sujeitos a um exame aprofundado. A Comissão está particularmente preocupada com as dificuldades de acesso dos cidadãos aos canais por satélite que são emitidos fora do Estado-Membro onde residem, pois, além de ser posto em causa um princípio fundamental da Directiva 93/83/CEE, a liberdade de circulação das pessoas e dos serviços não pode ser exercida plenamente e por inteiro, não sendo possível responder às expectativas dos telespectadores nem valorizar as oportunidades culturais e económicas proporcionadas pelo mercado interno. Assim, a Comissão empenhar-se-á em estudar, tendo em conta a protecção dos titulares de direitos, de que forma se pode responder a esta expectativa dos cidadãos, cada vez maior com a multiplicação das deslocações e o desenvolvimento de novas tecnologias ao alcance do grande público, no interior da União. **A Comissão tem, assim, a intenção de começar tão rapidamente quanto possível a trabalhar, em estreita colaboração com as diferentes partes interessadas e os representantes das autoridades nacionais competentes, facilitando deste modo um diálogo rigoroso, construtivo e necessário com um objectivo claro cuja realização concreta apresenta inegáveis dificuldades.**

A evolução dos serviços de televisão no quadro da sociedade da informação leva a Comissão a interrogar-se sobre a necessidade de adaptação de certos mecanismos actuais que intervêm na protecção do direito de autor e dos direitos conexos (resolução de litígios, papel das entidades de gestão colectiva): **é, portanto, no contexto geral da evolução dos meios de comunicação social na sociedade da informação que serão apreciados o modo de gestão dos direitos ligados à retransmissão por cabo e a mediação, antes de se considerar ou não uma revisão da Directiva 93/83/CEE.** Finalmente, mais em geral, os desenvolvimentos tecnológicos em curso (entre os quais a televisão digital e a Internet) vão desdobrar as possibilidades e as modalidades de comunicações transfronteiras dos serviços audiovisuais. Os serviços audiovisuais que serão em breve propostos conduzirão a mudanças de hábitos por parte dos telespectadores, permitindo-lhes ter um acesso mais individualizado e personalizado a esses serviços. No entanto, ainda é cedo para apreciar o teor e o alcance destas mudanças e, conseqüentemente, determinar, nesta fase, se é necessário alargar o âmbito de aplicação da Directiva 93/83/CEE.