

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL CLAUS GULMANN

apresentadas em 1 de Junho de 1994 *

Índice

A — Antecedentes dos processos	I - 748
B — Observações preliminares	I - 751
C — Delimitação do objecto dos recursos	I - 753
D — O Tribunal de Primeira Instância interpretou erradamente o conceito de abuso de posição dominante?	I - 755
a) O conceito de objecto específico é relevante para efeitos de uma apreciação nos termos do artigo 86.º do Tratado?	I - 755
b) O objecto específico do direito de autor	I - 757
c) O artigo 86.º do Tratado é aplicável ao exercício de prerrogativas abrangidas pelo objecto específico do direito de autor?	I - 758
d) As razões do Tribunal de Primeira Instância para justificar a possibilidade de lesão do objecto específico do direito de autor: a função essencial do direito de autor	I - 767
aa) A conduta que prossegue uma finalidade manifestamente contrária aos objectivos do artigo 86.º	I - 767
bb) A definição da função essencial do direito de autor	I - 768
cc) A aplicação do conceito de função essencial	I - 769
e) A entrada no mercado de um produto novo para o qual existe uma importante procura potencial por parte dos consumidores	I - 773
f) A exploração de uma posição dominante no mercado para reservar para si um mercado derivado	I - 776
g) A questão da existência de uma política de licenças discriminatória ou de licenças concedidas em condições não equitativas	I - 779
h) As listas de programas são obras merecedoras de protecção?	I - 780
i) As recusas de conceder licenças são justificadas?	I - 783
j) As consequências ulteriores do acórdão do Tribunal de Justiça	I - 785
E — O Tribunal de Primeira Instância omitiu ilegalmente a tomada em consideração da Convenção de Berna?	I - 787
F — O artigo 3.º do Regulamento n.º 17 foi violado?	I - 794
G — O Tribunal de Primeira Instância definiu erradamente o mercado dos produtos em causa e aplicou erradamente o conceito de posição dominante?	I - 795
H — O Tribunal de Primeira Instância utilizou de forma errada o conceito de afectação do comércio entre Estados-Membros?	I - 799
I — O artigo 190.º do Tratado foi violado?	I - 803
J — Quanto às despesas	I - 805
Conclusão	I - 806

* Língua original: dinamarquês.

1. Nestes processos apensos, o Tribunal de Justiça irá tomar posição sobre a questão de saber se a Comissão, através de uma decisão proferida com base no artigo 86.º do Tratado CEE, pode obrigar empresas a licenciarem obras suas protegidas pelo direito de autor. Isso significa que o Tribunal de Justiça deverá tomar posição sobre se é possível, com base nas normas de concorrência do Tratado, em circunstâncias especiais, pôr em causa o objecto específico do direito de autor. Os processos suscitam novamente a questão fundamental da ponderação de dois interesses em conflito, concretamente, por um lado, o interesse da protecção dos direitos de propriedade industrial e comercial que se baseiam na lei nacional e, por outro, o interesse de uma concorrência não distorcida que é uma das tarefas que a Comunidade deve assegurar.

2. A Comissão obrigou, por uma decisão de 21 de Dezembro de 1988, três empresas a licenciarem as suas listas de programas de televisão ¹. Esta decisão foi confirmada por sentença proferida pelo Tribunal de Primeira Instância em 10 de Julho de 1991 ². Destas decisões foi interposto o presente recurso para o Tribunal de Justiça.

1 — Decisão 89/205/CEE da Comissão relativa a um processo em aplicação do artigo 86.º do Tratado CEE (IV/31.851 — Magill TV Guide/ITP, BBC e RTE, JO 1989, L 78, p. 43).

2 — RTE/Comissão (T-69/89, Colect. 1991, p. II-485) e ITP/Comissão (T-76/89, Colect. 1991, p. II-575).

A — Antecedentes dos processos

3. Os guias de programas são listas sobre emissões de televisão futuras que contêm informações relativas ao título, canal, data e horário das emissões. São elaborados pelas organizações de difusão de televisão em conformidade com e tendo em vista a sua programação. Os guias de programas estão protegidos nos termos do direito de autor como obras literárias e compilações em conformidade com o United Kingdom Copyright Act 1956 e com o Irish Copyright Act 1963.

4. Na altura da decisão da Comissão eram comercializados na Irlanda e na Irlanda do Norte três guias de programas de televisão semanais — *TV Times*, *Radio Times* e *RTE Guide* — qualquer deles contendo as listas de programas de dois dos seis canais de televisão que podem ser captados pela maior parte das famílias na Irlanda e 30% a 40% das famílias na Irlanda do Norte. Para além das listas de programas propriamente ditas, os guias de televisão contêm em geral sumários de programas — isto é, informações sobre o conteúdo dos programas e sobre os intervenientes nos mesmos —, comentários, artigos de fundo, etc.

5. O *TV Times* contém as listas de programas semanais dos canais ITV e Channel Four, que são emitidos por empresas de televisão que obtiveram da Independent Broad-

casting Authority (a seguir «IBA») uma concessão para a emissão de programas de televisão independentes³. A revista era publicada pela Independent Television Publications Ltd, de Londres (a seguir «ITP»), que tinha obtido a cedência do direito de autor para as listas de programas dos promotores das emissões destes dois canais. A *Radio Times* continha as listas de programas semanais dos canais BBC 1 e BBC 2 e era publicado pela sociedade filial inteiramente detida pela BBC, BBC Enterprises Ltd, que obteve a cedência do direito de autor para as listas de programas semanais da sociedade-mãe BBC. No Reino Unido, a BBC e a IBA têm um duopólio para a prestação de serviços de televisão nacionais. O *RTE Guide* continha as listas de programas semanais dos canais RTE 1 e RTE 2 e era publicado pela Radio Telefís Eireann (a seguir «RTE»), que tem um monopólio legalmente protegido de difusão de rádio e televisão na Irlanda.

6. Diversamente do que sucede nos outros Estados-Membros da Comunidade, não existia no mercado da Irlanda e da Irlanda do Norte um guia de programas de televisão contendo a totalidade das listas de programas semanais dos canais que todos ou a maior parte dos espectadores de televisão podiam

captar — a seguir «guias TV semanais gerais». A causa disto era a prática de licenciamento das três sociedades: os jornais (diários e semanários) e, em alguns casos, as revistas podiam receber gratuitamente as listas de programas semanais e eventualmente sumários dos programas. Em cada caso eram acompanhados de uma licença que estabelecia as condições para a reprodução das informações: os jornais podiam publicar os programas do próprio dia ou, no caso do dia seguinte ser um feriado, os programas de dois dias, sujeitando-se a certas condições como as relativas ao formato da publicação. Também era permitido publicar os «destaques» dos programas de televisão semanais.

7. A editora irlandesa Magill TV Guide Ltd (a seguir «Magill») iniciou em 1985 a publicação na Irlanda e na Irlanda do Norte de um guia semanal com informações sobre os programas de televisão futuros. No início, o guia continha apenas informações sobre os programas de fim-de-semana da RTE, da BBC, da ITV e do Channel Four e sobre os destaques dos programas da semana. Quando em Maio de 1986 surgiu uma edição do *Magill TV Guide*, que continha a totalidade dos programas semanais de todos os canais de televisão que podiam ser captados na área, um tribunal irlandês, a requerimento da RTE, da BBC e da ITV, decretou uma medida provisória proibindo a Magill de publicar as listas de programas semanais daquelas sociedades, com fundamento em que tal publicação violava os direitos de

³ — A IBA é uma empresa pública que foi criada com vista a prestar serviços independentes de rádio e de televisão como um serviço público no Reino Unido, na ilha de Man e nas ilhas Anglo-Normandas como complemento da BBC. A IBA celebra contratos com empresas privadas para difundir programas para o canal de televisão ITV. O Channel Four é emitido por uma sociedade filial da IBA.

autor das mesmas. Esta decisão foi confirmada por sentença da High Court de 26 de Julho de 1989⁴.

Em consequência, no artigo 2.º da sua decisão, a Comissão intima a ITP e a BBC e a RTE a porem termo à violação do artigo 86.º

8. A Magill já tinha antes da publicação de edição genérica do *Magill TV Guide* apresentado uma denúncia à Comissão nos termos do artigo 3.º do Regulamento n.º 17 do Conselho, relativo à execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado⁵. No artigo 1.º da sua decisão de 21 de Dezembro de 1988, a Comissão declarou que «as políticas e práticas da ITP, da BBC e da RTE, respectivamente, em relação às suas listas individuais antecipadas de programação semanal, relativas a programas que podem ser captados na Irlanda e na Irlanda do Norte, constituem violações ao artigo 86.º, na medida em que impedem a publicação e a venda de guias TV semanais gerais na Irlanda e na Irlanda do Norte».

«mediante o fornecimento recíproco e a terceiros, a pedido e numa base não discriminatória, das suas listas individuais antecipadas de programação semanal e autorizando a sua publicação por esses terceiros. Se escolherem fazê-lo através de licenças, considera-se razoável a exigência de *royalties*... Além disso, a ITP, a BBC e a RTE podem incluir em quaisquer licenças concedidas a terceiros as condições que considerem necessárias para assegurar uma cobertura global de alta qualidade de todos os seus programas, incluindo os de interesse minoritário e/ou regional e os de conteúdo cultural, histórico e educativo».

4 — A High Court sustentou na sua decisão que as listas de programas estavam protegidas pelo direito de autor como obras literárias e compilações nos termos do direito irlandês. As passagens mais relevantes da sentença vêm citadas no n.º 10 do acórdão RTE e no n.º 7 do acórdão ITP. Dado que a High Court se refere às listas de programas semanais tal como são publicadas pela *RTE Guide* e pela *TV Times*, respectivamente, poderia à primeira vista suscitar-se uma dúvida sobre se a High Court na sua sentença tomou realmente uma posição sobre a protecção do direito de autor relativamente a todo o material enviado a pedido pela RTE e pela ITP, isto é, para além das listas de programas propriamente ditas também os sumários de programas, etc. Contudo, a Magill publicava apenas as listas de programas propriamente ditas e esclareceu que retirara da publicação todo o trabalho literário e científico necessário e eventualmente os comentários aos programas. Pode assim sustentar-se que a High Court, na sua sentença, declarou que as listas de programas propriamente ditas, isto é, listas com informações sobre o título, o canal, a data e o horário, são protegidas pelo direito de autor nos termos da lei irlandesa.

5 — Regulamento n.º 17, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado (JO 13, p. 81, EE 08 F1 p. 22).

9. A ITP, a BBC e a RTE interpuseram recurso de anulação da decisão da Comissão para o Tribunal de Justiça. Por despacho de 11 de Maio de 1989, o presidente do Tribunal de Justiça suspendeu a execução da decisão da Comissão na medida em que esta obrigava as recorrentes a permitirem a reprodução das suas listas de programas⁶.

6 — RTE e o./Comissão (C-76/89 R, C-77/89 R e C-91/89 R, Colect., p. 1141, n.º 20).

Por despacho de 15 de Novembro de 1989, os processos foram remetidos ao Tribunal de Primeira Instância, o qual, por acórdãos de 10 de Julho de 1991, negou provimento aos recursos. A RTE e a ITP, mas não a BBC⁷, interpuseram o recurso daqueles acórdãos para o Tribunal de Justiça.

Times, desta forma, publicam-se agora como guias TV semanais gerais.

B — Observações preliminares

Por despachos de 6 de Julho de 1989, o Tribunal de Justiça admitiu a Magill a intervir no processo em apoio do pedido da Comissão e, por despacho de 25 de Março de 1992, admitiu a Intellectual Property Owners Inc. (a seguir «IPO») a intervir em apoio do pedido das recorrentes. Por despacho de 21 de Abril de 1993, os processos foram apensos para efeitos da fase oral.

11. O direito de autor é de importância fundamental tanto para o titular individual do direito como para a sociedade. Os Estados-Membros contraíram obrigações internacionais para conferir aos titulares do direito de autor uma protecção suficiente com vista a assegurar um enquadramento adequado do seu esforço criativo e na sua legislação relativa ao direito de autor reconheceram aos titulares o *direito exclusivo* de utilizar a obra protegida. Por outras palavras, a legislação relativa ao direito de autor dá aos seus titulares o *direito de restringir a concorrência*.

10. Para uma visão completa da questão deve observar-se que em 1 de Março de 1991 entraram em vigor novas normas no Reino Unido⁸, segundo as quais as organizações de difusão de televisão são obrigadas a permitir a reprodução das suas listas de programas. A BBC e a ITP começaram a comercializar cada uma o seu guia TV semanal geral. A legislação irlandesa não foi alterada. Contudo, a RTE obteve licenças da BBC e da ITP para comercializar um guia TV semanal geral e concedeu licenças para as suas próprias listas de programas⁹. Os três guias de televisão *RTE Guide*, *Radio Times* e *TV*

12. Porém, esta legislação não confere aos titulares do direito de autor um direito exclusivo sem limitações. A Convenção de Berna para a protecção das obras literárias e artísticas, revista pelo Acto de Paris de 24 de Julho de 1971, prevê e admite algumas limitações ao direito exclusivo, e as legislações relativas ao direito de autor nos Estados-Membros também contêm tais limitações. É o caso de disposições que conferem um direito limitado quanto à utilização da obra protegida ou, no caso das denominadas normas relativas a licenças obrigatórias, que concedem o direito a uma determinada utilização da obra mediante uma remuneração. Uma característica típica das licenças obrigatórias no domínio do direito de autor é o facto de a autorização para fazer um deter-

7 — V. BBC/Comissão (T-70/89, Colect., p. II-535).

8 — Section 176 do United Kingdom Broadcasting Act 1990.

9 — A RTE esclareceu que tinha anunciado publicamente a sua nova política de licenciamento mas que a BBC e a ITP foram as únicas a requerer e a obter licenças.

minado uso da obra protegida derivar de disposições legislativas gerais com a possibilidade de, eventualmente, a questão da remuneração ser submetida a uma autoridade pública. Não é geralmente o caso no domínio do direito de patente, em que a autorização para fazer um determinado uso da obra protegida no interesse público é dada por um tribunal ou por uma autoridade pública, que estabelece então as correspondentes condições.

13. Assim, as legislações relativas ao direito de autor nos diversos Estados-Membros efectuem a necessária ponderação dos diversos interesses que a sociedade deve proteger — incluindo, por um lado, a protecção dos interesses do titular do direito de autor e, por outro, o interesse numa concorrência não distorcida¹⁰. A consequência natural disto é que as licenças obrigatórias nos termos das leis sobre a concorrência, isto é, as licenças que as empresas são obrigadas a conceder pelas *autoridades da concorrência* com base nas *regras da concorrência*, não têm praticamente precedente nos Estados-Membros no domínio do direito de autor. Em princípio, quando a legislação sobre o direito de autor

confere um direito exclusivo, este deve ser respeitado pelo direito da concorrência¹¹.

14. O facto de as legislações nacionais terem procedido a uma ponderação entre os interesses dos titulares do direito de autor e as limitações à concorrência que resultam da protecção do direito de autor no âmbito nacional, não leva necessariamente a concluir que possam existir mais limitações ao direito exclusivo dos titulares do direito de autor com base nas normas de concorrência do Tratado, cujo objectivo é assegurar uma concorrência não distorcida no mercado único. Mas a acima descrita relação fundamental

10 — Não se pode esquecer que em certa medida a legislação relativa ao direito de autor — tal como outros direitos de propriedade intelectual — também serve para promover a concorrência. Isso foi nomeadamente salientado pela Comissão nas suas conclusões decididas quando da adopção da sua proposta para uma directiva do Conselho sobre a protecção jurídica dos programas de computadores (JO 1989, C-91, p. 16), nos quais salientou que o direito de autor constitui um incentivo para investir nos recursos intelectuais e financeiros para promover desse modo o progresso técnico no interesse da sociedade. No que se refere à marca comercial comparar com o acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de Outubro de 1990, HAG GF (C-10/89, Colect., p. I-3711, n.º 13).

11 — A situação legal nos Estados-Membros apresenta-se no sentido de que as autoridades da concorrência não podem impor licenças obrigatórias relativamente ao direito de autor nos termos da legislação francesa, irlandesa, italiana e portuguesa, enquanto que ainda não foi tomada posição sobre esta questão na legislação alemã, belga, neerlandesa, luxemburguesa e dinamarquesa. As autoridades de concorrência espanholas utilizaram as disposições sobre a concorrência para introduzir uma obrigação geral para as organizações de difusão de televisão que têm direitos exclusivos para transmitir determinados eventos desportivos de concederem licenças para a retransmissão. Como acima foi referido, a situação legal no Reino Unido após a adopção do Broadcasting Act 1990, que alterou o Copyright Designs and Patents Act 1988, é a de que, tomando em conta os factores da concorrência e após um processo em que intervêm as autoridades de concorrência do Reino Unido, pode ser inserida no direito de autor, pelo ministro competente, uma cláusula de licenciamento que significa que o titular não pode recusar a licença às partes interessadas que satisfaçam as condições previstas. Para além disso, os factores de concorrência não são relevantes para as licenças obrigatórias derivadas das legislações sobre direitos de autor. Em termos de comparação, a situação no domínio do direito de patente apresenta-se em certos Estados-Membros, como a Espanha, a Bélgica e a Alemanha, no sentido de que as autoridades de concorrência podem em princípio impor licenças obrigatórias, mas não existe qualquer jurisprudência nesta matéria, enquanto que tal possibilidade não existe noutros Estados-membros, como a França, a Irlanda, a Itália e Portugal. Só no Reino Unido é que as autoridades de concorrência foi expressamente atribuído um papel, nomeadamente em ligação com a acima mencionada cláusula de licenciamento, continuando a decisão final a ser tomada pelas autoridades das patentes. Nalguns outros Estados-Membros, como a Alemanha, a Irlanda e os Países Baixos, as autoridades das patentes podem ter em conta factores de concorrência ao concederem licenças obrigatórias, mas isso não é possível noutros Estados-Membros, como a França e Portugal.

entre o direito de autor e o direito da concorrência mostra que é natural usar de muita precaução quando se suscitam questões que, com base nas normas de concorrência do direito comunitário, possam incidir sobre a lesão de prerrogativas ligadas ao direito de autor.

15. Parece-me que a decisão da Comissão e os acórdãos do Tribunal de Primeira Instância chegam concretamente a uma solução razoável. Existem boas razões para considerar que não seria possível às organizações de difusão de televisão evitar, por via do seu direito de autor relativamente às listas de programas, a publicação de guias TV semanais gerais. Os interesses do direito de autor desta forma protegidos não podem, em minha opinião, ser considerados como importantes e os consumidores irlandeses e britânicos têm um evidente interesse em ter acesso a um produto que é bem conhecido nos outros Estados-Membros e que oferece um número de vantagens em comparação com os produtos existentes.

16. Tudo isto não significa necessariamente que esta solução que é razoável no caso concreto possa ser obtida através de decisões adoptadas pela Comissão nos termos do artigo 86.º do Tratado. É possível que esta solução só possa ser obtida através de normas adoptadas pelas autoridades legislativas nacionais, como aconteceu no Reino Unido, ou por normas adoptadas pelas autoridades legislativas da Comunidade.

C — Delimitação do objecto dos recursos

17. A RTE, a ITP e a IPO concluem pedindo a revogação do acórdão do Tribunal de Primeira Instância e a anulação da decisão da Comissão. A Comissão concluiu pedindo a confirmação dos acórdãos do Tribunal de Primeira Instância e, subsidiariamente, a confirmação dos mesmos acórdãos mas alterando os fundamentos da decisão ¹².

18. A RTE, a ITP e a IPO alegam todas que o Tribunal de Primeira Instância interpretou erradamente o conceito de abuso de posição dominante previsto no artigo 86.º do Tratado. A RTE alega ainda que o Tribunal de Primeira Instância recusou erradamente tomar em consideração a Convenção de Berna e interpretou erradamente o conceito de afectação do comércio entre os Estados-Membros. A ITP alega ainda que o Tribunal de Primeira Instância violou o artigo 3.º do Regulamento n.º 17 ao declarar que a Comissão tem o poder de obrigar o titular de direitos imateriais a conceder licenças e que violou o artigo 190.º do Tratado ao declarar que os fundamentos da decisão satisfazem o princípio dos direitos da defesa.

19. Finalmente, a IPO alega que o Tribunal de Primeira Instância procedeu a uma definição errada do mercado relevante do produto e aplicou erradamente o conceito de abuso de posição dominante. Nas suas répli-

12 — A Comissão remete a este propósito para o acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Junho de 1992, Lestelle/Comissão (C-30/91 R, Collect., p. I-3755).

cas, a RTE e a ITP alegam que, mesmo não impugnando expressamente o acórdão do Tribunal de Primeira Instância quanto a estes dois pontos, isto não significa que tenham abandonado os seus argumentos a este respeito. Alegam que se o Tribunal de Justiça considerar que se está perante um abuso e que nesta base é de adoptar uma posição quanto à matéria de facto do processo nos termos do primeiro parágrafo do artigo 54.º do Estatuto, também deve tomar posição sobre estes argumentos.

20. A Comissão alega, e deve ser-lhe dada razão, que a RTE e a ITP não podem deduzir nas suas réplicas novos fundamentos de direito que não tenham sido alegados nas petições de recurso, conforme o Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça (artigo 118.º, conjugado com o artigo 42.º, n.º 2). A matéria que não constitua expressamente objecto do recurso deve ser considerada como assente pelo Tribunal de Justiça, mesmo quando este julga definitivamente o litígio nos termos do artigo 54.º, primeiro parágrafo, do Estatuto.

21. Considerando que a RTE e a ITP não impugnaram o acórdão do Tribunal de Primeira Instância relativamente a estes dois pontos, a Comissão alega que os recursos não incidem sobre esta matéria e que, portanto, a IPO não pode invocar os fundamentos em questão.

22. Um interveniente apenas pode intervir em apoio do pedido de uma das partes, conforme o artigo 37.º, terceiro parágrafo, do

Estatuto. É também evidente que um interveniente num recurso para o Tribunal de Justiça apenas pode invocar fundamentos que incidam sobre o objecto do recurso e que já tenham sido deduzidos no Tribunal de Primeira Instância, conforme o artigo 51.º do Estatuto. A IPO respeitou estas duas condições uma vez que, em apoio do pedido da RTE e da ITP que visa a anulação do acórdão do Tribunal de Primeira Instância, alega fundamentos que constituíam matéria dos acórdãos do mesmo Tribunal. Assim, a questão é saber se a IPO está impedida de invocar estes fundamentos só pelo facto de os mesmos não terem sido alegados pelas recorrentes.

23. O artigo 93.º, n.º 4, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça dispõe que o interveniente aceita o processo no estado em que este se encontra no momento da sua intervenção. Esta disposição não pode ser interpretada no sentido de que o interveniente que interveio em primeira instância fique impedido de invocar fundamentos que não foram invocados pela parte em apoio da qual aquele interveio. O Tribunal de Justiça já declarou que tal interpretação privaria o incidente da intervenção de qualquer conteúdo (acórdãos de 23 de Fevereiro de 1961, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg*¹³, e de 22 de Março de 1961, *SNU-PAT*¹⁴).

