

NOVEMBRO 2019

Revista Semestral

nº 12

Propriedades intelectuais

ENTREVISTA

• Entrevista Juiz Desembargador
Eurico Reis
Miguel Cavale

• O pensamento por detrás do caso
Cofemel: entrevista ao Dr. João
Miranda, advogado, membro do
Comité Editorial desta revista
Diogo Antunes

DOCTRINA

• Fair use como "uso transformador":
a sua evolução e o seu futuro nos EUA
Marshall Leaffer

• A caminho de uma lei europeia
sobre contratos de propriedade literária
e artística?
Vincent Vint

CRÓNICAS DE JURISPRUDÊNCIA

• Direito de Autor

• I. A. E., LP, contra P. E., S.A., R. E.,
Lda. e L. E., S.A. –
Proc. n.º 284/18.8YFJLSH – Acção
de Processo Cognitivo – 369840
– CONCLUSÃO – 18-06-2019 –
Tribunal da Propriedade Intelectual

• Nota
Vitor Palma Fidalgo

CARTAS DA LUSOFONIA

• Carta do Brasil
Breves notas sobre a Acção Directa
de Inconstitucionalidade 5529 Em
Andamento no Supremo Tribunal
Federal brasileiro
António Maria Filho



A caminho de uma lei europeia sobre contratos de propriedade literária e artística?*

VICENT VARET

DOCTOR EM DIREITO

PROFESSOR ASSOCIADO NA UNIVERSIDADE DE PARIS II – PANTHÉON ASSAS

ADVOGADO EM PARIS

Na sombra das disposições mediáticas da nova diretiva dita “Direito de autor e Mercado Único Digital”, finalmente adotada em 17 de abril e publicado no *JOUE*, de 17 de maio de 2019 (“A Diretiva”), o legislador europeu levou a cabo uma evolução tão discreta como notável. Com efeito, o título IV da diretiva, intitulado “Medidas destinadas a assegurar o bom funcionamento do mercado dos direitos de autor”¹, contém um capítulo intitulado “Remuneração justa dos autores e artistas intérpretes ou executantes no âmbito dos contratos de exploração”; todavia, ao abrigo desta cobertura parcialmente enganosa, são reunidas disposições que começam a harmonizar as regras que regem os contratos de autores e artistas intérpretes.

Isto é duplamente notável: por um lado, a regulamentação dos contratos de autor (e também a dos contratos celebrados com um artista-intérprete) era até agora um dos poucos aspetos do direito da propriedade literária e artística, juntamente com os direitos morais, a ter escapado ao movimento harmonizador de Bruxelas; por outro lado, o âmbito deste esboço de harmonização é singularmente vasto, uma vez que se refere não só aos contratos de autores, independentemente do sector cultural ou económico em causa, mas também aos contratos celebrados com artistas intérpretes.

Esta última constatação, para além de fornecer uma ilustração adicional da influência do direito de autor sobre os direitos dos artistas intérpretes², revela a lógica comum subjacente às regras em causa e a sua harmonização: os artistas intérpretes e executantes, tal como os autores, são considerados partes fracas nos contratos que celebram com os operadores e, como tal, merecem a proteção da lei.

É por isso que os considerandos 72 e 75 da Diretiva³ justificam expressamente a intervenção do legislador europeu nesta matéria. Este propósito de proteção da parte considerada fraca, que também fundamenta, no direito francês, as regras que regem os contratos de autores, determina logicamente, sob certos aspetos, como no direito nacional, o âmbito de aplicação das disposições da diretiva em causa. E não será de estranhar que o legislador europeu, que deseja assegurar a plena eficácia das regras assim promulgadas, tenha conferido à sua maioria um carácter de ordem pública⁴.

A lógica da proteção dos autores e dos artistas-intérpretes, assim apresentada pela diretiva, faz parte dos dois objetivos mais gerais que o legislador europeu se propôs: de acordo com o considerando 3 da diretiva, trata-se de

assegurar um mercado eficiente e equitativo em direito de autor. Por outras palavras, o legislador europeu pretende, com este novo texto de harmonização, ao mesmo tempo que facilita a circulação e a utilização, no mercado único, de obras e outros objetos protegidos, respetivamente, por direitos de autor e direitos conexos, assegurar uma partilha equitativa do valor assim gerado, entre titulares de direitos e seus operadores. O objetivo das regras relativas aos contratos de autores e de artistas intérpretes criadas pela diretiva é, por conseguinte, essencialmente ditado por esta ideia de partilha equitativa, que se destina a assegurar, juntamente com outras regras não relativas a contratos também estabelecidas pela diretiva. A harmonização efetuada no domínio do direito contratual diz, por conseguinte, principalmente respeito, direta ou indiretamente, à remuneração contratual de autores e artistas intérpretes, as suas modalidades de controlo daqueles que lhe estão sujeitos, bem como aos mecanismos

* Dir. UE 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de abril de 2019 sobre direitos de autor e direitos conexos no Mercado Único Digital e alterando Dirs 96/9/CE e 201/29/CE.

1. Um título que, para além de confirmar que, para Bruxelas, os direitos de autor (e os direitos conexos) são essencialmente vistos do ponto de vista do mercado e que, por conseguinte, as obras são mercadorias (quase) como qualquer outra, é tão vago e aberto que poderia muito bem ter constituído o título da própria diretiva.

2. Influência que aparece em particular, no direito nacional, no que diz respeito à condição de proteção das interpretações (exigência de uma contribuição original e pessoal: Cass. 1re civ., 6 de julho. 1999: *Comm.com. electr.* 1999, comm. 42, obs. C. Caron; *D.* 2000, p. 209, concl. J. Sainte-Rose; Cass. 1 civ., 24 abr. 2013, Recurso n.º 11-20900: *Comm. com. electr.* 2013, 75, obs. C. Caron e cron. 9, n.º 7, obs. P. Tafforeau; *O Propr. intell.* 2013, p. 299, obs. J.-M. Bruguière; Cass. 2.º civ., 9 julho 2015: *Juris-Data* n.º 2015-016839; *Comm.com. electr.* 2015, cron. 9, n.º 2, obs. P. Tafforeau); ou no que diz