24. O artigo 118.º do Regulamento de Processo dispõe que, sem prejuízo do disposto noutros artigos, o artigo 93.º é aplicável ao processo no Tribunal de Justiça que tenha por objecto um recurso de uma decisão do

13 — 30/59, Recueil, p. 37.

14 — 42/59 e 49/59, Recueil, p. 103.

Tribunal de Primeira Instância. Não existindo qualquer disposição expressa em contrário no Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, isto significa, em minha opinião, que também em instância de recurso para o Tribunal de Justiça o artigo 93.º deve ser interpretado no sentido de que um interveniente pode invocar fundamentos que não tenham sido alegados pelos recorrentes.

D — O Tribunal de Primeira Instância interpretou erradamente o conceito de abuso de posição dominante?

25. A Comissão declara na sua decisão que a recusa por parte da ITP e da RTE em conceder as licenças constitui um abuso de posição dominante destas sociedades. Esta afirmação foi confirmada pelo Tribunal de Primeira Instância. Nos seus acórdãos, o Tribunal de Primeira Instância toma como ponto de partida a jurisprudência do Tribunal de Justiça respeitante à relação entre as normas do Tratado relativas à livre circulação de mercadorias e os direitos imateriais baseados na lei nacional, e os conceitos do objecto específico e a função essencial do direito de autor constituíram elementos importantes para a fundamentação do Tribunal.

26. Como adiante será exposto, esta abordagem é fundamentalmente correcta. Contudo, suscita-se a questão de saber se a estrutura conceptual utilizada pelo Tribunal de Primeira Instância foi em todas as vertentes formulada e aplicada de forma adequada. As petições apresentadas nos presentes recursos

mostram que a estrutura conceptual suscitou problemas e designadamente quanto a este ponto as decisões do Tribunal foram criticadas na doutrina¹⁵. Nas três secções seguintes irei ocupar-me do conceito de objecto específico e na minha apreciação das decisões do Tribunal de Primeira Instância na secção d) tomarei posição sobre o significado do conceito de função essencial.

a) *O conceito de objecto específico é relevante para efeitos de uma apreciação nos termos do artigo 86.º do Tratado?*

27. Numa série de acórdãos relativos aos artigos 30.º e 36.º do Tratado, o Tribunal de Justiça pronunciou-se sobre a ponderação do interesse da livre circulação de mercadorias, por um lado, e o interesse da protecção dos direitos imateriais, por outro. O Tribunal de Justiça procede a esta ponderação considerando que o artigo 36.º apenas permite derrogações ao princípio fundamental da livre circulação de mercadorias no mercado comum na medida em que tais derrogações se baseiam no interesse da protecção dos

15 — V., entre outros, Georges Bonet, *Revue trimestrelle de droit européen*, 1993, pp.525-533; Thierry Desurmont, *Revue Internationale du droit d'Autem*, 151, Janeiro de 1992, pp.216-272; Ian S. Forrester, *European Competition Law review*, 1992, pp.5-20; André Françon, *Revue trimestrelle de droit commercial et de droit économique*, 1992, pp.372-376; Marie-Angèle Hermite, *Journal du droit international*, 1992, pp.471-477; Ronald E. Myrick, *European Intellectual Property Review*, 1992, pp.298-304; Jonathan Smith, *European Competition Law Review*, pp.135-138; Romano Subiotto, *European Competition Law Review*, 1992, pp.234-244; Thomas C. Vinje, *European Intellectual Property Review*, 1992, pp.397-402; Michel Waelbroeck, *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1992, pp.134-137 (B. Hawk, ed. 1992).

direitos que constituem o *objecto específico* do direito imaterial em questão ¹⁶.

28. A aplicação do conceito de *objecto específico* é expressa pelo raciocínio de que em relação a cada direito imaterial é possível estabelecer uma série de prerrogativas essenciais de que o titular daquele direito goza nos termos da lei nacional e cujo exercício não é afectado pelas normas do Tratado.

29. A questão é saber se uma ponderação, nos termos do artigo 86.º do Tratado, do interesse da concorrência não distorcida, por um lado, e do interesse da protecção dos direitos imateriais, por outro, deve da mesma forma tomar como ponto de partida a determinação do que constitui o *objecto específico* do direito imaterial em questão.

30. O Tribunal de Primeira Instância, nos seus acórdãos, respondeu afirmativamente a estas questões, declarando «que apenas as restrições à livre concorrência ou à livre circulação de mercadorias ou de serviços, inerentes à protecção da própria substância do direito de propriedade intelectual, são admi-

tidas em direito comunitário» (n.º 69 no acórdão RTE, n.º 54 no acórdão ITP) ¹⁷.

31. Esta conclusão está certa à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça.

No seu acórdão de 13 de Julho de 1966, Consten e Grundig ¹⁸, o Tribunal de Justiça pronunciou-se sobre a compatibilidade com o artigo 85.º do Tratado, que proíbe acordos anticoncorrenciais, de um exercício de direitos de marca nacionais. O Tribunal tomou como ponto de partida o artigo 222.º do Tratado, que dispõe: «o presente Tratado em nada prejudica o regime da propriedade nos Estados-Membros», e daí estabeleceu uma distinção entre a *existência* de direitos de marca, que não é afectada pelo artigo 85.º, e o *exercício* desses direitos, que é limitado na medida necessária para conferir efeitos à proibição prevista no artigo 85.º O mesmo raciocínio numa formulação ligeiramente diferente foi expresso no acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de Fevereiro de 1968,

17 — Contudo, a argumentação do Tribunal de Primeira Instância quanto a este ponto não é inteiramente convincente. O Tribunal extrai esta conclusão do «artigo 36.º, como foi interpretado pelo Tribunal de Justiça à luz dos objectivos prosseguidos pelos artigos 85.º e 86.º, bem como pelas disposições referentes à livre circulação de mercadorias ou de serviços». É exacto que o Tribunal de Justiça declarou que os artigos 30.º e 36.º devem ser interpretados «na perspectiva dos objectivos e das acções da Comunidade tal como são definidos pelos artigos 2.º e 3.º do Tratado CEE» (acórdão de 9 de Fevereiro de 1982, Polydor, 270/80, Recueil, p. 329, n.º 16) e que «os artigos 2.º e 3.º do Tratado têm como objectivo a criação de um mercado em que as mercadorias circulem livremente, em condições de concorrência não falseadas... o que implica que o aspecto concorrencial que figura no artigo 3.º, alínea f), deve ser levado em devida conta» (acórdão de 9 de Março de 1991, França/Comissão, C-202/88, Colect., p. I-1223, n.º 41). O facto de na interpretação do artigo 36.º dever ser tomado em conta o objectivo do Tratado duma concorrência não falseada não justifica, em minha opinião, a conclusão *a contrario sensu* de que o conceito de *objecto específico* é necessariamente relevante para uma apreciação nos termos do artigo 86.º

18 — 56/64 e 58/64, Colect. 1965-1968, p. 423.

16 — V., por exemplo, acórdão de 8 de Junho de 1971, Deutsche Grammophon (78/70, Recueil, p. 487), relativo a um direito similar ao direito de autor, e acórdãos de 30 de Outubro de 1974, Centrafarm/Sterling Drug (15/74, Recueil, p. 1147), que incidia sobre patentes, Centrafarm/Winthrop (16/74, Recueil, p. 1183), que incidia sobre marcas comerciais.

Parke Davis, que incide tanto sobre o artigo 85.º como sobre o artigo 86.º¹⁹.

A distinção entre a existência de direitos imateriais e o seu exercício foi reiterada numa série de acórdãos relativos tanto às regras de concorrência como às regras sobre a livre circulação de mercadorias²⁰. Pode deduzir-se dos acórdãos citados em último lugar que o conceito de objecto específico foi desenvolvido para efeitos de aplicação desta distinção²¹. O exercício de prerrogativas abrangidas pelo objecto específico do direito imaterial relacionar-se-á com a sua existência. Por outras palavras, a distinção entre a existência e o exercício de direitos e a aplicação do conceito de objecto específico são basicamente expressões da mesma abordagem conceptual. Em minha opinião, a distinção entre a existência e o exercício de direitos não tem significado autónomo para resolver questões concretas de delimitação. Em acórdãos mais recentes referentes à livre circulação de mercadorias, o Tribunal de Justiça não considerou necessário fazer referência a esta distinção²².

Em acórdãos mais recentes sobre as regras de concorrência, o Tribunal de Justiça toma como ponto de partida a determinação das prerrogativas que constituem o objecto específico do direito imaterial em questão (v. em

particular o acórdão de 15 de Outubro de 1988, Volvo, que é relativo ao artigo 86.º do Tratado²³).

32. Desta forma, na tomada de posição sobre os presentes casos, o ponto de partida deve ser a definição do *objecto específico* do direito de autor, conceito que é utilizado na jurisprudência do Tribunal de Justiça como sinónimo dos conceitos de *própria substância* do direito de autor e de *prerrogativas essenciais* do titular do direito de autor²⁴.

b) O objecto específico do direito de autor

33. No que se refere à determinação do objecto específico do direito de autor, o Tribunal de Primeira Instância remeteu designadamente para o acórdão do Tribunal de Justiça e 17 de Maio de 1988, Warner Brothers, no qual o Tribunal de Justiça declarou que as obras literárias e artísticas podem ser objecto de exploração comercial, quer pela via de representações públicas quer pela via da reprodução e da colocação em circulação dos

19 — 24/67, Colect. 1965-1968, p. 751.

20 — V. a este propósito o acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Fevereiro de 1971, Sirena (40/70, Recueil, p. 69, n.º 5).

21 — V. nomeadamente os acórdãos Deutsche Grammophon (n.º 11), de 23 de Maio de 1978, Hoffmann-La Roche (102/77, Recueil, p. 1139, n.º 6), e de 22 de Janeiro de 1981, Dansk Supermarked (58/80, Recueil, p. 181, n.º 11).

22 — V. em particular o acórdão de 17 de Outubro de 1990, HAG GF (C-10/89, Colect, p. I-3711) e comparar com as conclusões do advogado-geral Jacobs neste processo, ponto 11.

23 — 238/87, Colect., p. 6211, n.º 8; comparar também o acórdão de 5 de Outubro de 1988, CICRA (53/87, Colect., p. 6039, n.º 11 e 15). No que se refere ao artigo 85.º, v. acórdão de 25 de Fevereiro de 1986, Windsurfing (193/83, Colect., p. 611, n.º 45).

24 — Não é conveniente a utilização a este título de uma terminologia diferente. Isto é desde logo revelado, como adiante referirei, pela confusão que se apresentou nos presentes processos. A ITP criticou, em minha opinião com razão, o acórdão do Tribunal de Primeira Instância na medida em que no n.º 54 remete para a própria substância («la substance même») do direito de propriedade intelectual, no n.º 55 remete para o objecto específico («l'object spécifique») do direito de autor, ao mesmo tempo que é citado o acórdão Warner Brothers, o qual utiliza a expressão prerrogativas essenciais («les deux prérogatives essentielles») do titular do direito de autor e finalmente o n.º 59 refere novamente a própria substância do direito de autor (os respectivos números no acórdão RTE são 69, 70 e 74).

suportes materiais dessa reprodução e daí concluiu: «as duas prerrogativas essenciais do autor, o direito exclusivo de representação e o direito exclusivo de reprodução, não são postas em causa pelas normas do Tratado»²⁵ (n.º 70 do acórdão RTE e n.º 55 do acórdão ITP).

34. Não é controvertido nos autos que o *direito exclusivo de reprodução* da obra protegida constitui parte do objecto específico do direito de autor.

35. A RTE, a ITP e a IPO criticaram os acórdãos do Tribunal de Primeira Instância pelo facto de nos mesmos se declarar que a «função essencial» do direito de autor é «assegurar a protecção moral²⁶ da obra e a remuneração do esforço criativo» (n.º 71 do acórdão RTE e n.º 56 do acórdão ITP). Alegam que o Tribunal de Primeira Instância modificou desta forma a definição do objecto específico do direito de autor e «omitiu» o direito exclusivo de reprodução da obra e o seu corolário, o direito da sua primeira exploração comercial.

36. Esta crítica dos acórdãos do Tribunal de Primeira Instância não tem razão de ser. Como foi alegado pela Comissão, o conceito de *função essencial*, que em dinamarquês também é traduzido por *função decisiva*,²⁷ é diferente do conceito de objecto específico. Os dois conceitos têm finalidades diferentes.

Na sua jurisprudência relativa aos artigos 30.º e 36.º do Tratado, o Tribunal de Justiça tem utilizado os dois conceitos ao mesmo tempo e declarado que para determinar o alcance exacto dos direitos conferidos ao titular de um direito imaterial, isto é, para delimitar o objecto específico, deve ser tomada em consideração a função essencial do direito²⁸.

37. Não existe assim contradição entre declarar que o objecto específico do direito de autor inclui o direito exclusivo de reprodução da obra e o seu corolário, o direito de primeira exploração comercial da obra e declarar que a função essencial do direito de autor é assegurar a protecção moral da obra e a remuneração do esforço criativo.

c) *O artigo 86.º do Tratado é aplicável ao exercício de prerrogativas abrangidas pelo objecto específico do direito de autor?*

38. É evidente que um direito exclusivo de reprodução da obra protegida tem como corolário um direito de recusar a concessão de licenças. Desta forma, o direito de recusar licenças está abrangido pelo objecto específico do direito de autor. Isto foi confirmado pelo acórdão Volvo²⁹, relativo a produtos protegidos por um modelo industrial. O Tribunal de Justiça declarou neste acórdão que:

25 — 158/86, Colect., p. 2605, n.º 13. V. também acórdão de 24 de Janeiro de 1989, EMI Electrola (341/87, Colect., p. 79, n.º 7).

26 — Apenas interessa ao texto dinamarquês.

27 — Apenas interessa ao texto dinamarquês.

28 — V. designadamente acórdão HAG GF (n.º 14).

29 — Já referido, nota 23.

«Impor ao titular do modelo industrial protegido a obrigação de conceder a terceiros, mesmo com *royalties* razoáveis a título de compensação, uma licença para o fornecimento de produtos integrantes do modelo industrial, teria por consequência privar aquele titular de parte essencial do seu direito exclusivo» e «a recusa de concessão de semelhante licença não pode constituir, *sem mais*, um abuso de posição dominante» (n.º 8, o sublinhado é meu).

39. Nos presentes casos também não é contestado que o exercício do direito exclusivo de reprodução através da recusa de concessão de licenças não constitui, *sem mais*, um abuso de posição dominante. A Comissão salientou estar de acordo sobre este ponto.

40. A questão controvertida central e essencial destes processos é a de saber se e em caso afirmativo em que circunstâncias a recusa de uma licença — isto é, o exercício de uma prerrogativa abrangida pelo objecto específico do direito de autor — pode, não obstante este ponto de partida, constituir um abuso de posição dominante. A questão é se podem existir tais *circunstâncias especiais* ligadas à concessão de uma licença que possam deixar de ser consideradas como uma *recusa da licença, sem mais*. Se o artigo 86.º for aplicável no caso de uma empresa dominante *mais não ter feito do que recusar a concessão de licenças*, mas em que existiam circunstâncias especiais ligadas à recusa da licença, a situação poderá apresentar-se de forma a que só possa ser posto termo à violação do artigo 86.º através da concessão de licenças. A imposição de conceder licenças

significa, como o Tribunal de Justiça declarou no acórdão Volvo, *colidir com prerrogativas que são abrangidas pelo objecto específico*. O titular do direito de autor deixa de poder manter o direito exclusivo de reprodução da obra protegida, devendo contentar-se em cobrar *royalties*.

41. A RTE e a ITP, apoiadas pela IPO, alegam que *mais não fizeram do que recusar a concessão de licenças*, e que tal exercício de prerrogativas abrangidas pelo objecto específico do direito de autor não pode ser afectado pelo artigo 86.º

42. A Comissão alega que o exercício de prerrogativas abrangidas pelo objecto específico do direito de autor pode ser contrário ao artigo 86.º se tal exercício tiver lugar em circunstâncias especiais. A Comissão sublinha que o objecto específico do direito de autor não é imune e que não pode impedir que se actue contra um abuso de posição dominante unicamente porque o instrumento desse abuso é um direito imaterial.

43. A Comissão salienta nomeadamente que é natural tomar como ponto de partida a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa aos artigos 30.º e 36.º do Tratado, mas que esta jurisprudência não é decisiva para uma tomada de posição nos termos do artigo 86.º, uma vez que é importante não descurar que estes dois artigos têm funções e objectivos diferentes. Mesmo que a legislação nacional na qual se baseiam os direitos imateriais em questão seja compatível com o artigo 36.º, isto não exclui a possibilidade de o artigo

86.º ser aplicável ao exercício destes direitos. Os artigos 30.º e 36.º são dirigidos aos Estados-Membros e permitem apreciar se as disposições nacionais restringem a circulação de mercadorias. O artigo 86.º é dirigido às empresas dominantes que na sua conduta comercial devem estar sujeitas a exigências superiores às das outras empresas. Assim, as análises a elaborar e os critérios a aplicar não são os mesmos em relação aos artigos 30.º e 36.º e em relação ao artigo 86.º Uma análise nos termos dos artigos 30.º e 36.º é geral e aplica-se a todos os casos sujeitos às normas em questão, enquanto uma apreciação nos termos do artigo 86.º apenas incide sobre um caso específico relativamente ao qual são tomadas em conta as circunstâncias especiais de que o caso se reveste.

44. A jurisprudência do Tribunal de Justiça, como já foi dito na secção a), mostra que o ponto de partida para uma tomada de posição quanto ao exercício dos direitos imateriais em conformidade com os artigos 30.º e 36.º do Tratado e em conformidade com o artigo 86.º é o mesmo, nomeadamente quanto ao facto de ser possível identificar uma série de prerrogativas essenciais de que o titular de um determinado direito imaterial goza nos termos da lei nacional e cujo exercício não é afectado pelas regras do Tratado relativas à livre circulação de mercadorias e à concorrência não falseada. A questão é saber se se torna necessária uma formulação mais precisa deste ponto de partida no sentido de que um exercício de direitos que tem lugar em circunstâncias especiais pode constituir violação das normas do Tratado.

45. Dado que o conceito de objecto específico tem precisamente como finalidade definir as prerrogativas que não podem ser

afectadas pelas normas do Tratado, é natural que à primeira vista suscite problemas a aceitação de que é possível, com base no artigo 86.º, lesar prerrogativas que fazem parte do objecto específico.

46. Contudo, esta reacção parece antes de mais derivar de uma ideia errada da aplicação, pelo Tribunal de Justiça, do conceito de objecto específico na sua jurisprudência relativa aos artigos 30.º e 36.º Não existe uma definição do objecto específico estabelecida pelo Tribunal de Justiça que seja entendida em absoluto no sentido de que qualquer exercício de prerrogativas abrangidas pelo objecto específico em causa esteja imune perante o artigo 30.º A jurisprudência do Tribunal de Justiça mostra, em primeiro lugar, que podem suscitar-se questões sobre se determinadas prerrogativas — a este título novas, na medida em que não é certo que estejam abrangidas pela definição de objecto específico estabelecida pelo Tribunal de Justiça — devem ou não considerar-se abrangidas por esta definição³⁰. Por outro lado, a jurisprudência do Tribunal de Justiça mostra também — e isto é fundamental no presente contexto — que se podem suscitar questões sobre a medida em que uma prerrogativa que em princípio está abrangida pelo objecto específico é exercida em circunstâncias especiais tais que o seu exercício cria um entrave inaceitável à livre circulação de mercadorias e por esta razão não pode ser considerado como estando abrangido pelo objecto específico do direito imaterial.

47. A jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa aos artigos 30.º e 36.º mostra assim

30 — V., por exemplo, acórdão Warner Brothers.

que é possível e pode ser necessário definir com precisão em que medida uma prerrogativa está abrangida pelo objecto específico, mesmo quando esta é exercida em circunstâncias determinadas. O Tribunal de Justiça referiu em vários processos que pode ser necessário avaliar se uma conduta — o exercício de um direito abrangido pelo objecto específico — pode ver ser-lhe negada protecção pelo facto de poder ser considerada como o exercício abusivo de um direito na medida em que pode conduzir a uma compartimentação artificial do mercado comum.

48. Em casos pouco numerosos, o Tribunal de Justiça proferiu os seus acórdãos por forma a que esta definição precisa se apresente como uma excepção — uma *lesão de — a uma prerrogativa abrangida pelo objecto específico* do direito imaterial. Mas de forma geral, o Tribunal de Justiça aborda tais situações como uma questão relativa à *definição precisa da medida em que um direito está abrangido pelo objecto específico, mesmo quando é exercido em circunstâncias determinadas*.

49. Um exemplo de uma decisão que reveste a primeira das formas acima referidas é o acórdão Hoffmann-La Roche³¹, no qual o Tribunal de Justiça declarou que a função essencial da marca é garantir ao consumidor a identidade de origem do produto e que o direito de se opor a qualquer utilização da marca susceptível de falsear a garantia de origem faz parte, por extensão, do objecto específico do direito de marca (n.º 7). O Tribunal declarou seguidamente que se justifica nos termos do artigo 36.º, primeiro período, que

se reconheça ao titular da marca o direito de se opor a que um importador de um produto de marca aponha, após o recondicionamento do mesmo e sem autorização sua, a mesma marca na mesma embalagem (n.º 8). Contudo, o exercício de tal direito abrangido pelo objecto específico pode constituir uma restrição dissimulada ao comércio contrária ao artigo 36.º, segundo período, no caso de se provar que a utilização de direito de marca, pelo seu respectivo titular, dado o sistema de comercialização por ele aplicado, por exemplo, quando o mesmo produto é comercializado em diversos Estados-Membros em embalagens diferentes, contribui para compartimentar artificialmente os mercados dos diversos Estados-Membros (n.ºs 9 e 10). Em tais circunstâncias e desde que seja assegurada a garantia de proveniência enquanto função essencial da marca na medida em que o recondicionamento não tenha afectado o estado originário do produto, será contrário ao artigo 36.º o exercício pelo titular do seu direito de se opor à importação dos produtos reembalados (n.ºs 10 a 12)³².

50. O Tribunal de Justiça afirmou claramente a razão porque, quando se verificarem circunstâncias especiais, pode ser necessário definir com precisão o alcance do objecto específico de um direito imaterial no seu acórdão de 14 de Setembro de 1982, Keurkoop³³. O Tribunal de Justiça neste acórdão tomou como ponto de partida a constatação de que «a tutela da propriedade industrial e comercial estabelecida no artigo 36.º seria desprovida de significado se pudesse ser permitido a outra pessoa além do titular do

32 — V. correspondentemente o acórdão de 10 de Outubro de 1978, Centrafarm (3/78, Recueil, p. 1823).

33 — 144/81, Recueil, p. 2853. Relativamente a outros acórdãos em que esta era a questão decisiva, os mesmos são tratados adiante na secção d), subsecção cc).

31 — Já referido, nota 21.

direito ao modelo num Estado-Membro comercializar um produto que tenha um aspecto idêntico ao modelo protegido» (n.º 22). O Tribunal de Justiça declarou que as restrições à livre circulação de mercadorias devem ser justificadas em razão da protecção da propriedade industrial e comercial e que, nomeadamente, não podem constituir restrições dissimuladas ao comércio na acepção do artigo 36.º, segundo período, e declarou ainda:

«O artigo 36.º entende assim sublinhar que a conciliação entre as exigências da livre circulação de mercadorias e o respeito devido aos direitos de propriedade industrial e comercial deve ser realizada de modo tal que seja assegurada uma protecção ao *exercício legítimo*, relevando das interdições de importação 'justificadas' na acepção deste artigo, dos direitos conferidos pelas legislações nacionais, mas que seja recusado, por seu turno, a todo o *exercício abusivo* dos mesmos direitos, que seria de molde a manter ou a estabelecer compartimentações artificiais no interior do mercado comum³⁴. O exercício dos direitos de propriedade industrial e comercial conferidos pela legislação nacional deve, por conseguinte, ser limitado na medida necessária a esta conciliação» (n.º 24, o sublinhado é meu).

Nesta base e remetendo para a sua jurisprudência constante, o Tribunal de Justiça definiu com precisão o seu ponto de partida no

sentido de que o titular de um direito imaterial não pode invocar os direitos que lhe são conferidos pela legislação vigente num Estado-Membro para se opor à importação ou comercialização de um produto que tenha sido legalmente comercializado noutro Estado-Membro pelo próprio titular com o seu consentimento ou por uma pessoa jurídica ou economicamente dependente do titular do direito exclusivo (princípio do esgotamento)³⁵.

51. Uma vez que a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa aos artigos 30º e 36.º mostra que a sua definição de objecto específico não tem carácter absoluto, no sentido de que todo o exercício de direitos abrangidos pelo objecto específico seria imune perante o artigo 30.º, deve razoavelmente admitir-se que o artigo 86.º também pode afectar direitos que em princípio estão abran-

35 — Como resulta dos dois exemplos, em acórdãos desta espécie o Tribunal de Justiça tomou como ponto de partida o artigo 36.º, segundo período, do Tratado, segundo o qual os entraves ao comércio que sejam de outra forma justificados não devem constituir um meio de discriminação arbitrária ou uma restrição dissimulada ao comércio entre os Estados-Membros. Isto pode explicar a razão porque a jurisprudência do Tribunal de Justiça é por vezes sintetizada — mas em minha opinião nem sempre adequadamente — no sentido de que o exercício de um direito abrangido pelo objecto específico pode ser incompatível com os artigos 30.º e 36.º do Tratado se existir *abuso* desse direito. Por exemplo, nas conclusões do advogado-geral Mischo apresentadas em 21 de Junho de 1988 [CICRA, n.º 20, alínea c)] foi afirmado relativamente ao acórdão Keurkoop: «quando o titular de um modelo faz uma *'utilização abusiva'* do seu direito de se opor a importações (direito que, em si, resulta do objecto específico do modelo), não pode beneficiar da excepção ao princípio da livre circulação que está prevista no artigo 36.º». V. também as conclusões apresentadas pelo advogado-geral Tesauro em 9 de Junho de 1993 (Deutsche Renault, C-317/91, Colect., p. I-6227, n.º 8), nos quais vem afirmado: «na realidade, resulta da jurisprudência que os artigos 30.º e 36.º se opõem apenas a um *exercício manifestamente abusivo* dos direitos em questão», e onde se remete para o princípio do esgotamento como o exemplo mais importante desta jurisprudência. O Tribunal de Justiça declarou no seu acórdão Deutsche Renault que «a função do segundo período do artigo 36.º é impedir que as restrições ao comércio fundadas nos motivos referidos no primeiro período sejam *desviadas no seu fim* e utilizadas de forma a estabelecer discriminações em relação a mercadorias originárias de outros Estados-membros ou a protegerem indirectamente certas produções nacionais» (n.º 19, o sublinhado é meu).

34 — O Tribunal de Primeira Instância remete nos seus acórdãos para o acórdão Keurkoop. Contudo, na sua citação indirecta do número acima transcrito, o Tribunal de Primeira Instância acrescenta aqui — ao que parece por conta própria — «ou a prejudicar o regime da concorrência na Comunidade» (n.º 67 do acórdão RTE e n.º 52 do acórdão ITP).

gidos pelo objecto específico no caso de estes direitos serem exercidos em circunstâncias especiais³⁶.

numa posição dominante³⁹. Por outras palavras, há uma série de circunstâncias que apenas podem ter um significado no caso de derivarem de uma empresa dominante. Daqui é de deduzir que um determinado exercício de prerrogativas que em princípio estão abrangidas pelo objecto específico pode ser incompatível com o artigo 86.º, mesmo que essa conduta seja admissível nos termos dos artigos 30.º e 36.º

52. Como foi referido pela Comissão, é importante neste contexto salientar a diferença entre o âmbito de aplicação dos artigos 30.º e 36.º e o do artigo 86.º, na medida em que o artigo 30.º diz respeito a todas as empresas³⁷ e o artigo 86.º apenas se aplica às empresas em posição dominante. Verifica-se indubitavelmente que na sua conduta comercial as empresas dominantes estão sujeitas a exigências mais estritas do que as outras empresas³⁸. Com efeito, muitas formas de conduta comercial apenas afectam o funcionamento regular do mercado comum na medida em que são praticadas por empresas

53. Pela mesma razão, o mais adequado é que as restrições impostas, nos termos do artigo 86.º, ao exercício pelas empresas das prerrogativas que lhes são conferidas pela legislação nacional em matéria de direitos imateriais sejam tratadas como excepções ao — factos lesivos do — objecto específico do direito imaterial em questão e não como uma tomada de posição quanto à definição do âmbito do objecto específico derivada da análise dos artigos 30.º e 36.º Deve afirmar-se que, em princípio, o conceito do objecto específico tem o mesmo conteúdo e função relativamente às normas do Tratado sobre a livre circulação de mercadorias e sobre a concorrência não falseada. As empresas que não têm uma posição dominante podem continuar legalmente, nos termos do Tratado, a exercer as prerrogativas em questão, desde que as mesmas estejam abrangidas pelo objecto específico do direito imaterial respectivo e desde que as circunstâncias especiais em causa só sejam significativas para o

36 — Poderia questionar-se se é de atribuir algum significado ao facto de o artigo 86.º não conter uma disposição correspondente ao segundo período do artigo 36.º. Daí se poderia deduzir que o facto de não existir qualquer alteração do princípio estabelecido no artigo 222.º significa que, contrariamente à situação relativa aos artigos 30.º e 36.º, os direitos abrangidos pelo objecto específico são absolutamente imunes quando se trata da aplicação do artigo 86.º. Considero que este ponto de vista não é de aceitar uma vez que o artigo 86.º é em si uma norma relativa ao abuso de prerrogativas. Como adiante será referido, esta posição encontra apoio na jurisprudência do Tribunal de Justiça.

37 — É evidente que os artigos 30.º e 36.º do Tratado são dirigidos aos Estados-Membros e estabelecem exigências respeitantes ao conteúdo das suas leis. Mas, na realidade, os acordões da acima referida espécie servem para proibir um abuso por parte das empresas dos direitos que as mesmas têm nos termos das leis nacionais e que são por outro lado considerados incompatíveis com os artigos 30.º e 36.º do Tratado. As leis nacionais são incompatíveis com os artigos 30.º e 36.º do Tratado na medida em que permitam que prerrogativas que em princípio estão abrangidas pelo objecto específico possam ser exercidas nas circunstâncias especiais em questão.

38 — V. o acórdão de 9 de Novembro de 1983, Michelin (322/81, Recueil, p. 3461), no qual o Tribunal de Justiça declarou: «Com efeito, a verificação da existência de uma posição dominante não implica em si qualquer censura relativamente à empresa em questão, significando apenas que incumbe a esta, independentemente das causas de tal posição, uma responsabilidade particular de não lesar pelo seu comportamento uma concorrência efectiva e não falseada no mercado comum» (n.º 57).

39 — Como foi referido pela Comissão, a existência de uma conduta genérica que não está dependente da condição de a empresa em causa deter uma posição dominante pode, não obstante, constituir um abuso dessa posição: v. acórdão de 13 de Fevereiro de 1979, Hoffmann-La Roche/Comissão (85/76, Recueil, p. 461), e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Julho de 1990, Tetra Pak/Comissão (T-51/89, Colect., p. II-309), para os quais a Comissão remete. V. também o acórdão de 21 de Fevereiro de 1973, Continental Can/Comissão (6/72, Recueil, p. 215).

funcionamento regular do mercado comum no caso de as prerrogativas serem exercidas por uma empresa dominante ⁴⁰.

Justiça prosseguiu no seu acórdão Volvo como segue:

54. A jurisprudência do Tribunal de Justiça confirma que é possível lesar o objecto específico de um direito imaterial com base no artigo 86.º

55. Nos seus acórdãos, o Tribunal de Primeira Instância remeteu para os acórdãos Volvo e CICRA ⁴¹ (n.º 72 do acórdão RTE e n.º 57 do acórdão ITP). A questão de saber se estes acórdãos podem ser considerados como apoio à referida conclusão deu lugar a longas discussões nos articulados apresentados no Tribunal de Justiça.

56. Após ter declarado que a recusa de conceder licenças não pode em si constituir um abuso de posição dominante, o Tribunal de

«Há que salientar, porém, que o exercício do direito exclusivo pelo titular de um modelo industrial relativo a painéis de carroçaria de veículos automóveis pode ser proibido pelo artigo 86.º se der origem, por parte de uma empresa em posição dominante, a certos comportamentos abusivos, tais como *recusa arbitrária de fornecer* peças sobresselentes a garagens independentes, *a fixação dos preços das peças sobresselentes a um nível não equitativo*, ou a decisão de deixar de produzir peças sobresselentes para um determinado modelo, apesar de muitos veículos desse modelo ainda continuarem a circular...» (n.º 9, o sublinhado é meu) ⁴².

57. Nos dois primeiros exemplos referidos, a empresa dominante, para além de ter recusado as licenças, praticou actos complementares que não têm relação com o modelo registado e que em si mesmos são expressão de um abuso [v. adiante a secção f) sobre a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à recusa de fornecimento e v. o artigo 86.º, alínea a), quanto à imposição de preços não equitativos]. A característica destas situações, como foi designadamente alegado pela ITP, é que o titular do direito de modelo pode pôr termo à violação do artigo 86.º sem conceder uma licença para o seu modelo, quer restabelecendo os fornecimentos às pessoas a quem arbitrariamente recusou fornecer, quer reduzindo os seus preços. Assim, a aplicação do artigo 86.º a estas situações não significa que

40 — Desta forma não afigura judicioso que o Tribunal de Primeira Instância conclua nos seus acórdãos «que os factos censurados à recorrente não se prendem, segundo os critérios consagrados na jurisprudência invocada pelas partes, com a própria substância do direito de autor» (n.º 74 do acórdão RTE e n.º 59 do acórdão ITP, o sublinhado é meu). O objecto específico do direito de autor inclui sem qualquer reserva o direito de recusar a concessão de licenças e a imposição de uma licença obrigatória nos termos do artigo 86.º constitui *lesão do objecto específico*.

41 — Já referido, nota 23.

42 — V. correspondentemente o n.º 16 no acórdão CICRA.

se verifique uma lesão do objecto específico do direito de modelo ⁴³.

58. Na terceira situação, a empresa dominante também fez mais do que simplesmente recusar licenças, nomeadamente deixando de produzir a própria obra protegida, mas esta actuação é em si o exercício de uma prerrogativa abrangida pelo objecto específico do direito de modelo. O direito exclusivo de reproduzir a obra abrange assim não apenas a prerrogativa de recusar a concessão de licenças, mas também a prerrogativa de determinar livremente se, onde, quando e como a obra protegida será explorada, designadamente com o objectivo de obter dela a maior compensação possível ⁴⁴. Independentemente do facto de o titular do direito de modelo poder optar por pôr termo à violação do artigo 86.º através do restabelecimento da produção ou da concessão de licenças, o terceiro exemplo citado no acórdão Volvo mostra que o Tribunal de Justiça aceitou que é possível com base no artigo 86.º lesar prerrogativas abrangidas pelo objecto específico de um direito imaterial.

59. Não é controvertido nos autos que o artigo 86.º é aplicável no caso de uma empresa dominante exigir *royalties* não

razoáveis ou praticar uma *política de licenças discriminatória*. Como foi alegado pela Comissão, o Tribunal de Justiça, nos seus acórdãos de 9 de Abril de 1987, Basset ⁴⁵, e de 13 de Julho de 1989, Tournier ⁴⁶, declarou expressamente que a cobrança por uma sociedade nacional de gestão de direitos de autor de uma taxa não equitativa pela execução pública de obras musicais pode constituir um abuso de posição dominante. A Comissão alega que isto revela que é possível com base no artigo 86.º lesar prerrogativas que fazem parte do objecto específico.

60. A RTE e a ITP alegam por seu turno que as empresas dominantes nestas situações fizeram algo mais do que exercer meramente prerrogativas abrangidas pelo objecto específico e que a aplicação do artigo 86.º não afecta, portanto, o objecto específico do direito de autor. É difícil ver em que é que este algo mais difere da situação em que as prerrogativas abrangidas pelo objecto específico são exercidas em circunstâncias especiais. Nas referidas situações, em qualquer caso, não existe uma conduta abusiva autónoma que seja independente do exercício do direito imaterial em questão, como era o caso nos primeiros dois exemplos.

61. Em minha opinião, as taxas não equitativas sobre as licenças e a política de licenças discriminatória, como foi alegado pela Comissão, são na realidade exemplos que

43 — A Comissão alega que o segundo exemplo mostra que é possível lesar o objecto específico. A Comissão assimila desta forma a fixação de altos preços não razoáveis para os produtos produzidos com base num direito de modelo à cobrança de elevados *royalties* não razoáveis. Não concordo que estas duas situações possam ser assimiladas. No primeiro caso, a violação do artigo 86.º não depende de os produtos serem ou não protegidos por um direito de modelo. Só no segundo caso é que a aplicação do artigo 86.º significa lesão do objecto específico (v. adiante).

44 — V. a este propósito o acórdão de 9 de Julho de 1985, Pharmon (19/84, Recueil, p. 2281, n.º 25).

45 — 402/85, Colect., p. 1747.

46 — 395/87, Colect., p. 2521.

mostram que é possível com base no artigo 86.º lesar prerrogativas abrangidas pelo objecto específico no caso de estas prerrogativas serem exercidas em circunstâncias especiais. A empresa dominante nada mais fez do que exercer prerrogativas abrangidas pelo objecto específico, nomeadamente impondo a cobrança de taxas⁴⁷ e recusando a concessão de licenças. Mas o exercício destas prerrogativas tem lugar em circunstâncias especiais desde que a empresa exija taxas que são consideravelmente mais elevadas do que noutros Estados-Membros e recuse licenças ao mesmo tempo que são de facto concedidas licenças a outros. A aplicação do artigo 86.º nas duas situações significará uma lesão de prerrogativas abrangidas pelo objecto específico desde que a possibilidade de um titular determinar livremente a sua remuneração seja restringida e este seja obrigado a conceder uma licença a uma pessoa em relação à qual exerceu uma discriminação. Não existe motivo para definir a exigência de taxas não equitativas ou a política de concessão de licenças discriminatória como condutas que de forma geral estão fora do objecto específico do direito de autor e, assim, como condutas que potencialmente sejam incompatíveis com os artigos 30.º e 36.º, desde que tais condutas não afectem o funcionamento regular do mercado comum na medida em que são praticadas por empresas que não têm uma posição dominante e que além disso operam em conformidade

com as condições usuais no mercado (v. artigo 85.º)⁴⁸.

62. Resulta do exposto que o Tribunal de Justiça, tanto através da análise do artigo 86.º como dos artigos 30.º e 36.º, deve definir com precisão em que medida as prerrogativas que em princípio estão abrangidas pelo objecto específico são exercidas em circunstâncias especiais tais que criam restrições inaceitáveis à concorrência não falseada e à livre circulação de mercadorias.

63. A questão importante nos presentes processos é, naturalmente, saber quando se verificam tais circunstâncias especiais. Tomarei posição quanto a este ponto no contexto da minha apreciação dos acórdãos do Tribunal de Primeira Instância.

47 — V. a este propósito acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Março de 1980, Coditel e o. I (62/79), Recueil, p. 881, n.º 14), e de 6 de Outubro de 1982, Coditel e o. II (262/81, Recueil, p. 3381, n.º 12), nos quais o Tribunal de Justiça declarou que a possibilidade de um titular de um direito de autor de um filme exigir uma taxa por toda a representação pública deste filme faz parte da função essencial do direito de autor desta espécie de obra literária e artística. A utilização do conceito de função essencial neste contexto não é correcta, em minha opinião. Trata-se aqui de delimitar as prerrogativas que são legalmente conferidas ao titular do direito de autor, isto é, de definir o objecto específico do direito de autor. A função essencial do direito de autor é recompensar o esforço criativo do titular. No que se refere à definição e aplicação deste conceito, v. adiante a secção d).

48 — V. a este propósito o n.º 14 do acórdão Tournier no qual o Tribunal de Justiça declarou: «Quanto ao carácter abusivo ou discriminatório da taxa dos direitos, fixada de forma autónoma pela SACEM, deve ser apreciado à luz das regras de concorrência contidas nos artigos 85.º e 86.º. A taxa dos direitos não entra em linha de conta quando se trata de examinar a compatibilidade da legislação nacional em questão com os artigos 30.º e 59.º do Tratado.» V. também os n.ºs 18 e 19 do acórdão Basset. V. finalmente ainda em apoio da referida conclusão o acórdão Hoffmann-La Roche (n.º 16), e a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa ao artigo 85.º, nomeadamente os acórdãos Consten e Grundig, no qual o Tribunal de Justiça declarou: «O artigo 36.º, que limita o alcance das normas sobre a liberalização das trocas comerciais incluídas no título I, capítulo II, do Tratado, não pode limitar o âmbito de aplicação do artigo 85.º», assim como os acórdãos Parke Davis e Coditel e o. II (n.ºs 19 e 20)

d) *As razões do Tribunal de Primeira Instância para justificar a possibilidade de lesão do objecto específico do direito de autor: a função essencial do direito de autor*

64. O Tribunal de Primeira Instância exprimiu-se da forma seguinte quanto à possibilidade de lesão do objecto específico do direito de autor:

«Contudo, embora seja certo que o exercício do direito exclusivo de reprodução da obra protegida não apresenta, em si, carácter abusivo, já que o mesmo não ocorre quando resulte das circunstâncias de cada caso concreto que as condições e modalidades do exercício desse direito exclusivo de reprodução da obra protegida prosseguem, na realidade, uma finalidade manifestamente contrária aos objectivos do artigo 86.º Com efeito, em tal hipótese, o exercício do direito de autor já não corresponde à função essencial desse direito, na acepção do artigo 36.º do Tratado, que é a de assegurar a protecção moral da obra e a remuneração do esforço criativo, no respeito dos objectivos prosseguidos, em especial, pelo artigo 86.º... Nesse caso, o primado de que goza o direito comunitário, designadamente no que se refere a princípios tão fundamentais como os da livre circulação de mercadorias e da livre concorrência, prevalece sobre uma utilização, não conforme com esses princípios, de uma norma nacional adoptada em matéria de propriedade intelectual» (n.º 71 do acórdão RTE e n.º 56 do acórdão ITP).

65. O Tribunal de Primeira Instância chega desta forma à conclusão, em princípio, certa. Mas a exposição dos fundamentos da mesma pelo Tribunal suscita problemas em vários pontos.

aa) *A conduta que prossegue uma finalidade manifestamente contrária aos objectivos do artigo 86.º*

66. O Tribunal de Primeira Instância declara que o exercício do direito exclusivo de reproduzir a obra protegida constitui um abuso quando *à luz das circunstâncias específicas de cada caso concreto se revela que este direito é exercido em condições e formas tais que de facto prossegue uma finalidade manifestamente contrária aos objectivos do artigo 86.º*

67. O Tribunal de Primeira Instância parece, erradamente em minha opinião, partir do princípio de que o exercício do direito de autor constituirá um abuso de posição dominante na medida em que se demonstrar que este exercício prossegue uma finalidade manifestamente restritiva da concorrência. Como foi alegado em particular pela ITP, a finalidade do direito de autor é precisamente dar ao seu titular a possibilidade de restringir a concorrência e esta possibilidade também deve ser concedida a uma empresa dominante. O ponto de partida do Tribunal de Primeira Instância parece ser o de que a finalidade prosseguida pelo artigo 86.º tem mais peso do que a finalidade do direito de autor. Pelo que compreendo da jurisprudência do Tribunal de Justiça, o ponto de partida contrário é que está certo.

68. Isto não significa naturalmente que a questão sobre qual a finalidade prosseguida pela referida conduta não seja relevante para efeitos de aplicação do artigo 86.º Assim, não basta determinar se existe uma conduta restritiva da concorrência, na acepção do artigo 86.º, no caso de uma prerrogativa abrangida pelo objecto específico ser exercida em circunstâncias especiais. Neste caso é além disso necessário apreciar se existe em concreto uma justificação válida para o exercício da prerrogativa nas circunstâncias em questão ou se esse exercício apenas prossegue finalidades que são manifestamente contrárias ao artigo 86.º [v. adiante secção i)].

bb) *A definição da função essencial do direito de autor*

69. O Tribunal de Primeira Instância declara que *a função essencial do direito de autor é a de assegurar a protecção moral da obra e a remuneração do esforço criativo no respeito dos objectivos prosseguidos, em especial, pelo artigo 86.º*

70. O Tribunal de Primeira Instância parece aqui interpretar a finalidade prosseguida pelo artigo 86.º dentro de uma definição da função essencial do direito de autor. Esta interpretação não pode ser correcta. O conceito de função essencial é um conceito de direito comunitário, mas é baseado nas legislações nacionais sobre o direito de autor. É a expressão da visão que o Tribunal de Justiça

tem da finalidade essencial prosseguida pelas legislações nacionais sobre direitos de autor e aplica-se, como adiante será dito, designadamente para determinar se, nos termos do artigo 86.º, é possível lesar prerrogativas abrangidas pelo objecto específico do direito de autor. Assim, não faz sentido incorporar a finalidade das regras de concorrência na determinação da função essencial do direito de autor.

71. Em contrapartida, o Tribunal de Primeira Instância tem razão ao declarar que a função essencial do direito de autor é assegurar a protecção moral da obra e a remuneração do esforço criativo. No que toca à *remuneração do esforço criativo*, esta é apoiada, como declarou o Tribunal de Primeira Instância, pela jurisprudência do Tribunal de Justiça⁴⁹.

72. A ITP alegou que uma definição da função essencial do direito de autor que incluía *a protecção de um direito moral* conduz a que aqueles que obtiveram a concessão dos direitos do titular, como a ITP, não podem utilizar esses direitos, que são inalienáveis, e portanto não podem exercer o direito exclusivo de reprodução. Na audiência, contudo, a ITP esclareceu o seu ponto de vista declarando que pode aceitar que a finalidade do direito de autor é a protecção de interesses morais, desde que não sejam esquecidos os interesses económicos e

49 — N.º 71 do acórdão RTE e n.º 56 do acórdão ITP. O Tribunal de Primeira Instância remete em especial para a jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre patentes, mas não existe razão para tratar o direito de autor de forma diferente quanto a este aspecto. V. também os acórdãos referidos na nota 47.

comerciais ligados ao direito de autor, que são os únicos que interessam a um concessionário como a ITP.

73. É incontroverso que o direito de autor abrange direitos económicos e comerciais. Mas isto não é evidentemente incompatível com a afirmação de que o direito de autor também inclui direitos morais e que a protecção destes interesses é uma componente tão importante do direito de autor que deve ser necessariamente tomada em consideração na definição da função essencial do direito de autor. A protecção dos interesses morais está prevista nas legislações nacionais, ainda que o alcance dessa protecção possa variar de um país para outro. Contudo, incluirá como característica típica a protecção do direito de autor para invocar a sua autoria da obra e para se opor a quaisquer alterações prejudiciais à sua obra. Estas componentes do direito de autor são normalmente inalienáveis⁵⁰. Essa característica do direito de autor não afecta a possibilidade de a ITP exercer os direitos económicos e comerciais que lhe foram cedidos⁵¹.

74. Uma vez que o Tribunal de Primeira Instância não alterou a definição de objecto

específico quando definiu o conceito de função essencial [v. secção b) acima] parece que a própria definição da função essencial do direito de autor também não é controvertida nos presentes processos.

75. Em contrapartida, a ITP, a RTE e a IPO criticam a utilização feita pelo Tribunal de Primeira Instância do conceito de função essencial. Alegam que ao aplicar este conceito o Tribunal de Primeira Instância reduziu as prerrogativas do titular do direito de autor ao direito de explorar a obra protegida através de licenças.

cc) *A aplicação do conceito de função essencial*

76. O Tribunal de Primeira Instância refere que *no caso de o direito de autor deixar de corresponder à sua função essencial, o primado do direito comunitário prevalece sobre uma utilização, não conforme com os princípios da livre circulação das mercadorias e da livre concorrência, das normas nacionais em matéria de propriedade intelectual.*

77. Esta conclusão é em princípio acertada. É contudo necessário definir com precisão de que modo o conceito de função essencial é pertinente para tomar posição face ao artigo 86.º

50 — V. artigo 6.º-A, n.º 1, da Convenção de Berna que define o conteúdo da protecção moral da forma seguinte: «Independentemente dos direitos patrimoniais de autor, e mesmo após a cessão dos referidos direitos, o autor conserva o direito de reivindicar a paternidade da obra e de se opor a qualquer deformação, mutilação ou modificação da obra ou a qualquer outro atentado contra a mesma obra, prejudicial à sua honra ou à sua reputação.» V. também sobre «droit moral» o «Livro Verde» da Comissão relativo ao direito de autor e ao desafio tecnológico [COM(88) 172, edição definitiva de 21.2.1989, ponto 5.6.27].

51 — V. acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Janeiro de 1981, Musik-Vertrieb Membran (55/80 e 57/80, Recueil, p. 147, n.º 12).

78. Já acima entendi que se podia considerar assente que o artigo 86.º, tal como os artigos 30.º e 36.º, pode ser aplicável quando as prerrogativas abrangidas pelo objecto específico são exercidas em circunstâncias especiais. A questão importante, como foi dito, é a de saber como chega o Tribunal de Justiça à conclusão de que tais circunstâncias especiais se verificam. É neste contexto que o conceito de função essencial é pertinente.

79. A determinação das prerrogativas abrangidas pelo objecto específico assenta numa ponderação, por um lado, do interesse da protecção do direito de propriedade intelectual em questão e, por outro lado, do interesse da livre circulação das mercadorias ou da concorrência não falseada. A questão de saber se existem circunstâncias especiais que signifiquem que um exercício de prerrogativas abrangidas em princípio pelo objecto específico deve não obstante ser considerado incompatível com o direito comunitário depende de uma nova ponderação desses factores. O conceito de função essencial é um *conceito auxiliar*, que permite ao Tribunal de Justiça efectuar essas ponderações. Uma definição da função essencial do direito tem como objectivo determinar os interesses que devem ser ponderados com os interesses opostos da livre circulação de mercadorias ou da livre concorrência.

80. O facto de se tratar de uma ponderação não significa que ambos os interesses devam ser apreciados da mesma forma. A ponderação será sempre em benefício dos direitos imateriais. O Tratado parte expressamente do princípio de que os direitos imateriais podem

ser exercidos, mesmo que isso conduza a entraves ao comércio ou restrições à concorrência. Assim, se o exercício de um determinado direito imaterial for necessário para que tal direito possa cumprir a sua função essencial, este exercício não é afectado pelas normas do Tratado. Só no caso do exercício do direito não ser necessário para cumprir a sua função essencial é que o interesse do titular do direito no exercício do mesmo deve ceder perante o interesse da livre circulação de mercadorias ou o interesse da livre concorrência.

81. Contudo, a questão de saber o que é necessário para que a função essencial do direito imaterial seja preenchida não é um conceito absoluto mas relativo.

82. Assim, não é exacto, como a RTE, a ITP e a IPO parecem rezear, que uma lesão do direito de recusar licenças seja justificada pelo simples facto de o titular do direito de autor poder exigir *royalties* pelas licenças e obter assim uma remuneração do seu esforço criativo.

Pelo contrário, o ponto de partida para a ponderação do Tribunal de Justiça deve ser precisamente o de que as prerrogativas abrangidas pelo objecto específico são consideradas como necessárias para que o direito imaterial em causa possa cumprir a sua função essencial. O direito exclusivo de reprodução da obra e, portanto, o direito de recusar as licenças é necessário, em princípio, para garantir ao titular do direito de autor

uma remuneração suficiente do seu esforço criativo.

83. Contudo, a existência de circunstâncias determinadas pode significar que o interesse do titular do direito de autor tem menos peso, ou que o interesse da concorrência tem mais peso do que habitualmente. Em tal situação, é possível que uma ponderação nos termos do artigo 86.º revele que a possibilidade de exigir *royalties* pelas licenças é suficiente para garantir ao titular a remuneração do seu esforço criativo, pois a prerrogativa de recusar licenças não pode, nestas circunstâncias, ser considerada como necessária para que o direito cumpra a sua função essencial.

84. Ao mesmo tempo, revela-se que o conceito de função essencial estabelece um *limite absoluto* quanto à lesão que, nos termos do artigo 86.º, é possível causar às prerrogativas abrangidas pelo objecto específico. Não é admissível uma lesão que signifique que o autor não possa obter uma remuneração do seu esforço criativo ou que não seja assegurada a protecção moral que venha a encontrar o seu fundamento no direito nacional.

Este limite não será ultrapassado por uma obrigação de conceder licenças uma vez que será possível exigir *royalties* e que o autor não poderá ser impedido de intervir contra uma utilização ilegal ou lesiva da obra protegida pelo licenciado e que deve, além disso, ter a possibilidade de assegurar uma pro-

tecção moral da obra pela fixação de condições nesse sentido no contrato de licença⁵².

85. A jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa aos artigos 30.º e 36.º confirma que deve ser dado ao conceito de função essencial o significado aqui descrito⁵³.

O Tribunal de Justiça determina quais as prerrogativas que são abrangidas pelo objecto específico através da avaliação do que é necessário para cumprir a função essencial do direito imaterial em questão⁵⁴.

A presença de circunstâncias determinadas pode todavia significar que o interesse do

52 — Nota-se a este propósito que a protecção da relação moral específica entre o autor e a sua obra deve comportar o direito do titular de se opor em todas as circunstâncias à publicação da sua obra. O facto de a função essencial ser considerada como abrangendo a protecção moral da obra significa assim que o artigo 86.º não pode permitir que se imponha a uma empresa que conceda licenças em situações em que o autor não pretenda que a obra seja publicada. Este aspecto não é pertinente nos casos presentes, uma vez que a RTE e a ITP procedem elas próprias a tal publicação e, além disso, concedem toda uma série de licenças com vista a uma publicação parcial da obra.

53 — Ver-se-á contudo que o Tribunal de Justiça, nalguns acórdãos, se limita a referir os interesses que constituem função essencial do direito de propriedade intelectual em questão, sem aplicar expressamente este conceito.

54 — V., por exemplo, os acórdãos HAG GF (n.º 14), Warner Brothers e Metronome video (n.º 15), Pharmon/Hoechst (n.º 26); de 3 de Dezembro de 1981, Pfizer (1/81, Recueil, p. 2913, n.º 7, 8 e 9); de 14 de Julho de 1981 Merck (187/80, Recueil, p. 2063, n.º 10); Centrafarm (n.º 11), e Hoffmann-La Roche (n.º 7). O último acórdão citado é referido mais em detalhe acima no ponto 49.

titular do direito tem menos peso e/ou que o interesse da livre circulação de mercadorias tem mais peso, do que o habitual, e que a ponderação pode assim levar à constatação de que o exercício do direito nestas circunstâncias é considerado incompatível com as normas do Tratado. Como acima foi descrito na secção c), tal exercício será em geral definido, no contexto de uma tomada de posição quanto aos artigos 30.º e 36.º, como uma conduta que não é abrangida pelo objecto específico⁵⁵. Os acórdãos deste teor são a expressão de que o Tribunal de Justiça considerou que o exercício de prerrogativas que em princípio estão abrangidas pelo objecto específico não era necessário nas circunstâncias em questão, para que o direito de propriedade intelectual pudesse cumprir a sua função essencial.

Contudo, o Tribunal de Justiça também declarou numa série de casos que o exercício de prerrogativas abrangidas pelo objecto específico deve, mesmo em circunstâncias determinadas, ser considerado como necessário para que o direito imaterial em causa cumpra a sua função essencial⁵⁶.

86. Foi necessário demonstrar acima que em princípio não é de excluir que, com base no

55 — V. por exemplo o n.º 15 no acórdão HAG GF, o n.º 23 no acórdão Pharmon, os n.ºs 10 e 11 no acórdão Pfizer, os n.ºs 11 e 13 no acórdão Merck, os n.ºs 19 a 23 no acórdão Centrafarm, o n.º 9 no acórdão Hoffmann-La Roche, assim como os acórdãos do Tribunal de Justiça de 3 de Março de 1988, Allen & Hanburys (434/85, Colect., p. 1245, n.ºs 14 a 23), Musik-Vertrieb Membran (n.ºs 14 a 18), e de 20 de Junho de 1976, Terrapin (119/75, Recueil, p. 1039, n.º 6).

56 — V., por exemplo, n.º 16 no acórdão HAG GF, o n.º 18 no acórdão Warner Brothers, os n.ºs 25 e 26 no acórdão Pharmon, os n.ºs 12-18 no acórdão Centrafarm, os n.ºs 10, 11 e 12 no acórdão Hoffmann-La Roche, e o n.º 17 no acórdão Terrapin.

artigo 86.º, seja lesada uma prerrogativa que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, está abrangida pelo objecto específico do direito de autor e, neste contexto, referir a importância do conceito da função essencial do direito de autor.

Existe aqui um risco inerente de se poder criar a ideia de que o conceito de objecto específico foi de tal forma relativizado que deixa de ter qualquer significado real. Tal ponto de vista é errado. Uma vez determinado o conteúdo do objecto específico do direito de autor, este é sempre o ponto de partida da apreciação do Tribunal de Justiça, e é evidente que devem ser apresentados motivos substanciais e ponderosos para que as prerrogativas abrangidas pelo objecto específico de direito de autor possam ser consideradas como exercidas num sentido incompatível com as normas do Tratado.

87. No que diz respeito especificamente ao direito de recusar licenças, é evidente que uma obrigação de conceder licenças constitui uma *lesão séria* do direito de autor, pois este último fica reduzido a um direito a uma remuneração económica. São assim necessárias *razões de concorrência particularmente ponderosas e qualificadas* para se poder considerar que o direito de recusar licenças foi exercido em circunstâncias que excluem que este exercício possa ser considerado como necessário para permitir que o direito de autor cumpra a função essencial.

88. Nas secções seguintes será analisado se as circunstâncias invocadas pelo Tribunal de Primeira Instância nos seus acórdãos como circunstâncias especiais que podem justificar a aplicação do artigo 86.º preenchem esta condição.

e) *A entrada no mercado de um produto novo para o qual existe uma importante procura potencial por parte dos consumidores*

89. No seu acórdão, o Tribunal de Primeira Instância salientou que cada uma das empresas, a RTE e a ITP, «ao reservar para si a exclusividade da publicação das suas listas de programas semanais de televisão, colocou um entrave ao aparecimento no mercado de um novo produto, a saber, uma revista geral de televisão, susceptível de entrar em concorrência com a sua própria revista» e «para o qual existe uma procura potencial por parte dos consumidores» (n.º 73 do acórdão RTE e n.º 58 do acórdão ITP).

90. Foi claramente decisivo para a aplicação do artigo 86.º nos presentes processos o facto de a RTE e a ITP terem, pelo seu comportamento, impedido o aparecimento de um *produto novo*. Ninguém põe em dúvida que a RTE e a ITP tinham o direito de exercer o seu direito de autor com vista a impedir o aparecimento de guias de programas de televisão correspondentes aos seus respectivos guias. A Comissão precisou na sua decisão que havia infracção ao artigo 86.º na medida em que a política e a prática das sociedades

impedia a publicação de um guia TV geral, e esta decisão deve ser interpretada no sentido de que a obrigação imposta às sociedades de conceder licenças relativas às suas listas de programas só vale na medida em que estas listas devam ser utilizadas para publicação de guias TV semanais gerais⁵⁷.

91. As considerações ligadas ao interesse dos consumidores em que surja no mercado um produto novo são indubitavelmente pertinentes para determinar se existe uma conduta restritiva da concorrência na acepção do artigo 86.º Como salientou a Comissão, o artigo 86.º, alínea b), dispõe que um abuso de posição dominante pode nomeadamente consistir em «limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores»⁵⁸.

92. Assim, podem à primeira vista existir boas razões para considerar que se está perante uma circunstância especial susceptível de permitir qualificar o exercício de prerrogativas abrangidas pelo objecto específico do direito como um abuso quando este exercício vise impedir o aparecimento no mercado de um produto novo. Contudo, uma apreciação mais atenta mostra que essa

57 — Na sua decisão, a Comissão teve a preocupação de demonstrar que a situação noutros Estados-Membros e a experiência — ainda que limitada — da publicação do *Magill TV Guide* tinham provado que existia no mercado uma procura potencial importante de guias gerais de televisão. Nos processos no Tribunal de Primeira Instância, as recorrentes contestaram que a Comissão tenha feito prova quanto a este aspecto (n.º 37 do acórdão RTE e n.º 2 do acórdão ITP). Em minha opinião, os elementos fornecidos pela Comissão contêm suficientes provas desta procura potencial.

58 — A Comissão remeteu quanto a este ponto para o acórdão *Tetra Pak/Comissão*.

conclusão só é fundada se se proceder a uma qualificação do conceito de produto novo.

93. A primeira condição para que se possa estar perante um produto novo é evidentemente que o produto não exista no mercado em questão⁵⁹. Mas isto não pode só por si bastar para impor a um titular do direito de autor que conceda licenças, como se verá adiante no que se refere aos produtos que o titular tem a possibilidade de fabricar por si só, mas que optou por não fabricar actualmente. No contexto das circunstâncias dos presentes processos é necessário questionar se para considerar um produto como novo basta que se esteja perante um produto que o titular do direito de autor não tem possibilidade de fabricar ele próprio, por exemplo porque o seu fabrico pressupõe licenças de utilização de outras obras protegidas pelo direito de autor. Ou então é necessário questionar se o critério pertinente é, pelo contrário, saber em que medida o produto em questão está em concorrência com o produto do titular do direito de autor.

59 — Se as empresas tivessem optado por apresentar em comum um guia de televisão geral, mas recusado por outro lado aos terceiros esta possibilidade, em qualquer hipótese seria de excluir que se justificasse uma lesão do objecto específico alegando que a conduta das empresas tinha impedido o aparecimento no mercado de um produto novo. Mas tal conduta poderia representar uma política de licenças discriminatória e, por este facto, ser incompatível com o artigo 86.º Em qualquer caso, é o ponto de vista da Comissão quando no n.º 27 da sua decisão declara: «limitar a ordem ao fornecimento destas listas à ITP, BBC e RTE, *inter se* constituiria uma discriminação em relação aos terceiros que desejam produzir um guia semanal geral, de uma forma que não seria compatível com o artigo 86.º» A ITP e a RTE não contestaram a decisão da Comissão quanto a este ponto e portanto não há que tomar posição sobre a viabilidade ou não do ponto de vista da Comissão. Parece que a legislação britânica foi alterada no sentido de que é necessário conceder licenças a todas as partes interessadas, e a RTE optou mesmo por oferecer de forma geral licenças relativas às suas próprias listas de programas.

94. A Comissão contesta que tenha qualquer relevância, para a qualificação do produto como novo, o facto de o produto em causa ser concorrente dos produtos do titular do direito de autor⁶⁰.

95. Não me parece sustentável o ponto de vista da Comissão.

96. Em minha opinião, é lógico considerar que existe um abuso de posição dominante quando um titular de um direito de autor se serve do mesmo para impedir o aparecimento no mercado de um produto que *não está em concorrência* com o produto do titular, uma vez que esse produto corresponde, para os consumidores, a necessidades diversas das que são satisfeitas graças ao produto do titular.

97. Sucede precisamente o contrário, em minha opinião, se o direito de autor for usado para impedir o aparecimento no mercado de um produto fabricado com o auxílio da obra protegida pelo direito de autor e que está em concorrência com os produtos fabricados pelo próprio titular. Mesmo que se trate de um produto novo e melhor, o

60 — A Comissão afirma que a posição que adopta no caso em apreço corresponde à sua prática anterior. Assim, em 1984, a Comissão suspendeu o processo instaurado contra a IBM, após esta sociedade ter assumido o compromisso — renovado e ampliado em Dezembro de 1988 — de pôr à disposição dos seus concorrentes informações sobre o funcionamento dos seus computadores do tipo Sistema/370. Sem estas informações, as empresas concorrentes podiam ser impedidas de aceder ao mercado dos produtos que concorriam com os da IBM (*Décimo Quarto Relatório sobre a Política de Concorrência*, 1984, p. 79). Segundo a ITP, o processo IBM dizia todavia respeito exclusivamente ao fornecimento de informações, sem tocar em direitos imateriais.

interesse dos consumidores não pode em tal situação justificar uma lesão do objecto específico do direito de autor. Quando se trata de um produto que no essencial satisfaz junto dos consumidores a mesma necessidade que o produto protegido, o interesse do titular do direito de autor adquire bastante peso. Mesmo que o mercado seja restringido em prejuízo dos consumidores, o direito de recusar licenças em tal situação deve ser considerado como necessário para garantir ao autor a remuneração do seu esforço criativo.

98. A RTE e a ITP não têm a possibilidade de produzir elas próprias um guia TV semanal geral. Mas um guia TV semanal geral, como também alegou a Comissão, entrará sem dúvida em concorrência com os seus respectivos guias semanais. Um guia TV semanal geral será ao mesmo tempo mais barato e mais fácil de ler, mas responderá essencialmente, junto dos consumidores, à mesma necessidade que a que pode ser satisfeita pela compra de um guia TV semanal de cada organismo de teledifusão. Nestas circunstâncias, o interesse dos consumidores deve ceder perante o interesse do titular do direito de autor. Não existe um produto novo na acepção que poderia ser relevante para aplicação do artigo 86.º e, assim, não existe uma circunstância especial que permita justificar uma lesão do objecto específico.

99. Além disso, em minha opinião, foi erradamente que o Tribunal de Primeira Instância comparou a situação do caso em apreço com a descrita pelo Tribunal de Justiça, como terceiro exemplo de conduta abusiva, nos

seus acórdãos Volvo e CICRA. O Tribunal de Primeira Instância declarou o seguinte nos seus acórdãos:

«Acrece que o comportamento censurado à recorrente se opunha radicalmente ao aparecimento no mercado de um certo tipo de produtos, as revistas gerais de televisão. Por conseguinte, na medida em que se caracterizava mais especialmente, nesse aspecto, pela falta de tomada em consideração das necessidades dos consumidores, o comportamento censurado apresentava também uma certa similitude com a hipótese... da decisão eventual de um fabricante de automóveis de deixar de fabricar peças sobresselentes para certos modelos, apesar de ainda subsistir a sua procura no mercado» (n.º 74 do acórdão RTE e n.º 59 do acórdão ITP).

100. Este exemplo refere-se a produtos que o titular do direito de autor tem a possibilidade de fabricar ele próprio com base no seu direito de autor mas que optou por não fabricar actualmente. O exemplo mostra que isto pode constituir um abuso de posição dominante quando o titular de um direito de modelo recusa conceder licenças e se abstém simultaneamente, por seu turno, de fabricar os produtos protegidos pelo direito de modelo. Estas duas prerrogativas estão abrangidas, como acima foi dito, pelo objecto específico do direito de modelo.

101. Mas este exemplo dificilmente pode ser considerado em apoio da tese segundo a qual

existe em si um abuso de posição dominante quando o titular de um direito de autor deixa de fabricar um produto recusando ao mesmo tempo a outros licenças para tais produtos. Não é possível afirmar que uma empresa em posição dominante tenha uma obrigação geral de fabricar os produtos protegidos pelo direito de autor ou então de conceder licenças para estes produtos. Tal obrigação só pode existir em presença de circunstâncias especiais a acrescentar à circunstância de os consumidores não poderem obter o produto ⁶¹.

Parece-me evidente que o que o Tribunal de Justiça considerou decisivo é que existe nos consumidores uma dependência especial relativamente a um produto quando um fabricante de veículos automóveis deixa de fabricar peças de substituição para um modelo de veículo determinado, mesmo que ainda esteja em circulação um grande número de veículos desse modelo, e quando a falta de acesso às peças de substituição pode assim obrigar os consumidores a adquirir um veículo inteiramente novo. O produtor criou ele próprio a necessidade de peças de substituição e abusa do seu direito de modelo quando dele se serve para impedir a satisfação da necessidade das peças de substituição.

61 — Noutros termos, o interesse dos consumidores em poder obter o produto deve ser protegido em princípio pelas legislações nacionais em matéria de direitos imateriais, que podem permitir a concessão de licenças obrigatórias no interesse geral, quando o titular do direito não explora ele próprio a obra protegida numa medida razoável [v., sobre tais normas no domínio da patentes, os acórdãos de 18 de Fevereiro de 1992, Comissão/Reino Unido (C-30/90, Colect., p. I-829), e de 27 de Outubro de 1992, Generics e Harris Pharmaceuticals (C-191/90, Colect., p. I-5335)].

102. Assim, o exemplo é diferente e destituído de significado decisivo relativamente aos casos em apreço, pois a RTE e a ITP têm, cada uma por seu lado, fornecido aos consumidores os produtos que tinham a possibilidade de fabricar com base nos seus direitos de autor, isto é, os guias de televisão semanais dos seus respectivos canais de televisão.

f) *A exploração de uma posição dominante no mercado para reservar para si um mercado derivado*

103. Nos seus acórdãos, o Tribunal de Primeira Instância atribuiu importância ao facto de que «a recorrente explorava o seu direito de autor sobre as listas de programas, produzidas no âmbito da sua actividade de teledifusão [no acórdão ITP: — que lhe fora cedido pelas sociedades de televisão — sobre as listas de programas elaboradas no âmbito da sua actividade de teledifusão], para garantir para si um monopólio no mercado derivado dos guias semanais de televisão» (n.º 73 do acórdão RTE e n.º 58 do acórdão ITP).

104. As citadas passagens dos fundamentos devem ser entendidas no sentido de que o mercado das listas de programas é concebido como o mercado principal e o mercado dos guias de televisão como o mercado derivado. Essas passagens dos fundamentos devem ser lidas em conjugação com a decisão da Comissão na qual se afirma que a ITP e a RTE têm cada uma uma posição dominante

no mercado, ou seja, o mercado das suas próprias listas de programas e que exploram essa posição para reservar para si o mercado derivado, ou seja o mercado dos guias de televisão semanais, no qual a concorrência poderia ter lugar, nomeadamente no que se refere aos guias semanais gerais.

105. Referindo-se ao primeiro exemplo de conduta abusiva dado pelo Tribunal de Justiça nos seus acórdão Volvo e CICRA, o Tribunal de Primeira Instância acrescentou:

«Com efeito, no presente caso, a reprodução exclusiva, pela recorrente, das suas listas de programas tinha por objecto e por efeito excluir toda a potencial concorrência no mercado derivado representado pela informação relativa aos programas semanais... a fim de manter nesse mercado o monopólio que a recorrente detinha através da publicação da revista *RTE Guide* (no acórdão ITP: *TV Times*). Do ponto de vista das empresas terceiras interessadas na publicação de uma revista de televisão, a recusa da recorrente de autorizar, a pedido e de forma não discriminatória, qualquer terceiro a publicar as suas listas de programas está, pois, aparentada, como sublinha correctamente a Comissão, com a recusa arbitrária de um fabricante de automóveis de fornecer peças sobresselentes — produzidas no âmbito da sua actividade principal de fabrico de automóveis — a uma garagem independente que exerce a sua actividade no mercado derivado da manutenção e das reparações dos veículos automóveis» (n.º 74 do acórdão RTE e n.º 59 do acórdão ITP).

106. É exacto que o facto de uma empresa explorar a sua posição dominante no mercado para reservar para si um mercado derivado pode constituir uma conduta restritiva da concorrência, contrária ao artigo 86.º (v., por exemplo, o acórdão de 6 de Março de 1974, *Commercial Solvents*⁶²). Contudo, deve perguntar-se se tais considerações são pertinentes quando se trata do exercício de direitos imateriais.

107. A RTE, a ITP e a IPO alegam no essencial que o facto de utilizar um direito de autor para excluir a concorrência num mercado derivado constitui um exercício corrente desse direito. O titular de um direito de autor obterá frequentemente a remuneração do seu esforço criativo através da fabricação e da venda de produtos que incorporam o produto criado com base no direito de autor, o que quer dizer que o obterá no mercado derivado. A ITP acrescenta que se limitou precisamente a explorar comercialmente o direito de autor sobre as listas de programas no mercado dos guias de televisão.

108. A Comissão alega que o facto de o direito de autor ser utilizado com vista a eliminar toda a concorrência no mercado derivado constitui uma circunstância especial, susceptível de justificar a aplicação do artigo 86.º A Comissão citou em apoio do seu ponto de vista os acórdãos de 13 de Novembro de 1975, *General Motors Continental/Comissão*⁶³, de 31 de Maio de 1979, *Hugin Kassaregister e Hugin*

62 — 6/73 e 7/73, Recueil, p. 223, n.º 25.

63 — 26/75, Recueil, p. 1367.

Cashregisters/Comissão ⁶⁴, de 3 de Outubro de 1985, CBEM ⁶⁵, e de 11 de Novembro de 1986, British Leyland/Comissão ⁶⁶, os quais versavam sobre a conduta de empresas em posição dominante no que se refere ao fornecimento de serviços ou de produtos que só essas empresas estavam em situação de fornecer e que eram necessários para exercer uma actividade no mercado derivado.

109. A Comissão acrescenta que o exemplo utilizado pelo Tribunal de Primeira Instância dos acórdãos Volvo e CICRA é pertinente para uma tomada de posição nos presentes processos. Segundo a Comissão, a situação da Magill corresponde na verdade à situação de uma garagem independente, na medida em que a Magill, tal como a garagem, dependem do fornecimento de produtos provenientes de uma fase comercial anterior (respectivamente, as listas de programas e as peças de carroçaria) para poderem exercer a sua actividade num mercado derivado (respectivamente, o mercado de guias de televisão e o mercado de reparação dos veículos automóveis Volvo e Renault), no qual estão em concorrência com os seus fornecedores (respectivamente, os guias de televisão semanais da RTE e da ITP e as garagens autorizadas pela Volvo e pela Renault). A Comissão admite contudo que não se está perante uma analogia absoluta, uma vez que a situação da Magill se distingue pelo facto de a Magill não se poder contentar com o fornecimento de um produto para exercer a sua actividade, mas ter também de obter uma licença para poder reproduzir ela própria a obra protegida.

110. É precisamente esta diferença que é decisiva. Como foi alegado pela RTE e pela ITP, deve distinguir-se entre *uma recusa de fornecer* um produto a clientes que pretendem utilizar esse produto no mercado derivado e *uma recusa de conceder licenças* a um concorrente que pretende fabricar e vender produtos que incorporam a obra protegida. Assim, no primeiro caso, uma eventual infracção ao artigo 86.º não depende da questão de saber se se trata de produtos protegidos por um direito imaterial. A conclusão por analogia do Tribunal de Primeira Instância está desta forma errada e da mesma forma os acórdãos invocados pela Comissão não são pertinentes para tomar posição nos presentes casos.

111. Ao invés, como salientou a ITP e contrariamente ao que declarou o Tribunal de Primeira Instância nos seus acórdãos (n.º 74 do acórdão e n.º 59 do acórdão ITP), é legítima a conclusão por analogia a partir das situações que constituem objecto dos litígios nos processos Volvo e CICRA, ou seja, que a Volvo e a Renault tinham o direito de recusar licenças para a comercialização de peças de substituição fabricadas sem o consentimento da Volvo ou da Renault. Dever notar-se que o Tribunal de Justiça, quanto a este ponto, não distinguiu entre as licenças destinadas à concorrência no mercado da venda de peças de substituição e as licenças destinadas à concorrência no mercado da reparação dos veículos automóveis Volvo e Renault.

112. Desta forma, não há razão para tratar diferentemente, em função do mercado no qual a obra protegida é utilizada, o exercício do direito de autor pelo seu titular que visa impedir os concorrentes de utilizar a obra

64 — 22/78, Recueil, p. 1869.

65 — 311/84, Recueil, p. 3261.

66 — 226/84, Collect., p. 3263.

protegida. Como salientou a ITP, a possibilidade de explorar o direito de autor no mercado dito «derivado» deve ser considerada como necessária para obter uma remuneração suficiente do esforço criativo.

g) A questão da existência de uma política de licenças discriminatória ou de licenças concedidas em condições não equitativas

113. Nos seus acórdãos, o Tribunal de Primeira Instância atribuiu importância ao facto de «além disso, a recorrente autorizar gratuitamente a publicação das suas listas diárias e dos destaques dos seus programas semanais na imprensa da Irlanda e do Reino Unido. Acresce que, nos outros Estados-Membros, também autorizava, sem exigir o pagamento de direitos, a publicação das suas listas semanais» (n.º 73 do acórdão RTE e n.º 58 do acórdão ITP).

114. A Comissão alegou que o Tribunal de Primeira Instância teve razão ao tomar em consideração a primeira das circunstâncias referidas para decidir a questão. Contudo, a Comissão não indicou com mais precisão em que é que esta circunstância é pertinente. O seu ponto de vista é verosimilmente de que a conduta das sociedades representa uma política discriminatória em matéria de licenças, uma vez que concede licenças a determinadas categorias de editores, a saber, aqueles que pretendem publicar listas de programas diários ou destaques da programação semanal,

mas não a outras categorias de editores, a saber, os que pretendem publicar listas de programas semanais⁶⁷.

115. Este ponto de vista é de rejeitar. A discriminação pressupõe a existência de situações comparáveis. Tal não é o caso. Pelo contrário, a RTE e a ITP concedem precisamente licenças a todos os que o pretendem e nas mesmas condições para todos. O facto de as sociedades pretenderem reservar para si uma determinada exploração da obra protegida não pode representar uma discriminação.

116. Além disso, no que se refere à circunstância referida pelo Tribunal de Primeira Instância de ter sido dada autorização para publicar listas de programas numa base diária, há que referir que durante a audiência a Magill alegou que os presentes processos não incidem sobre recusas de licenças e, assim, não implicam a imposição de licenças obrigatórias. A Magill refere-se ao facto de a ITP e a RTE terem concedido toda uma série de licenças e alega nesta base que os processos incidem sobre a concessão de licenças em condições não equitativas, isto é, em condi-

⁶⁷ — V. a este propósito o n.º 57 do acórdão RTE e n.º 40 do acórdão ITP.

ções que impedem a publicação de listas de programas numa base semanal ⁶⁸.

A Magill procura prosseguir o seu raciocínio para demonstrar que enquanto o direito de recusar a concessão de licenças poderá ser abrangido pelo objecto específico do direito de autor, o mesmo não se poderá dizer no que se refere ao direito de fixar as condições da licença. Este ponto de vista não está certo, como acima se viu na alínea c). O direito de conceder licenças abrange também o direito de o fazer em condições determinadas. Em contrapartida, o facto de terem sido concedidas licenças em condições não equitativas pode constituir uma circunstância especial, susceptível de justificar uma lesão do objecto específico do direito de autor. Nos presentes processos não existem outras condições controvertidas para além da que reside no facto de as licenças concedidas não abrangerem o direito de publicar listas de programas numa base semanal. Se se tiver em conta que as empresas publicam elas próprias guias de televisão semanais, esta condição não pode ser considerada nem como discriminatória nem como não equitativa. Assim, este fundamento nada traz de novo. O facto de as empresas pretenderem reservar para si a edição das listas de programas numa base semanal, em minha opinião, não resulta nem mais nem menos criticável pelo facto de estas empresas permitirem que terceiros façam daquelas listas uma outra utilização, limitada e bem determinada.

68 — Na sua decisão, a Comissão exprime provavelmente o mesmo raciocínio quando declara que: «tendo em consideração as políticas e práticas efectivas da ITP, da BBC e da RTE, respectivamente, que consistem em fornecer aos editores as suas listas antecipadas semanais, limitando através das condições das licenças concedidas a reprodução dessas listas a listas relativas a um e no máximo a dois dias, ou recusando as licenças no seu conjunto, a Comissão considera serem essas práticas e políticas indevidamente restritivas».

117. No que se refere à segunda das circunstâncias salientadas pelo Tribunal de Primeira Instância — ou seja, a autorização concedida para a publicação de listas de programas, numa base semanal, nos outros Estados-Membros —, deve referir-se que resulta da decisão da Comissão que a ITP, mas não a RTE ⁶⁹, se absteve de impedir a publicação das listas de programas semanais nos guias de televisão fora da Irlanda e do Reino Unido, ou seja, por exemplo, na Bélgica, nos Países Baixos e em França, com o fundamento que não tinha qualquer interesse em perseguir judicialmente publicações em língua estrangeira, mesmo que estas fossem suspeitas de conter textos que, segundo a lei nacional, poderiam infringir os seus direitos de autor. A abstenção, com este fundamento, de intervir relativamente a violações do direito de autor não pode ser assimilada à autorização de publicação e esta circunstância não constitui assim uma política discriminatória em matéria de licenças. Também não parece que esta circunstância possa ver reconhecida a qualquer outro título importância para a resolução dos casos presentes.

h) *As listas de programas são obras merecedoras de protecção?*

118. O Tribunal de Primeira Instância inicia a sua apreciação sobre a existência ou não de um abuso declarando que, «na falta de harmonização das normas nacionais ou de unificação no âmbito da Comunidade, a fixação

69 — A RTE sublinhou que o acórdão do Tribunal de Primeira Instância contém um erro de facto quanto a este ponto, mas acrescentou que tal não foi decisivo para a fundamentação das conclusões do Tribunal.

das condições e das modalidades da protecção do direito de autor é da competência nacional» (n.º 66 do acórdão RTE e n.º 51 do acórdão ITP)⁷⁰. E a terminar a sua apreciação sobre este ponto, o Tribunal de Primeira Instância conclui que a conduta incriminada não é compatível com as normas do Tratado «apesar de as listas de programas estarem protegidas, no momento dos factos em litígio, pelo direito de autor, tal como está consagrado no direito nacional, que continua a ser competente para determinar as modalidades dessa protecção» (n.º 75 do acórdão RTE e n.º 60 do acórdão ITP).

119. A Comissão alegou no processo no Tribunal de Primeira Instância «de modo geral... a incompatibilidade com as normas comunitárias de um direito nacional que consagra a existência do direito de autor sobre as listas de programas» (n.º 44 do acórdão RTE e n.º 27 do acórdão ITP). A Comissão argumentou que «as listas de programas não apresentam em si mesmas qualquer natureza secreta, inovadora ou que se prenda com a investigação. Pelo contrário, constituem simples informações factuais e não podem, portanto, estar protegidas pelo direito de autor» (n.º 46 do acórdão RTE e n.º 29 do acórdão ITP). A Comissão admitiu que as listas de programas beneficiavam no direito nacional da protecção do direito de autor, mas alegou, com base na sua argumentação, que, «mesmo nessas condições, as políticas e práticas em litígio (das recorrentes)... não estão abrangidas pela protecção do direito de autor, tal como é reconhecida em direito comunitário»

(n.º 43 do acórdão RTE e n.º 26 do acórdão ITP) e representam, pelo contrário, um abuso de posição dominante (n.º 47 do acórdão RTE e n.º 30 do acórdão ITP).

120. No processo no Tribunal de Justiça, a Comissão alegou que compete às autoridades e órgãos jurisdicionais nacionais determinar quais as obras que estão abrangidas pela protecção do direito de autor. Afirmou, contudo, ao mesmo tempo, que o Tribunal de Primeira Instância teve razão ao tomar em consideração o carácter não habitual do direito nacional quando da apreciação da causa⁷¹.

121. A RTE, a ITP e a IPO alegam que tanto o ponto de vista da Comissão como o acórdão do Tribunal de Primeira Instância exprimem um desrespeito do princípio segundo o qual o alcance da protecção do direito de autor é determinado pela lei nacional. Alegam que as decisões tomadas visam na realidade censurar a protecção de que beneficiam no direito irlandês e britânico as listas de programas a título do direito de autor.

122. Resulta da minha apreciação acima referida que não penso, aliás, que as recusas de conceder as licenças em causa sejam acompanhadas de circunstâncias específicas susceptí-

70 — O Tribunal de Primeira Instância remete a este propósito para os acórdãos *Keurkoop*, *Recueil* (n.º 18), *CICRA* (n.º 10), e *Volvo* (n.º 7). V. também os acórdãos de 30 de Junho de 1988, *Thetford Corporation e o.* (35/87, *Colect.*, p. 3585, n.º 12) e de 30 de Novembro de 1993, *Deutsche Renault* (n.º 30 e 31).

71 — A Comissão procedeu a uma distinção entre as obras literárias e artísticas no sentido próprio e as obras funcionais e utilitárias. Esta distinção parece contudo ser utilizada antes de mais e sobretudo para ilustrar as consequências posteriores do acórdão do Tribunal de Justiça [v. adiante na secção j)].

veis de justificar uma aplicação do artigo 86.º Estou mais inclinado a pensar que as empresas têm razão ao considerar que o verdadeiro motivo da aplicação do artigo 86.º nas situações presentes deverá ser que as listas de programas não são consideradas como merecedoras de serem protegidas.

beneficiar da protecção de um direito imaterial⁷². Quanto a este aspecto, o direito nacional apenas está cingido aos limites enunciados no artigo 36.º, segundo período, do Tratado, nos termos do qual as restrições ao comércio não devem constituir nem um meio de discriminação arbitrária nem uma restrição dissimulada ao comércio entre os Estados-Membros. Esses limites devem ser interpretados restritivamente e nada indica que os mesmos não tenham sido respeitados nos presentes processos⁷³.

123. Como foi referido na introdução, pode razoavelmente alegar-se que o esforço ligado à elaboração das listas de programas *não merece ser protegido ao ponto* de justificar que se admita que o autor possa impedir a publicação de guias de televisão semanais gerais. A elaboração de listas de programas não requer iniciativa, uma vez que estas listas mais não constituem do que a transcrição no papel de uma série de informações que devem de qualquer forma ser elaboradas e compiladas para o exercício da actividade de teledifusão. Se esta circunstância for tomada em consideração, não tenho qualquer dificuldade em pensar que as recusas de licenças aqui em apreciação constituem um exercício abusivo do direito de autor. Mas a questão é saber se o Tribunal de Justiça tem a possibilidade de atribuir importância ao carácter da obra protegida pelo direito de autor.

125. O Tribunal de Justiça deve também nos presentes processos manter este princípio, que representa, em minha opinião, uma repartição de competências fundamentalmente correcta entre o direito nacional e o direito comunitário. Se existir uma necessidade, em direito comunitário, de limitar a protecção do direito de autor a determinados

124. O Tribunal de Justiça tem afirmado até aqui que compete às autoridades legislativas nacionais determinar os produtos que podem

72 — V. na nota 70 acima os acórdãos citados. V., além disso, as conclusões apresentadas pelo advogado-geral Mischo em 21 de Junho de 1988 (CICRA, pontos 21 a 32), onde propunha que o Tribunal de Justiça apreciase se a protecção de certos produtos baseados no direito nacional era «conforme à função que o Tribunal de Justiça atribui à propriedade industrial e comercial e que é a de «recompensar o esforço criativo de inventores» (ponto 32). No seu acórdão, o Tribunal de Justiça manteve que a questão de saber quais os produtos que podem beneficiar da protecção competia à lei nacional (n.º 10).

73 — Comparar com o acórdão Deutsche Renault, no qual o Tribunal de Justiça referiu, como exemplo de uma infracção possível aos limites enunciados no artigo 36.º, segundo período, a situação em que «um produtor de um outro Estado-Membro não pode beneficiar nas mesmas condições da protecção concedida pelo direito alemão a uma marca, registada ou não, ou que esta protecção varia em função da origem nacional ou estrangeira dos produtos que ostentam a marca em questão» (n.º 27). V. também o n.º 33. Nas suas conclusões neste caso, apresentadas em 9 de Junho de 1993, o advogado-geral Tesouro declarou, em minha opinião com razão, «que, no âmbito da aplicação pretendida pela jurisprudência, o alcance concreto desta reserva — que representa de qualquer forma uma cláusula mínima de salvaguarda — não vai para além de casos extremos (constituindo quase hipóteses académicas)...» (ponto 14).

produtos, tal só poderá ser feito por normas emanadas do legislador comunitário ⁷⁴.

126. Poderá perguntar-se se é possível manter este princípio mesmo abrindo a possibilidade de tomar em consideração o carácter da obra protegida para determinar se existe um abuso de posição dominante. Contudo, não posso propor ao Tribunal de Justiça tal exercício de equilíbrio, mesmo que tal seja tentador e pareça concretamente razoável nos presentes processos. O facto de admitir que a conduta comercial dos titulares de direitos de autor deve corresponder a critérios diferentes conforme o ponto até ao qual as obras merecem ser protegidas face ao direito comunitário significará sempre que o direito comunitário é utilizado para censurar, nas legislações nacionais em matéria de direitos imateriais, as disposições que determinam os produtos que podem beneficiar de protecção.

127. Assim, deve concluir-se que o facto de as listas de programas serem pouco dignas de protecção não é uma circunstância susceptível de justificar uma lesão do exercício do direito de autor no que a elas diz respeito.

⁷⁴ — V. a este propósito a directiva do Conselho de 14 de Maio de 1991 relativa à protecção jurídica dos programas de computador (91/250/CEE) (JO L 122, p. 42), e a directiva do Conselho de 29 de Outubro de 1993 relativa à harmonização do prazo de protecção dos direitos de autor e de certos direitos conexos (93/98/CEE) (JO L 290, p. 9).

i) *As recusas de conceder licenças são justificadas?*

128. O Tribunal de Primeira Instância declara nos seus acórdãos que «a recusa da recorrente de autorizar a terceiros a publicação das suas listas semanais apresenta... um carácter arbitrário, na medida em que não se justifica nem pelas necessidades específicas do sector da radiotelevisão, que não está em causa no presente caso, nem pelas que são próprias à actividade de edição de revistas de televisão. (No acórdão ITP: na medida em que não se justifica pelas exigências específicas da actividade de edição de revistas de televisão). A recorrente tinha, pois, a possibilidade de se adaptar às condições de um mercado de revistas de televisão aberto à concorrência para assegurar a viabilidade comercial do seu semanário...» (n.º 73 do acórdão RTE e n.º 58 do acórdão ITP).

129. Resulta do que acima expus que não considero que exista nos presentes casos uma conduta restritiva da concorrência na acepção do artigo 86.º, pois as recusas de licenças não são acompanhadas de circunstâncias específicas susceptíveis de permitir qualificá-las como abuso de posição dominante. Em consequência, não há que apreciar se existe uma justificação aceitável da conduta das empresas [v. acima na secção d), subsecção aa)]. Nestas circunstâncias, a RTE e a ITP, apoiadas pela IPO, têm razão para impugnar os acórdãos do Tribunal alegando que não podem ser obrigadas a fundamentar as suas recusas de conceder as licenças. Se, contudo, o Tribunal de Justiça considerar

que as recusas de licenças são acompanhadas de circunstâncias específicas susceptíveis de permitir qualificá-las de abuso, é necessário apreciar se tal comportamento é objectivamente justificado. Quanto a este ponto tenho de fazer as seguintes observações.

130. A ITP alega que não lhe foi solicitado que justificasse a sua forma de exercer o seu direito de autor em função das necessidades específicas ligadas às suas actividades, uma vez que a decisão da Comissão a tal não se referiu.

131. Este argumento contra a decisão da Comissão não resiste à análise. É normal, na aplicação do artigo 86.º, apreciar antes de mais se existe uma conduta restritiva da concorrência e, seguidamente, decidir a questão de saber se a empresa provou que existe uma justificação concreta aceitável para essa conduta⁷⁵. Assim, não se pode exigir que a Comissão solicite expressamente a uma empresa que justifique a sua conduta.

O argumento da ITP é, aliás, infundado, uma vez que a Comissão disse precisamente o seguinte na sua decisão:

«a ITP, a BBC e a RTE (individual ou colectivamente) alegam que as suas políticas e práticas actuais, relativamente às suas listas semanais antecipadas, são motivadas pela necessidade de assegurar uma cobertura de alta qualidade de todos os seus programas, incluindo os programas de interesse minoritário e/ou regional e os de conteúdo cultural, histórico e/ou educativo. A Comissão é de opinião que essas políticas e práticas não são necessárias para alcançar esses objectivos, que podem ser alcançados por meios menos restritivos, se necessário, através da imposição de condições para esse efeito aos editores a quem concedem licenças para publicar as suas listas de programas. A Comissão verifica, no entanto, que nenhuma das partes considerou necessário impor limitações à publicação por terceiros das listas diárias (ou relativas a dois dias) no sentido de alcançar este objectivo».

132. A RTE e a ITP não alegaram no Tribunal de Justiça que a opinião da Comissão quanto a este ponto esteja errada. Também não avançaram outras considerações que possam ser objectivamente constatadas e susceptíveis, se for caso disso, de justificar a recusa das licenças em causa.

133. Em minha opinião, portanto, deve-se considerar como assente que, tal como o

75 — V., por exemplo, os acórdãos CBEM (n.º 26), e Lucazeau e o. (110/88, 241/88 e 242/88, Colect., p. 2811, n.º 25).

Tribunal de Primeira Instância verificou, a ITP e a RTE recusaram conceder licenças e, por esse facto, excluíram qualquer forma de concorrência no mercado dos guias de televisão gerais com a única finalidade de manter o seu monopólio neste mesmo mercado (n.º 73 do acórdão RTE e n.º 58 do acórdão ITP). Noutros termos, se o Tribunal vier a considerar que as recusas de conceder licenças estão além disso acompanhadas de circunstâncias específicas susceptíveis de permitir qualificá-las como abuso, estas recusas serão incompatíveis com o artigo 86.º

j) *As consequências ulteriores do acórdão do Tribunal de Justiça*

134. A Comissão alega que se deve distinguir entre *obras literárias e artísticas* em sentido próprio e *obras funcionais ou utilitárias*, ligadas por exemplo à telecomunicação, aos computadores, à tecnologia de informação e às bases de dados. Enquanto as primeiras não criam qualquer dependência para os concorrentes nos mercados derivados, o direito de autor no que se refere às segundas é mais susceptível de criar uma dependência económica e, por esse facto, posições dominantes que podem conduzir a condutas que restrinjam a concorrência. Segundo a Comissão, esta distinção apresenta importância para decidir nos presentes processos, uma vez que mostra a necessidade de defender o princípio segundo o qual uma recusa de licenças pode, tendo em conta as circunstâncias que a acompanham, constituir um abuso de posição dominante. Enquanto uma decisão da Comissão que imponha a concessão de

licenças pouca importância terá para as obras literárias e artísticas em sentido próprio, a mesma é *decisiva, sobretudo na indústria da informática e das telecomunicações, para manter uma concorrência efectiva*⁷⁶.

135. A RTE e a ITP contestaram a distinção feita pela Comissão alegando que a questão de saber quais os produtos que beneficiam da protecção do direito de autor compete ao direito nacional. Todavia, a Comissão não parece utilizar esta distinção como base de um argumento no sentido de que as obras funcionais e utilitárias são em geral menos susceptíveis de ser protegidas do que as obras literárias e artísticas e, por esse facto, dão lugar em muito maior grau à aplicação do artigo 86.º [v. acima secção i)]. A Comissão utiliza esta distinção, pelo contrário, para ilustrar as consequências muito importantes que, na sua opinião, uma anulação dos acórdãos do Tribunal de Primeira Instância teria para a concorrência numa série de domínios importantes em que, segundo a Comissão, é maior o risco de a protecção do direito de autor conduzir a posições dominantes ou a reforçá-las.

76 — A Comissão remeteu a este propósito para as suas conclusões quando da adopção pela Comissão de uma proposta de directiva do Conselho sobre a protecção jurídica dos programas de computadores (JO 1989, C91, p. 16), na qual declarou: «Além disso, as empresas que detenham uma posição dominante não devem abusar desta posição na acepção do artigo 86.º do Tratado. É assim que, em certas circunstâncias, o exercício do direito de autor face a aspectos de um programa, que outras empresas necessitem utilizar para escrever programas compatíveis, poderia constituir um tal abuso. Caso semelhante poderia ser o de uma empresa dominante tentar utilizar os seus direitos exclusivos relativos a um produto para obter uma vantagem não equitativa em relação a um ou vários produtos que não estão cobertos por esses direitos.» Como resulta do que antecede, tais exemplos, em minha opinião, não têm fundamento quando se trata de programas ou de produtos que não estão em concorrência com o produto protegido pelo direito de autor.

136. No que toca ao receio da Comissão de que os presentes processos possam criar um precedente no domínio do *software* informático, a ITP alegou que a solução adequada quanto a este aspecto é de natureza legislativa e que a preocupação da Comissão não parece aliás referir-se à reprodução de obras protegidas mas, pelo contrário, às informações às mesmas referentes, o que não afecta o direito de autor.

137. A ITP alega, pela sua parte, que uma confirmação dos acórdãos do Tribunal de Primeira Instância teria *consequências consideráveis para os direitos de autor baseados na lei nacional*. Segundo a sociedade, haveria desta forma um abuso de posição dominante nos casos seguintes: um autor de novelas que se oponha à publicação de uma das suas novelas numa antologia; um desenhador de cartazes que se oponha à utilização de um desenho protegido num cartão de Natal; o titular dos direitos de autor sobre o personagem de desenhos animados «Popeye», que se oponha à impressão do mesmo numa *T-shirt*; um autor de teatro que se oponha a que uma das suas peças seja transposta para um filme; os proprietários de jornais que se publicam ao domingo e que se oponham a que a ITP publique simultaneamente no *TV Times* as suas rubricas especializadas; o autor de calendários lunares ou de marés, de receitas culinárias, ou de uma lista de igrejas românicas em Inglaterra se oponha à reprodução das suas obras. A IPO enumerou exemplos análogos.

138. A Comissão alegou que os receios da ITP e da IPO sobre as consequências de uma

confirmação dos acórdãos do Tribunal de Justiça não têm qualquer fundamento, pois é altamente inverosímil que em situações como as que foram referidas os titulares do direito de autor detenham uma posição dominante e, em consequência, as suas condutas não podem ser incompatíveis com o artigo 86.º A Comissão acrescentou que durante os quatro anos que decorreram desde o acórdão Volvo, só uma vez, ou seja, nos presentes processos, é que o artigo 86.º foi utilizado para fundamentar uma decisão formal com vista a remediar a utilização abusiva de direitos imateriais.

139. É difícil ter uma perspectiva quanto à razão das preocupações respectivas das partes no que respeita às consequências posteriores de um acórdão num ou noutro sentido. E, sobretudo porque há desacordo sobre este ponto, não será adequado procurar nesta base apreciar o mérito dos exemplos citados.

140. Mas precisamente porque é difícil discernir as consequências de tal resultado, sou de opinião que o Tribunal de Justiça, no seu acórdão nos presentes processos, não deve excluir a possibilidade de uma recusa de licenças, quando se verifiquem circunstâncias especiais, ser incompatível com o artigo 86.º Em minha opinião, a Comissão tem razão ao afirmar que «a legislação sobre o direito de autor não pode abranger expressamente todos os casos de abuso que se podem apresentar relativamente a cada produto. É essencial que essa situação seja contrabalançada noutros domínios, por exemplo através das

regras de concorrência, de forma a estabelecer a justa ponderação entre os interesses diferentes do titular do direito e das pessoas que dele dependem.»

141. Em contrapartida, é possível prever as consequências de se estabelecer que as recusas de licenças podem ser incompatíveis com o artigo 86.º quando se verificam circunstâncias especiais. Com efeito, em tal caso compete ao próprio Tribunal de Justiça, ao decidir sobre casos futuros, estabelecer directrizes cada vez mais precisas quanto às circunstâncias especiais em que uma recusa de licenças pode constituir um abuso de posição dominante. Acresce que o Tribunal de Justiça, se seguir as minhas conclusões, constatará a inexistência de tais circunstâncias especiais nos presentes casos e tal resultado será a expressão do facto de as condições de tal aplicação do artigo 86.º ao exercício de prerrogativas abrangidas pelo objecto específico de um direito imaterial serem muito restritas.

142. Finalmente, deve referir-se que a ITP alegou que uma confirmação dos acórdãos do Tribunal de Primeira Instância criaria uma *insegurança jurídica*, tanto para os titulares dos direitos de autor como para os tribunais nacionais, que poderiam igualmente aplicar o artigo 86.º e para os quais poderia ser difícil determinar se se mostravam preenchidas as condições de aplicação deste artigo, tais como resultam dos acórdãos do Tribunal de Primeira Instância. Em minha opinião, não é de admitir que uma situação jurídica que pressupõe uma constante definição precisa das condições em que o artigo 86.º pode ser aplicado ao exercício de prerrogativas abran-

gidas em princípio pelo objecto específico crie uma insegurança jurídica. Quanto a este aspecto, esta aplicação do artigo 86.º não se distingue das outras aplicações do mesmo artigo⁷⁷. Os órgãos jurisdicionais nacionais têm além disso a possibilidade de submeter ao Tribunal de Justiça questões prejudiciais sobre as circunstâncias mais precisas em que o artigo 86.º pode ser aplicado.

143. Contudo, isto não significa forçosamente uma tomada de posição definitiva sobre a questão de saber se o artigo 86.º permite obrigar as empresas a concederem licenças sobre as suas obras protegidas pelo direito de autor. Com efeito, foi alegado nos autos que tal solução era incompatível com a Convenção de Berna para a protecção das obras literárias e artísticas.

E — O Tribunal de Primeira Instância omitiu ilegalmente a tomada em consideração da Convenção de Berna?

144. A RTE e a ITP alegaram no Tribunal de Primeira Instância que a Convenção de Berna deve ser considerada como fazendo parte do direito comunitário e que a decisão da Comissão é incompatível com o artigo 9.º da convenção relativo ao direito de reprodução da obra protegida.

77 — V., a este propósito, o acórdão Tetra Pak/Comissão (n.º 37), no qual o Tribunal de Justiça declarou: «nestas condições, uma empresa não pode invocar o carácter pretensamente imprevisível da aplicação do artigo 86.º para escapar à proibição contida nessa disposição».

145. Em introdução à sua tomada de posição sobre este fundamento, o Tribunal de Primeira Instância observa «que a Comunidade — que, no estado actual do direito comunitário, não beneficiou de uma transferência de competências em matéria de direitos de propriedade intelectual e comercial⁷⁸ — não é parte na Convenção de Berna de 1886, que foi ratificada por todos os seus Estados-Membros» (n.º 102 do acórdão RTE e n.º 75 do acórdão ITP).

146. Seguidamente, o Tribunal de Primeira Instância pronuncia-se sobre o significado do facto de a convenção vincular os Estados-Membros. Toma como ponto de partida o artigo 234.º do Tratado nos termos do qual «as disposições do... Tratado não prejudicam os direitos e obrigações decorrentes de convenções concluídas antes da entrada em vigor do... Tratado, entre um ou mais Estados-Membros, por um lado, e um ou mais Estados terceiros, por outro». O Tribunal de Primeira Instância remete para a interpretação do artigo 234.º pelo Tribunal de Justiça, da qual resulta que este artigo apenas visa as obrigações contraídas pelos Estados-Membros para com países terceiros, o que implica que as convenções concluídas antes da entrada em vigor do Tratado não podem ser invocadas nas relações entre os Estados-

-Membros para justificar restrições ao comércio intracomunitário⁷⁹.

147. O Tribunal de Primeira Instância procede seguidamente a uma distinção entre o artigo 9.º, n.º 1, da Convenção de Berna que estabelece o direito exclusivo do autor de reproduzir a obra protegida e o n.º 2 do mesmo artigo da convenção segundo o qual as partes contratantes têm a possibilidade de autorizar a reprodução das obras protegidas em certos casos especiais e em condições determinadas.

148. No que se refere ao artigo 9.º, n.º 1, o Tribunal de Primeira Instância refere que esta disposição foi ratificada pelo Reino Unido e pela Irlanda antes da sua adesão à Comunidade em 1 de Janeiro de 1973 e que resulta da interpretação dada ao artigo 234.º pelo Tribunal de Justiça que, nas relações intracomunitárias, as disposições ratificadas antes da adesão à Comunidade não podem pôr em causa as disposições do Tratado. O Tribunal de Primeira Instância declara que o argumento segundo o qual a decisão é contrária ao artigo 9.º, n.º 1, deve assim ser rejeitado sem que seja necessário analisá-lo quanto ao mérito.

No que se refere ao artigo 9.º, n.º 2, o Tribunal de Primeira Instância observa que esta disposição foi inserida na Convenção de

78 — Nos presentes processos não há motivo para apreciar a questão da competência da Comunidade no domínio dos direitos de propriedade intelectual e comercial, mas pode ser oportuno referir que, na sua proposta de decisão do Conselho relativa à adesão dos Estados-Membros à Convenção de Berna (JO 1991, C 24, p. 5), a Comissão declarou o seguinte: «As matérias, tal como reguladas pelas Convenções de Berna (Acto de Paris) e de Roma, relevam da competência da Comunidade... no estado actual, a adesão da Comunidade, enquanto tal, não é possível sem uma alteração que permita a adesão de organizações internacionais enquanto tais... à luz da evolução dos trabalhos a nível comunitário, a Comunidade poderia, enquanto tal, aderir às Convenções de Berna ... e de Roma» (sétimo considerando).

79 — V. a este propósito os acórdãos de 27 de Fevereiro de 1962, Comissão/Itália (10/61, Recueil, p. 1), de 14 de Outubro de 1980, Burgoa (812/79, Recueil, p. 2787, n.º 8), e de 11 de Março de 1986, Conegate (121/85, Recueil, p. 1007, n.º 25).

Berna pelo Acto de Paris de 1971, ratificado pelo Reino Unido apenas em 2 de Janeiro de 1990 e ainda não ratificado pela Irlanda. O Tribunal de Primeira Instância declara que, no que se refere ao Reino Unido, o Acto de Paris foi, pois, ratificado após a sua adesão à Comunidade e não pode, por conseguinte, pôr em causa uma disposição do Tratado, pois os Estados-Membros não podem afastar as regras que resultam do Tratado celebrando um acordo ou uma convenção internacional, estando para esse efeito obrigados a recorrer ao processo de alteração do Tratado previsto no artigo 236.º

Daí conclui o Tribunal de Primeira Instância que o fundamento baseado em violação da Convenção de Berna deve em qualquer caso ser rejeitado.

149. Em minha opinião, e como adiante se verá, é exacto que a Convenção de Berna não pode constituir fundamento de anulação de uma decisão da Comissão. Todavia, há que precisar e aprofundar sobre dois pontos a fundamentação do Tribunal de Primeira Instância a este respeito.

150. Em primeiro lugar, o Tribunal de Primeira Instância não tem razão quando distingue, no presente contexto, entre o n.º 1 e o n.º 2 do artigo 9.º da convenção. Em segundo lugar, e em minha opinião isso é mais importante, o Tribunal de Primeira Instância não se pronunciou sobre a importância que a Convenção de Berna pode revestir para a *interpretação* do artigo 86.º do Tratado.

151. O Tribunal de Primeira Instância trata de forma diversa o n.º 1 e o n.º 2 do artigo 9.º da Convenção de Berna porque parte da premissa que o n.º 1 do artigo 9.º vinculava o Reino Unido e a Irlanda antes da sua adesão à Comunidade, ao passo que tal não sucede relativamente ao artigo 9.º, n.º 2. Segundo as informações que pude obter, tal premissa está errada⁸⁰. O artigo 9.º, n.º 2, foi inserido na convenção quando da revisão efectuada em Estocolmo em 1967. Estas duas disposições, como as outras disposições de fundo da revisão de Estocolmo, não entraram contudo em vigor. Foram revistas pelo Acto de Paris e, portanto, foi quando da ratificação do Acto de Paris que o artigo 9.º foi ratificado pelo Reino Unido. Isto implica que tanto o n.º 1 como o n.º 2 do artigo 9.º só foram ratificados pelo Reino Unido após a sua adesão à Comunidade e que tais disposições ainda não foram ratificadas pela Irlanda.

152. Ver-se-á contudo que esta alteração das premissas do Tribunal de Primeira Instância em nada afecta a solução dada à questão, pois os seus argumentos no que se refere ao n.º 2 do artigo 9.º da convenção são assim aplicáveis da mesma forma ao n.º 1 deste artigo.

153. O Tribunal de Primeira Instância pronunciou-se sobre a questão de saber como se apresentaria a situação jurídica no

80 — V. *Guia da Convenção de Berna* (Genebra 1978), publicado pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual.

caso de se verificar *uma verdadeira contradição* entre o artigo 86.º do Tratado e as normas da Convenção de Berna. Em minha opinião, esta é uma forma demasiado estrita de encarar o problema. A norma do Tratado relativa à solução de conflitos entre as normas com força obrigatória em direito internacional e as próprias disposições do Tratado só é relevante quando ficou determinado que existe um conflito entre os dois conjuntos de normas. Isto implica que, antes de mais, se deve determinar se a Convenção de Berna tem um estatuto que lhe permita ser utilizado pelo Tribunal de Justiça como elemento de interpretação das regras do Tratado e, em caso afirmativo, se as posições da convenção podem ser invocadas em apoio de uma interpretação determinada do Tratado.

Desta forma, o Tribunal de Primeira Instância deveria ter apreciado se, ao interpretar o artigo 86.º e as disposições de aplicação deste artigo, em especial o artigo 3.º do Regulamento n.º 17, seriam de ter em conta as disposições da Convenção de Berna para evitar, na medida do possível, um conflito entre as duas categorias de normas.

154. Considero adequado interpretar o artigo 86.º em conformidade com a Convenção de Berna. Existem vários factores que militam no sentido de que a Convenção de Berna deve ser tomada em consideração quando da interpretação das normas do Tratado⁸¹.

81 — O acórdão Musik-Vertrieb Membran, no qual as partes invocavam disposições da Convenção de Berna, não pode ser entendido como uma rejeição deste ponto de vista. Observa-se além disso que, a este respeito, o Tribunal de Justiça declarou em vários casos que as normas do Tratado devem ser interpretadas à luz da Convenção Europeia dos Direitos do Homem; v., designadamente, os acórdãos de 28 de Outubro de 1975, Rutili (36/75, Recueil, p. 1219), e de 25 de Julho de 1991, Comissão/Países Baixos (C-353/89, Colect., p. I-4069).

155. As normas da Convenção de Berna têm como objectivo garantir uma *protecção mínima*⁸² do autor, e trata-se de uma convenção que beneficia de *um largo consenso internacional*⁸³.

156. *Todos os Estados-Membros aderiram à Convenção de Berna e só a Irlanda e a Bélgica é que ainda não aderiram ao Acto de Paris de 1971.* Em 14 de Maio de 1992, o Conselho adoptou uma resolução segundo a qual os Estados-Membros que ainda o não fizeram se comprometem a tornar-se partes no Acto de Paris, até 1 de Janeiro de 1995, e a assegurar o seu respeito efectivo no seu sistema jurídico interno⁸⁴. Vem ainda declarado na resolução do Conselho que é do interesse dos titulares na Comunidade de direitos de

82 — Os países que ratificaram a Convenção de Berna constituem uma União (v. o artigo 1.º). Em todos os países da União, à excepção do país de origem da obra, tal como vem definido no artigo 5.º, n.º 4, os autores têm assegurada pelo menos a protecção que resulta da Convenção de Berna e, além disso, a mesma protecção que os nacionais do país (v. artigo 5.º, n.º 1). A Convenção de Berna não garante a protecção mínima no país de origem da obra se o autor também for nacional desse país. Se o autor for nacional de um outro país da União tem no país de origem da obra o direito à mesma protecção do que os autores nacionais (v. artigo 5.º, n.º 3). Mas, para além disso, os países da União podem decidir livremente a protecção que concedem às obras que são originárias do seu próprio país.

83 — V., por exemplo, primeiro considerando da proposta da Comissão de decisão do Conselho relativa à adesão dos Estados-Membros à Convenção de Berna (JO 1991, C 24, p. 5), assim como o segundo considerando da resolução do Conselho de 14 de Maio de 1992 relativa ao reforço da protecção dos direitos de autor e direitos conexos (JO C 138, p. 1).

84 — Resolução do Conselho relativa ao reforço da protecção dos direitos de autor e direitos conexos (JO 1992, C 138, p. 1). V. também a este respeito a proposta da Comissão de decisão do Conselho relativa à adesão dos Estados-Membros à Convenção de Berna (JO 1991, C 24, p. 5), na qual se diz no quinto considerando que «a adesão de todos os Estados-Membros às Convenções de Berna (Acto de Paris) e de Roma permitirá dispor de uma base de harmonização comum, a partir da qual será possível prosseguir mais facilmente a construção do edifício comunitário em matéria de direitos de autor e de direitos conexos». V. igualmente o artigo 1.º-A da proposta alterada (JO 1992, C 57, p. 13), nos termos do qual «no exercício das suas competências em matéria de direitos de autor e de direitos conexos, a Comunidade inspira-se nos princípios e segue as disposições da Convenção de Berna», na versão que lhe foi dada pelo Acto de Paris.

autor que o nível mínimo de protecção garantida pela convenção lhes seja assegurado no maior número de *países terceiros* e, neste contexto, o Conselho convida a Comissão a que, no momento da negociação de acordos entre a Comunidade e países terceiros, dedique uma atenção muito especial à ratificação ou à adesão destes à convenção bem como ao respeito efectivo da mesma por esses países.

presentes processos, sublinhou que é desejável que o direito comunitário em matéria de direito de autor seja compatível com as normas internacionais.

159. É nesta base que deve ser apreciado o argumento da RTE no sentido de que o artigo 2.º da decisão da Comissão é incompatível com o artigo 86.º do Tratado e com o artigo 3.º do Regulamento n.º 17, *tal como estes artigos devem ser interpretados à luz da Convenção de Berna*.

157. Como foi salientado pela RTE, existem vários exemplos de referência à Convenção de Berna no *direito comunitário derivado* como expressão de um nível mínimo de protecção geralmente aceite (v. a directiva do Conselho de 14 de Maio de 1991 relativa à protecção jurídica de programas de computador (91/250/CEE)⁸⁵, a directiva do Conselho de 29 de Outubro de 1993 relativa à harmonização do prazo de protecção dos direitos de autor e de certos direitos conexos (93/98/CEE)⁸⁶, e finalmente a proposta da Comissão de directiva do Conselho relativa à protecção jurídica das bases de dados, de 15 de Abril de 1992⁸⁷.

160. A Comissão alega que a Convenção de Berna não impõe aos países da União que concedam a protecção do direito de autor a listas utilitárias e não literárias de títulos de programas e de horas e remete quanto a este ponto para o artigo 2.º, n.º 8, da Convenção, segundo o qual: «A protecção da presente convenção não se aplica às notícias diárias ou ao relato de factos (*faits divers*) que têm o carácter de simples informações de imprensa». A Comissão alega que a Convenção de Berna não proíbe que os países da União tornem a protecção do direito de autor extensiva a outras obras para além das obras literárias e artísticas, mas em tal caso a Convenção de Berna não limita as possibilidades dos países da União de regulamentarem o exercício do direito de autor no que diz respeito a tais obras.

158. Observa-se finalmente que também a Comissão, nas suas alegações escritas nos

161. A Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), que está incumbida de gerir a Convenção de Berna, editou um

85 — JO 1991, L 122, p. 42. V. os vigésimo quinto e vigésimo nono considerando, assim como o artigo 1.º, n.º 1, e sobretudo o artigo 6.º, n.º 3, cujo teor corresponde no essencial ao artigo 9.º, n.º 2, da Convenção de Berna.

86 — JO 1993, L 290, p. 9. V. os primeiro, quarto, quinto, décimo segundo, décimo quarto, décimo quinto, décimo sétimo e vigésimo segundo considerando, assim como o artigo 1.º, n.º 1, e o artigo 7.º, n.º 1.

87 — JO 1992, C 156, p. 4. V. os décimo nono, vigésimo segundo, vigésimo sexto considerando, assim como o artigo 2.º, n.º 1 e 2.

Guia da Convenção de Berna ⁸⁸. Este Guia contém as seguintes frases no seu comentário ao artigo 2.º, n.º 8: «Esta excepção mais não faz do que confirmar o princípio geral segundo o qual a admissão à protecção na aceção da convenção pressupõe um elemento suficiente de criação intelectual. Compete aos tribunais decidir, caso por caso, se este elemento se verifica e determinar se se trata de uma narração que comporta uma grande parte da originalidade ou de uma relação pura e simples, seca e impessoal de notícias do dia ou de *faits divers*.»

que resulta das disposições da Convenção de Berna.

162. A RTE alega que o poder da Comissão para impor às empresas a concessão de licenças com base no artigo 86.º do Tratado e do Regulamento n.º 17 é incompatível com o artigo 9.º, n.º 2, da Convenção de Berna, que dispõe:

A High Court irlandesa considerou que as listas de programas eram fruto de uma reflexão e de um trabalho preliminar consideráveis, bem como de competência técnica e qualidades de apreciação e, em consequência, eram susceptíveis de ser protegidas como obras literárias e compilações (n.º 10 do acórdão RTE e n.º 7 do acórdão ITP). Como se vê, a High Court recusou expressamente considerar as listas de programas como «simples informações de imprensa».

«2. Fica reservada às legislações dos países da União a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras, em certos casos especiais, desde que tal reprodução não prejudique a exploração normal da obra nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor.»

Nesta base, é de dar razão à RTE quanto ao seu ponto de vista segundo o qual as listas de programas têm garantida a protecção mínima

163. A RTE alega que o artigo 9.º, n.º 2, estabelece como condição que as licenças obrigatórias só podem ser impostas com base numa legislação específica que determine claramente como e quando é possível impor licenças obrigatórias. Como exemplo de legislações que preenchem esta condição, a RTE cita a legislação britânica recentemente adoptada, segundo a qual os organismos de difusão de rádio e de televisão são obrigados a conceder licenças relativas às suas listas de programas, e o artigo 8.º, n.º 1, da proposta da Comissão de directiva do Conselho relativa à protecção jurídica das bases de

88 — No prefácio deste Guia diz-se: «Todavia, o presente Guia não deve ser considerado como uma interpretação autêntica das disposições da referida convenção, uma vez que o Bureau Internacional da OMPI incumbido da sua gestão não tem competência para efectuar tal interpretação. O único objectivo deste guia é apresentar, de forma tão simples e clara quanto possível, o conteúdo da Convenção de Berna e de fornecer um certo número de explicações sobre a sua natureza, a sua finalidade e o seu alcance. Incumbe às autoridades em causa, assim como aos meios interessados, determinar as suas próprias opiniões.»

dados⁸⁹. Em contrapartida, segundo a RTE, o artigo 86.º do Tratado não preenche esta condição pois não é suficientemente claro para conferir aos titulares de um direito de autor uma indicação razoável dos casos em que é possível impor-lhes que concedam licenças, deixando pelo contrário à apreciação da Comissão a determinação precisa e a adaptação de tal obrigação caso a caso.

164. Esta opinião não é sustentável.

165. No comentário ao artigo 9.º no *Guia da Convenção de Berna* lê-se designadamente o seguinte: «Curiosamente este direito (de reprodução) que é a própria essência do direito de autor, não aparecia na convenção como um dos direitos mínimos, até à revisão de Estocolmo (1967). Se bem que o direito fosse reconhecido em princípio por todos os países membros, o problema essencial foi encontrar uma forma suficientemente ampla para abranger todas as excepções razoáveis mas não demasiado ampla para tornar este direito ilusório.» E, mais especificamente em relação com o artigo 9.º, n.º 2, vem escrito:

89 — O artigo 8.º, n.º 1, é do seguinte teor: «Não obstante o direito previsto no n.º 5 do artigo 2.º de impedir a extracção e a reutilização não autorizadas do conteúdo de uma base de dados, caso as obras ou materiais contidos numa base de dados posta à disposição do público não possam ser criados, compilados ou obtidos de forma independente a partir de uma outra fonte, o direito de extrair e reutilizar, no todo ou em parte, as obras ou materiais da base de dados para fins comerciais deverá ser assegurado mediante licença concedida em condições equitativas e não discriminatórias.» A Comissão critica este exemplo alegando que o mesmo não diz respeito ao direito de autor que protege a base de dados mas, pelo contrário, ao direito *sui generis* de protecção contra a extracção desleal que não está abrangido pela Convenção de Berna. A IPO parece estar de acordo com a Comissão quanto a este ponto. Não considero necessário apreciar este ponto do litúgio.

«Esta disposição dá aos países da União a faculdade de derrogar o direito exclusivo de reprodução e permitir que as obras sejam livremente reproduzidas ‘em certos casos especiais’. Mas a latitude deixada aos legisladores não é total: a convenção estabelece duas condições... que devem ser preenchidas cumulativamente...».

166. Quanto a este aspecto, não parece que seja de atribuir uma importância especial e autónoma ao facto de a disposição indicar que os limites ao direito de reprodução são reservados «às legislações». Também me parece excessivo interpretar tal formulação neutra, cujo objectivo era «abranger todas as excepções razoáveis», no sentido de que se refere a legislações de um determinado tipo e com um determinado nível de precisão. Como sublinhou a Comissão, não é muito verosímil que todos os países que ratificaram o Acto de Paris de 1991 tenham pretendido renunciar a uma competência de impor licenças obrigatórias com base nas regras do direito da concorrência.

Em minha opinião, não se pode sequer deduzir do artigo 9.º, n.º 2, mais do que o facto de que a convenção não impede limitações ao direito exclusivo de reprodução, em casos especiais, e deixa aos membros da União a tarefa de se pronunciarem, nas suas legislações e no respeito das condições indicadas na disposição, sobre a forma como pretendem utilizar esta possibilidade. Não pode ser contrária a esta disposição a constatação de que uma disposição geral do direito da concorrência fornece a base legislativa necessária.

167. Finalmente, no que se refere às condições estabelecidas no artigo 9.º, n.º 2, a saber, «que tal reprodução não prejudique a exploração normal da obra nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor», parece-me claro que a possibilidade de a Comissão impor às empresas que concedam licenças, com base nas regras de concorrência do Tratado, quando as condições muito restritas que acima referi se mostram preenchidas, não pode ser considerada como incompatível, de forma geral, com o artigo 9.º, n.º 2. Como sublinhou a Comissão, o preenchimento destas condições será, em última instância, submetido à fiscalização do Tribunal de Justiça.

No que se refere à decisão concreta de impor à RTE e à ITP que concedam licenças para as suas listas de programas, julgo que a conclusão acima exposta no sentido de que tal decisão é incompatível com o artigo 86.º do Tratado é, além disso, confirmada pelo artigo 9.º, n.º 2, da Convenção de Berna, nomeadamente pelo facto de, em minha opinião, uma obrigação de conceder licenças para a fabricação de produtos que correspondem no essencial às mesmas necessidades dos consumidores que o produto do titular do direito de autor e que, portanto, são concorrentes desse produto, é susceptível de prejudicar «a exploração normal da obra».

168. Nestas condições, o Tribunal de Justiça pode declarar que a Convenção de Berna não implica que seja necessária uma interpretação do artigo 86.º do Tratado que proíba que seja imposto a empresas, com base nesta

disposição e em circunstâncias especiais, que concedam licenças para as suas obras protegidas pelo direito de autor.

169. Para o caso de o Tribunal de Justiça concordar que, em circunstâncias específicas, pode ser incompatível com o artigo 86.º a recusa de conceder licenças e considerar, contrariamente às conclusões que proponho, que tais circunstâncias se verificam nos presentes processos, tomarei em seguida posição sobre os outros fundamentos invocados no Tribunal de Justiça.

F — O artigo 3.º do Regulamento n.º 17 foi violado?

170. O artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17 dispõe o seguinte: «Se a Comissão verificar, a pedido ou oficiosamente, uma infracção ao disposto no artigo 85.º ou no artigo 86.º do Tratado, pode, através de decisão, obrigar as empresas e associações de empresas em causa a pôr termo a essa infracção.»

171. A ITP alega que o acórdão do Tribunal de Primeira Instância é errado na medida em que declarou que a Comissão podia, com base nesta disposição, impor às empresas que concedessem licenças para obras protegidas

pelo direito de autor⁹⁰. Alguns dos argumentos apresentados correspondem aos argumentos acima tratados quanto à questão de saber se pode ser incompatível com o artigo 86.º a recusa de conceder licenças, e por isso não serão aqui debatidos. Afirmo acima que uma recusa de conceder licenças em circunstâncias especiais pode constituir um abuso de posição dominante. Resta apenas, como sublinhou a Comissão, analisar se a disposição citada dá à Comissão competência para impor à empresa em posição dominante que conceda licenças, ou se a Comissão se deve limitar a impor à empresa que ponha termo à infracção ao artigo 86.º Quanto a este ponto, estou inteiramente de acordo com a fundamentação do Tribunal de Primeira Instância relativamente à conclusão a que chegou e assim limito-me a para ela remeter (v. os n.ºs 70 e 71 do acórdão ITP).

consideração⁹¹. É-me difícil ver como tais factores poderiam permitir constatar que os limites do que é razoável e necessário para pôr termo a uma infracção ao artigo 86.º, que consiste no caso em apreço na recusa da empresa em conceder licenças, são ultrapassados por uma obrigação de dar aos terceiros que o solicitam, numa base não discriminatória, a autorização para publicar as listas semanais da sociedade, eventualmente cedendo-lhes uma licença acompanhada de determinadas condições⁹². Considero que também sobre este ponto não há qualquer razão para criticar o acórdão do Tribunal de Primeira Instância (n.ºs 80 e 81 do acórdão ITP).

G — O Tribunal de Primeira Instância definiu erradamente o mercado dos produtos em causa e aplicou erradamente o conceito de posição dominante?

172. A ITP alega além disso que o acórdão do Tribunal de Primeira Instância é errado na medida em que declara que o artigo 2.º da decisão da Comissão está conforme com o princípio da proporcionalidade. Quanto a este ponto, a ITP enumera uma série de factores que, em sua opinião, o Tribunal de Primeira Instância deveria ter tomado em

173. O Tribunal de Primeira Instância, nos seus acórdãos e em conformidade com a decisão da Comissão, definiu os mercados de produtos em causa como os das listas de programas semanais e de guias de televisão nos quais essas listas de programas são publi-

90 — Nos seus diversos articulados, a ITP intitulou a sua discussão deste fundamento «desvio de poder». Isto foi criticado pela Comissão que alega que uma eventual ultrapassagem de competência não constitui um desvio de poder. Deve dar-se razão à Comissão quanto a este ponto. A ITP não parece alegar que a Comissão tenha prosseguido, através da sua decisão, um objectivo diferente daquele que vem previsto no artigo 86.º, mas apenas que a Comissão utilizou a competência enunciada no artigo 3.º do Regulamento n.º 17 de uma maneira que, segundo a ITP, não se pode basear nesta disposição.

91 — A ITP refere i) que a decisão não só suprimiu o direito exclusivo de reprodução da ITP mas o seu direito de primeira comercialização do seu produto, o que é particularmente importante quando, como no caso em apreço, se trata de um produto perecível cuja duração de vida útil é apenas de 10 dias, ii) que não existe qualquer reciprocidade entre a ITP e os seus concorrentes (para além da BBC e da RTE), aos quais lhes é imposto que concedam licenças, e iii) que os seus concorrentes — em particular os jornais difundidos à escala nacional — realizam volumes de negócios e lucros de longe superiores aos da ITP.

92 — Como foi sublinhado pela Comissão, a decisão dava às sociedades a possibilidade de cobrar *royalties* pelas licenças e estabelecer as condições julgadas necessárias para proteger os seus legítimos interesses.

casas. O Tribunal refere que se trata de mercados específicos, que não podem ser equiparados ao mercado da informação sobre programas de televisão em geral, pois existe uma procura específica dos produtos em causa, quer por parte dos terceiros que pretendem publicar e comercializar um guia geral de televisão, quer por parte dos telespectadores, que podem assim prever antecipadamente os programas que pretendem ver e, eventualmente, planificar em conformidade as suas actividades semanais de tempos livres (n.ºs 61 e 62 do acórdão RTE e n.ºs 47 e 48 do acórdão ITP).

174. A IPO alega que uma definição do mercado dos produtos em causa baseada numa divisão em diferentes submercados e mercados anexos é artificial e inadequada, pois ignora a natureza e a finalidade do direito de autor, assim como a forma como este direito de autor é comercializado.

175. Em minha opinião, não há razão para criticar a definição feita pelo Tribunal de Primeira Instância dos mercados dos produtos em causa, que se baseou numa análise habitual e correctamente efectuada da possibilidade de substituição entre si dos produtos considerados. Além disso, tenho a impressão que as preocupações da IPO incidem na realidade sobre a questão de saber se o titular do direito de autor está autorizado a reservar para si a utilização, no mercado derivado, da obra protegida pelo direito de autor. Esta questão, contudo, diz respeito à definição do que constitui um abuso de posição dominante e, aliás, a ela se deve responder afirmativamente, como já referi na secção f).

176. Seguidamente, a questão é saber se a RTE e a ITP detêm cada uma a posição dominante nos mercados assim definidos.

177. Não é contestado nos autos que uma empresa não está em posição dominante pelo simples facto de ser titular de um direito imaterial⁹³. Também não é contestado que uma posição dominante deve ser definida como «uma situação de poderio económico detida por uma empresa que lhe dá o poder de entravar a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado em causa fornecendo-lhe a possibilidade de comportamentos independentes numa medida apreciável em relação aos seus concorrentes, aos seus clientes e, finalmente, aos consumidores»⁹⁴.

178. A IPO alega que o Tribunal de Primeira Instância afirmou erradamente nos seus acórdãos que as sociedades detinham uma posição dominante pelo simples facto de serem titulares dos direitos de autor em causa, e sem que se tenha procedido ao menor estudo do seu poderio económico no mercado. A IPO alega além disso que, na sua decisão, a Comissão utilizou de maneira errada o critério da situação de poderio económico.

93 — V. acórdãos Deutsche Grammophon (n.ºs 16 e 17), Sirena (n.º 16), e EMI Records (Recueil, p. 811, n.º 36).

94 — Acórdão Michelin (n.º 30). V. também os acórdãos Hoffmann-La Roche/Comissão (n.º 38), e CBEM (n.º 16).

179. Na decisão impugnada, a Comissão fundamenta a sua constatação no facto de que a RTE e a ITP estão em posição dominante da forma seguinte:

«Independentemente de quaisquer eventuais direitos de propriedade intelectual de que sejam ou de que aleguem ser titulares, os organismos de radiodifusão têm um *monopólio de facto* sobre a produção e a primeira publicação das suas listas semanais. Isto deve-se ao facto de as listas de programas serem um produto derivado do processo de programação dos horários, realizado e conhecido apenas pelas próprias pessoas que o fazem. Além disso, as listas só se tornam produtos susceptíveis de comercialização quando os próprios horários se tornam definitivos (sujeitos a alterações de última hora), pouco tempo antes da emissão. Como resultado, não é possível a terceiros produzirem eles próprios listas fiáveis para publicação nos seus próprios guias TV. São obrigados a obterem listas dos próprios organismos de radiodifusão, ou de empresas a quem os direitos relativos às listas tenham sido concedidos, neste caso a ITP, a BBC e a RTE. Os terceiros estão, portanto, numa posição de dependência económica, característica de uma posição dominante.

Além disso, o monopólio de facto detido por cada um dos organismos da radiodifusão, relativamente às suas próprias listas de programas, é reforçado em termos de *monopólio*

legal na medida em que estes organismos reivindicam protecção ao abrigo da legislação de direitos de autor no Reino Unido e/ou na Irlanda, ou que as partes para quem elas tenham eventualmente transferido os alegados direitos reivindicam a mesma protecção...

Como resultado, não é possível existir concorrência de terceiros nesses mercados» (n.º 22, o sublinhado é meu).

180. É minha opinião que a determinação da posição das sociedades no mercado feita pela Comissão está correcta. O elemento decisivo deve ser o facto de os guias semanais de televisão só poderem ser elaborados com o auxílio das listas de programas dos canais que podem ser captados no mercado em causa e de as listas de programas só poderem ser fornecidas pelos organismos de teledifusão que procedem à programação dos seus canais de televisão respectivos e que, dessa forma, têm um monopólio de facto no mercado. Os direitos de autor das sociedades não são determinantes em si mesmos, mas contribuem para reforçar as posições dominantes.

181. A IPO critica a utilização pela Comissão do conceito de monopólio de facto. Alega que tal monopólio é susceptível de surgir sempre que exista um mercado primário e um mercado secundário e que um terceiro tome a decisão unilateral de utilizar os produtos do mercado primário com vista a exercer uma actividade económica no mercado secundário. Desta forma, a dependência

económica está artificialmente ligada à intenção de um terceiro. Segundo a IPO, o conceito de monopólio de facto é uma construção artificial da Comissão para justificar a utilização do direito da concorrência com o objectivo de alterar o objecto específico do direito de autor.

182. Em minha opinião, este ponto de vista é de rejeitar. Não é exacto que exista uma posição dominante sempre que se esteja em presença de um mercado primário ou de um mercado secundário. O elemento determinante deve ser saber se a empresa em causa é a única fonte de abastecimento possível para os produtos fabricados no mercado primário que são necessários para exercer uma actividade no mercado secundário ⁹⁵.

Quanto a este ponto, também é minha impressão que as preocupações da IPO incidem na realidade sobre a questão de saber se o titular de um direito de autor pode reservar para si a utilização da sua obra protegida pelo direito de autor no mercado derivado, ou se tal comportamento constitui um abuso de posição dominante [v. acima e na secção f)].

95 — V. quanto a este ponto os acórdãos de 13 de Novembro de 1975, *General Motors Continental/Comissão* (26/75, Recueil, p. 1367, n.º 9), *Hugin Kassaregister e Hugin Cashregisters* (n.ºs 9 e 10); *CBEM* (n.ºs 16, 17 e 18) e *British Leyland/Comissão* (n.ºs 5 e 9).

183. O Tribunal de Primeira Instância confirmou a decisão da Comissão quanto a este ponto com base nos seguintes fundamentos:

«Quanto à posição da recorrente no mercado em causa, o Tribunal considera que a RTE dispunha, graças ao seu direito de autor sobre as suas listas de programas (no acórdão ITP: a ITP dispunha, graças ao direito de autor sobre as listas de programas dos canais ITV e Channel 4, que lhe tinha sido cedido pelas sociedades de televisão que alimentam os referidos canais) do direito exclusivo de reproduzir e colocar no mercado as referidas listas. Esta circunstância permitiu-lhe, no momento dos factos em causa, garantir para si o monopólio da publicação das suas listas semanais numa revista especializada nos seus próprios programas, a *RTE Guide* (no acórdão ITP: nos programas da ITP e do Channel 4, a *TV Times*). Daí resulta que a recorrente ocupava manifestamente, na época em questão, uma posição dominante, quer no mercado representado pelas suas listas semanais, quer no das revistas em que estas eram publicadas na Irlanda e na Irlanda do Norte. Com efeito, os terceiros, como a sociedade Magill, que pretendessem editar uma revista geral de televisão, encontravam-se numa situação de dependência económica em relação à recorrente, que tinha, desse modo, a possibilidade de se opor ao aparecimento de qualquer concorrência efectiva no mercado da informação sobre os seus programas semanais...» (n.º 63 do acórdão RTE e n.º 49 do acórdão ITP).

184. As críticas formuladas pela IPO aos acórdãos do Tribunal de Primeira Instância são em certa medida justificadas. Parece que

o Tribunal de Primeira Instância atribui uma importância decisiva aos direitos de autor das sociedades o que, como se disse, não corresponde à jurisprudência do Tribunal de Justiça. Mas como, quanto ao demais, estou de acordo com a conclusão do Tribunal de Primeira Instância e como este último também conclui pela existência de uma dependência económica, não penso que exista aqui um motivo em si suficiente para anular os acórdãos do Tribunal de Primeira Instância.

tação do comércio entre Estados-Membros se mostrava preenchida. Fundamentou-o da forma seguinte:

«No presente caso, o Tribunal considera que o comportamento censurado alterou a estrutura da concorrência no mercado dos guias de televisão na Irlanda e na Irlanda do Norte, o que afectou o fluxo potencial das trocas comerciais entre a Irlanda e o Reino Unido.

H — O Tribunal de Primeira Instância utilizou de forma errada o conceito de afectação do comércio entre Estados-Membros?

Com efeito, a recusa da recorrente de autorizar os terceiros interessados a publicar as suas listas semanais repercutiu-se de forma determinante na estrutura da concorrência no sector das revistas de televisão no território representado pela Irlanda e pela Irlanda do Norte. Ao obstar, através da sua política de autorizações, à edição, designadamente pela Magill, de uma revista geral de televisão destinada a ser comercializada na Irlanda e na Irlanda do Norte, a recorrente não apenas eliminou uma empresa concorrente do mercado dos guias de televisão, como também excluiu qualquer concorrência potencial no mercado em causa, o que teve por efeito manter a compartimentação dos mercados representados, respectivamente, pela Irlanda e pela Irlanda do Norte. Nestas condições, é inegável que o comportamento em causa era susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros.» (n.º 77 do acórdão RTE).

185. A RTE alega que a política de licenças da sociedade não afectou o comércio entre os Estados-Membros e que as normas do direito comunitário em matéria de concorrência não têm como finalidade sanar situações puramente internas num Estado-Membro. Embora seja de deplorar a inexistência na Irlanda e no Reino Unido, contrariamente aos outros Estados-Membros, de um guia de televisão semanal geral, é aos Estados-Membros em causa que compete, segundo a RTE, resolver este problema como acaba de o fazer o Reino Unido.

186. O Tribunal de Primeira Instância considerou no seu acórdão que a condição enunciada no artigo 86.º no que se refere à afec-

187. A RTE contesta a afirmação do Tribunal de Primeira Instância de que o

comportamento da sociedade mantém a compartimentação dos mercados representados, respectivamente, pela Irlanda e pela Irlanda do Norte. A RTE refere a este propósito que nunca impediu a exportação ou a importação de guias de televisão e que tem seguido uma única e mesma política no que se refere ao fornecimento das listas de programas semanais e à concessão de licenças, independentemente do lugar de estabelecimento das empresas interessadas.

188. Resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que, para que se mostre preenchida a condição de afectação do comércio entre Estados-Membros, «o acordo em causa deve, com base num conjunto de elementos objectivos de direito ou de facto, deixar prever, com suficiente grau de probabilidade, que pode exercer uma influência directa ou indirecta, actual ou potencial, sobre o desenrolar das trocas comerciais entre Estados-Membros»⁹⁶ e assim impedir a constituição de um mercado único entre os Estados-Membros. Não é necessário que o comportamento conduza a uma compartimentação dos mercados⁹⁷, pois basta poder demonstrar que o comportamento afecta a estrutura da concorrência no mercado comum, por

exemplo, porque conduz à eliminação de um concorrente⁹⁸.

189. Creio que se deve dar razão à RTE quando afirma que o seu comportamento não conduziu a uma compartimentação dos mercados nacionais. Mas é indubitável que o comportamento em causa *afectou a estrutura da concorrência* no mercado comum, pois conduziu à eliminação de um concorrente e excluiu novos concorrentes no mercado em questão⁹⁹. Esta é a constatação central do acórdão do Tribunal de Primeira Instância que, assim, não pode ser criticado quanto a este ponto.

96 — Acórdão de 30 de Junho de 1966, *Société Technique Minière* (56/65, Colect. 1965-1968, p. 381, e, sobretudo p. 387). Este acórdão dizia respeito ao artigo 85.º mas não há lugar a uma interpretação diferente da condição de afectação do comércio prevista no artigo 86.º V. também os acórdãos *Michelin* (n.º 104) e de 23 de Abril de 1991, *Höfner e Elser* (C-41/90, Colect., p. I-1979, n.º 32), ambos relativos ao artigo 86.º e nos quais o Tribunal de Justiça declarou que, para que a condição de afectação do comércio esteja preenchida, não é necessário que o comportamento abusivo em causa tenha efectivamente afectado esse comércio, pois basta provar que este comportamento é susceptível de produzir tal efeito.

97 — V. quanto a este aspecto o acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Dezembro de 1985, *Stichting Sigarettenindustrie e o.* (240/82, 241/82, 242/82, 261/82, 268/82 e 269/82, Recueil, p. 3831, n.º 48).

98 — V. acórdão *Commercial Solvents* (n.º 33), no qual o Tribunal de Justiça declarou que uma recusa de fornecimento susceptível de conduzir à eliminação de um concorrente igualmente estabelecido no mercado comum podia afectar a estrutura da concorrência no mercado comum e afectar por este facto de forma potencial o comércio entre os Estados-Membros. No seu acórdão de 14 de Fevereiro de 1978, *United Brands/Comissão* (27/76, Recueil, p. 207, n.ºs 201 e 202), o Tribunal de Justiça declarou correspondentemente que «quando o detentor de uma posição dominante estabelecido no mercado comum procure eliminar um concorrente também ele estabelecido no mercado comum não importa saber se o seu comportamento diz respeito ao comércio intracomunitário, bastando que seja evidente que essa eliminação da concorrência terá repercussões na estrutura concorrencial do mercado comum». V. também os acórdãos *Hoffmann-La Roche/Comissão* (n.º 125), e *Hugin Kassaregister e Hugin Cashregisters* (22/78, Recueil, p. 1869, n.º 17).

99 — Na audiência, a RTE sublinhou que a questão da afectação do comércio entre os Estados-Membros devia ser apreciada de forma distinta relativamente à RTE, pois a Comissão não tinha baseado a sua decisão *numa posição dominante conjunta*. A RTE considerada isoladamente não tinha possibilidade de influenciar a estrutura da concorrência no mercado comum. Assim, a RTE só podia conceder licenças para as suas próprias listas de programas e, como é improvável que outro editor tenha podido pretender publicar um guia de televisão que apenas contivesse as listas da RTE, o comportamento da sociedade não podia assim afectar o comércio dos guias semanais na Irlanda e na Irlanda do Norte. Esta argumentação é de rejeitar. O facto de a política da RTE só ter podido afectar a estrutura da concorrência porque outras sociedades conduziam a mesma política em matéria de licenças não significa que a política da RTE neste domínio não afectasse a estrutura da concorrência.

190. Como foi alegado pela RTE, e contrariamente ao que alegou a Comissão, não é contudo suficiente que o comércio seja afectado actual ou potencialmente da forma indicada. Resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que esta afectação deve ser *sensível*¹⁰⁰.

191. A RTE alega que a política de licenças da sociedade só afectou o comércio entre a Irlanda e o Reino Unido de maneira insignificante. A RTE refere a este propósito as seguintes circunstâncias:

— os guias de televisão que contêm as listas de programas da RTE só são, por natureza, procurados no território em que as emissões da RTE podem ser captadas, ou seja, na Irlanda e numa pequena região fronteiriça da Irlanda do Norte,

— a RTE não tem nem programas nem publicidade destinados à Irlanda do Norte ou para esta difundidos, pois a Irlanda do Norte não tem televisão por cabo e as emissões da sociedade só podem ser captadas na Irlanda do Norte por um efeito de «overspill»,

— só cerca de 100 000 famílias da Irlanda do Norte, o que corresponde entre 30% a 40% da população da Irlanda do Norte, representando menos de 1,6% do mercado de televisão no Reino Unido e menos de 0,3% desse mercado na Comunidade, podem receber as emissões da RTE e as vendas do *RTE Guide* neste território apenas representam cerca de 5 000 exemplares¹⁰¹.

192. A RTE alega ainda que, em qualquer circunstância, é à Comissão que incumbe provar que o comércio entre os Estados-Membros foi afectado de maneira sensível. Segundo a RTE, a Comissão não fez tal prova pois limitou-se a afirmar o seguinte na sua decisão:

«O abuso acima referido tem efeitos no comércio entre Estados-Membros, já que um guia TV geral contendo as listas antecipadas semanais dos programas regionais da ITP, da BBC e da RTE seria claramente comercializado tanto na Irlanda como na Irlanda do Norte, o que incluiria o comércio fronteiriço de tal guia. Além disso, o comércio das próprias listas antecipadas semanais incluiria um comércio de natureza transfronteiriça» (n.º 24).

100 — V., por exemplo, os acordãos de 25 de Novembro de 1971, *Bégudin Import* (22/71, Recueil, p. 949, n.º 16 a 18), e de 20 de Junho de 1978, *Tepeca/Comissão* (28/77, Recueil, p. 1391, n.º 47 a 51).

101 — A RTE referiu além disso que as vendas dos guias de televisão da RTE no Reino Unido representam menos de 5% da venda na Irlanda e que a experiência após a adopção da nova política de licenças da RTE mostrou até agora que a sua política anterior não tinha afectado o comércio intracomunitário.

A RTE sublinha que a Comissão não impugnou os factos alegados pela sociedade nem alegou no processo no Tribunal de Justiça circunstâncias que possam provar que se está perante uma afectação sensível do comércio ¹⁰².

193. Segundo a RTE, o acórdão do Tribunal de Primeira Instância deve ser anulado, pois este também não procedeu a uma análise aprofundada do mercado, com vista a determinar se o comércio tinha sido afectado de maneira sensível e isto nomeadamente porque não tomou em conta as informações de facto apresentadas pela RTE nem os seus argumentos, ou não discutiu estes elementos de forma suficiente.

102 — A RTE sublinha neste contexto que a decisão da Comissão apenas se refere ao comércio entre a Irlanda e a Irlanda do Norte. As informações que a Comissão invocou no processo no Tribunal de Justiça no que diz respeito ao comércio entre a Irlanda e a Grã-Bretanha unicamente não podem assim ser tomadas em consideração. A Comissão negou que se trate de novas informações e, nomeadamente, referiu que, desde a audiência perante a Comissão, a BBC declarou que receava a importação na Grã-Bretanha dos guias de televisão em língua inglesa provenientes da Irlanda, que a ITP exprimiua preocupações correspondentes no decurso do processo de medidas provisórias perante o presidente do Tribunal de Justiça, da mesma forma que a RTE, neste processo de medidas provisórias, exprimiua a sua preocupação de ver editores ingleses publicarem uma versão irlandesa dos seus guias de televisão com informações sobre os programas da RTE. Como basta, em minha opinião, para decidir os presentes processos, tomar em consideração a importância do comércio entre a Irlanda e a Irlanda do Norte, não é necessário decidir definitivamente a questão de saber se se pode tomar em conta uma eventual afectação do comércio entre a Irlanda e a Grã-Bretanha. Permitam-me contudo fazer a breve observação seguinte: o facto de os organismos de teledifusão britânicos terem recebido as importações provenientes da Irlanda de um *Magill TV Guide* e o facto de a alteração da legislação britânica ter levado à publicação no mercado irlandês de guias de televisão semanais gerais fabricados no Reino Unido permite antes de mais e sobretudo provar a importância da política de licenças seguida pela ITP e pela BBC, sociedades cujos programas — contrariamente aos da RTE — podiam ser captados tanto no Reino Unido como na Irlanda. Mas por outro lado não se pode excluir que editores irlandeses só estejam interessados em publicar guias de televisão com informações sobre os programas da ITP e da BBC se puderem também incluir informações sobre os programas da RTE, ou que na Irlanda exista uma maior procura de guias de televisão provenientes da Grã-Bretanha, quando estes contêm também informações sobre os programas da RTE. Desta maneira, é de admitir que a política de licenças da RTE possa afectar o comércio entre a Irlanda e a Grã-Bretanha.

194. No seu acórdão, o Tribunal de Primeira Instância declarou que o comércio tinha sido afectado de maneira sensível, fundamentando assim a sua afirmação:

«Acrece que deve referir-se que o efeito sensível da política em causa nos potenciais fluxos de trocas entre a Irlanda e o Reino Unido é claramente demonstrado pela existência de uma procura específica para uma revista geral de televisão do tipo da *Magill TV Guide*, como testemunha o êxito das revistas de televisão especializadas nos programas de uma única estação de televisão, na falta de um guia geral de televisão no momento dos factos censurados no mercado geográfico em causa. A este respeito, há que recordar que a política da recorrente em matéria de informação sobre os seus programas semanais obstava à produção e à difusão de revistas gerais de televisão que se destinassem ao conjunto dos telespectadores da Irlanda e da Irlanda do Norte. Com efeito, o território geográfico em causa, no qual se encontra já realizado um mercado único de serviços de teledifusão, representa, correlativamente, um mercado único da informação sobre os programas de televisão, tendo particularmente em conta a grande facilidade das trocas comerciais do ponto de vista linguístico» (n.º 77 do acórdão RTE).

195. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça não é necessário muito para que se mostre preenchida a exigência do efeito sensível ¹⁰³. Nomeadamente, não é de exigir que

103 — Há um caso em que o Tribunal de Justiça considerou que o comportamento em causa não podia ser considerado como afectando o comércio entre os Estados-Membros, v. o acórdão *Hugin Kassaregister e Hugin Cashregisters*.

a Comissão proceda a uma análise económica quanto ao volume preciso do comércio potencial do produto em causa entre os Estados-Membros ¹⁰⁴. Em minha opinião, a condição do efeito sensível sobre o comércio deve ser considerada como preenchida nos presentes processos, quanto mais não seja porque é possível constatar que o comportamento em causa conduziu à eliminação de um concorrente e excluiu novos concorrentes que pretendiam produzir um produto que seria incontestavelmente procurado, tanto no mercado irlandês como na parte de mercado da Irlanda do Norte em que as emissões da RTE podem ser captadas ¹⁰⁵. Não penso que, quanto a este ponto, seja de criticar o acórdão do Tribunal de Primeira Instância ¹⁰⁶.

104 — V. quanto a este aspecto o acórdão Michelin (n.º 102 a 105), no qual o Tribunal de Justiça rejeitou uma crítica à decisão da Comissão segundo a qual a argumentação da Comissão se baseava numa presunção do efeito sobre o comércio e assentava numa análise puramente abstracta e teórica. V. também o acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de Fevereiro de 1978, Miller International Schallplatten/Comissão (19/77, Recueil, p. 131, n.º 15). É um facto que, numa série de acórdãos, o Tribunal de Justiça declarou um efeito sensível sobre o comércio sem proceder a uma análise económica detalhada: v. por exemplo o acórdão de 14 de Fevereiro de 1978, United Brands/Comissão (27/76, Recueil, p. 207, n.º 202), no qual o Tribunal de Justiça se limitou a declarar que «a recusa de abastecer um cliente habitual de longa data que compra com a intenção de revender noutro Estado-Membro influi nas correntes normais das trocas e produz um efeito apreciável no comércio entre os Estados-Membros».

105 — Esta conclusão encontra um certo apoio no acórdão de 25 de Outubro de 1983, AEG (107/82, Recueil, p. 3151, n.º 65), no qual o Tribunal de Justiça declarou que o sistema de distribuição selectivo podia afectar o comércio entre os Estados-Membros simplesmente porque se podia verificar que afectava a exportação de televisores a cores que podiam funcionar com sistemas de transmissão diferentes, respectivamente na França e na Alemanha e que, portanto, eram especialmente procurados nas *regiões fronteiriças* da Alemanha e da França.

106 — É exacto que, como alegou a RTE, a Comissão não refere expressamente na sua decisão que o comportamento da RTE *afectou a estrutura da concorrência* no mercado comum e podia, portanto, originar um efeito *sensível* sobre o comércio. Contudo, isto não pode ser decisivo. Resulta claramente da decisão que o comportamento da RTE conduziu à eliminação de um concorrente e excluiu a entrada de novos concorrentes no mercado (v. n.º 23) e que se tratava de um produto para o qual havia uma procura potencial, tanto no mercado irlandês como numa parte do mercado da Irlanda do Norte (v. n.º 24). Em minha opinião, isto basta. Noutros termos, não se pode criticar o acórdão do Tribunal de Primeira Instância alegando que a decisão da Comissão deveria ter sido anulada por falta de fundamentação quanto a este ponto.

I — O artigo 190.º do Tratado foi violado?

196. A ITP alega que o Tribunal de Primeira Instância violou o artigo 190.º do Tratado ao declarar que a decisão da Comissão estava adequadamente fundamentada. Segundo a ITP, a decisão está insuficientemente fundamentada, porque a Comissão não expôs os fundamentos jurídicos que a levaram a concluir pela primeira vez que o exercício do direito de autor que consiste em recusar conceder licenças pode constituir um abuso de posição dominante contrário ao artigo 86.º, porque a Comissão se limitou a afirmar que o comportamento em questão não estava abrangido pelo objecto específico do direito de autor, sem fundamentar e explicar esta afirmação, porque os fundamentos agora invocados pela Comissão não constavam da decisão e porque a Comissão não expôs por que razão os princípios estabelecidos pelo Tribunal de Justiça nos seus acórdãos Warner Brothers e Volvo ¹⁰⁷ não eram aplicáveis aos presentes processos.

197. A Comissão alega a título liminar que, mesmo sendo a obrigação de fundamentação uma questão de direito, não é desejável exigir que o Tribunal de Justiça proceda a um novo exame em todos os seus pormenores de uma decisão em matéria de concorrência com vista a verificar se o Tribunal de Primeira Instância tinha razão para concluir que a decisão estava suficientemente fundamentada. A Comissão considera que, para evitar duplicação de funções, o Tribunal de Justiça se deverá limitar, quanto a este ponto, a analisar o acórdão que é objecto de recurso, com vista a determinar se o mesmo contém

107 — V. acima no capítulo D, secções b) e c).

um erro manifesto. A Comissão alega seguidamente que a sua decisão estava convenientemente fundamentada e que o acórdão do Tribunal de Primeira Instância não contém, assim, qualquer erro e, em qualquer caso, erro manifesto a este respeito.

198. Em minha opinião, não existe qualquer razão para pensar que a fiscalização dos acórdãos do Tribunal de Primeira Instância pelo Tribunal de Justiça deva ser mais limitada quando se trata de apreciar se o Tribunal de Primeira Instância teve razão ao considerar que um acto jurídico estava suficientemente fundamentado. Mesmo que a análise da questão de saber se a obrigação de fundamentação foi respeitada implique uma apreciação do contexto no qual a decisão se inscreve, trata-se, em minha opinião, de uma questão de direito que releva do poder de fiscalização habitual do Tribunal de Justiça, em conformidade com o artigo 51.º do seu Estatuto. Assim, convém apreciar se a decisão da Comissão estava adequadamente fundamentada.

199. A jurisprudência constante do Tribunal de Justiça delimita da forma seguinte a obrigação de fundamentação prevista no artigo 190.º:

«Se é certo que... a fundamentação exigida pelo artigo 190.º do Tratado deve revelar, de forma clara e inequívoca, o raciocínio da autoridade comunitária, autora do acto impugnado, de maneira a permitir aos inte-

ressados conhecer as razões da medida tomada, com vista a defender os seus direitos, e ao Tribunal exercer o seu controlo, não se exige, todavia, que tal fundamentação especifique todos os elementos de facto ou de direito relevantes. Com efeito, a questão de saber se a fundamentação de uma decisão obedece a essas exigências deve ser apreciada não só à luz do seu teor, mas também do seu contexto, bem como do conjunto das normas jurídicas que regulam a matéria em questão»¹⁰⁸.

200. Contrariamente ao que a ITP alega, a Comissão referiu expressamente na sua decisão que a ITP, a BBC e a RTE impediram, pelas suas políticas restritivas em matéria de licenças, a produção e a venda de um *novo produto para o qual existe uma procura potencial substancial*, que as sociedades, que estão qualquer delas em posição dominante no mercado das suas próprias listas de programas, reservaram para si, desta forma, o *mercado derivado dos guias semanais de televisão*, que as condições incluídas nas licenças concedidas por estas sociedades e que limitavam a reprodução das listas de programas a um dia ou no máximo dois dias eram *indevidamente restritivas*, que o comportamento das sociedades não era inspirado por considerações expostas mais detalhadamente, tendo por única *finalidade proteger a posição dos seus próprios guias de televisão* que não fazem concorrência entre si nem fazem concorrência a outros guias e que as sociedades, assim, limitaram a concorrência em detrimento dos consumidores em violação do

108 — V. acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de Junho de 1986, Nicolet Instrument (203/85, Colect., p. 2049, n.º 10), e posteriormente de 13 de Outubro de 1993, Matsushita Electric Industrial/Comissão (C-104/90, Colect., p. I-4981, n.º 19). V. também os acórdãos de 17 de Janeiro de 1984, VBVB e VBBB/Comissão (43/82 e 62/82, Recueil, p. 19, n.º 22), e de 11 de Julho de 1989, Belasco e o./Comissão (246/86, Colect., p. 2107, n.º 55 e 56), para os quais o Tribunal de Primeira Instância remeteu.

artigo 86.º, alínea b). Nesta base, a Comissão conclui que as sociedades utilizaram o seu direito de autor como um instrumento de abuso de forma tal que *sai do âmbito do objecto específico* do direito imaterial em causa.

201. A Comissão enumerou desta forma as circunstâncias que poderiam eventualmente, nos presentes processos, fundamentar uma lesão do objecto específico do direito de autor [v. acima no capítulo D, secções e), f), g) e i)]. Resulta expressamente da decisão que a Comissão não pensa que o objecto específico do direito de autor constitua obstáculo, nas circunstâncias assim enunciadas, a uma aplicação do artigo 86.º¹⁰⁹. Em minha opinião, isto é bastante para satisfazer a obrigação de fundamentação que resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça, pois não vejo razão para exigir fundamentos jurídicos suplementares ou remissões para a jurisprudência anterior do Tribunal de Justiça.

202. Assim, não é de criticar o acórdão do Tribunal de Primeira Instância pelo facto de este declarar que a decisão da Comissão estava adequadamente fundamentada (n.ºs 64 e 65 do acórdão ITP).

109 — Não se pode criticar a decisão da Comissão simplesmente por esta conceber o seu raciocínio como uma definição precisa do alcance do objecto específico e não como uma lesão do objecto específico (v. acima o n.º 53). Esta é uma questão puramente formal quanto à apresentação mais adequada.

J — Quanto às despesas

203. O artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo dispõe que a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido e que se forem várias as partes vencidas, o Tribunal decide sobre a repartição das despesas. O artigo 69.º, n.º 4, dispõe que o Tribunal de Justiça pode determinar que um interveniente que não seja um Estado-Membro ou uma instituição suporte as respectivas despesas.

204. No caso do Tribunal de Justiça estar de acordo com as minhas propostas, a parte vencida nos presentes processos será a Comissão, apoiada pela Magill.

205. Nos seus acórdãos, o Tribunal de Primeira Instância condenou a RTE e a ITP nas despesas, incluindo as efectuadas pela interveniente. Os acórdãos devem também ser anulados quanto a este ponto.

206. A RTE requereu que a Comissão e a Magill sejam condenadas nas despesas. A ITP requereu que a Comissão e/ou a Magill sejam condenadas nas despesas da ITP no Tribunal de Primeira Instância e que a Comissão seja condenada nas despesas da ITP no Tribunal de Justiça. A IPO requereu que a Comissão seja condenada a pagar as despesas da IPO no Tribunal de Justiça.

207. Proponho que o Tribunal de Justiça regule a questão das despesas da forma seguinte:

processo no Tribunal de Justiça a Magill se limitou a uma alegação oral e, assim, não causou despesas especiais à RTE e à ITP.

A Comissão é condenada a pagar as despesas da RTE e da ITP no Tribunal de Primeira Instância e no Tribunal de Justiça, com excepção das despesas ligadas à intervenção da Magill.

A Magill é condenada a pagar as despesas efectuadas pela RTE e pela ITP como consequência da sua intervenção, tanto no que se refere ao processo no Tribunal de Primeira Instância como ao processo no Tribunal de Justiça. Concretamente, mostra-se que no

A IPO suporta as suas despesas, tendo em conta que este organismo não obteve a confirmação do seu fundamento principal, segundo o qual o artigo 86.º não pode ser aplicado ao exercício de prerrogativas abrangidas pelo objecto específico do direito de autor, da mesma forma que não foi acolhido o seu fundamento autónomo segundo o qual o Tribunal de Primeira Instância definiu de maneira errada o mercado dos produtos em causa e aplicou de maneira errada o conceito de posição dominante.

Conclusão

208. Pelos fundamentos acima expostos, proponho que o Tribunal de Justiça

- anule os acórdãos proferidos em 10 de Julho de 1991 pelo Tribunal de Primeira Instância (RTE/Comissão, T-69/89, Colect., p. II-485, e ITP/Comissão, T-76/89, Colect., p. II-575),
- julgue definitivamente o litígio em conformidade com o artigo 54.º, n.º 1, do Estatuto do Tribunal de Justiça e anule a decisão da Comissão de 21 de Dezembro de 1988 relativa a um processo em aplicação do artigo 86.º do Tratado CEE (89/205/CEE), julgando assim procedentes as conclusões formuladas nas petições de recurso pela Radio Telefis Eireann e pela Independent Television Publications Limited,

- condene a Comissão a pagar as despesas efectuadas pela Radio Telefis Eireann e pela Independent Television Publications Limited no processo no Tribunal de Primeira Instância e no Tribunal de Justiça, à excepção das despesas ligadas à intervenção da Magill TV Guide Limited,

- condene a Magill TV Guide Limited a pagar as despesas efectuadas pela Radio Telefis Eireann e pela Independent Television Publications Limited no Tribunal de Primeira Instância e no Tribunal de Justiça, como consequência da sua intervenção,

- e

- decida que a Intellectual Property Owners Inc suporte as suas próprias despesas.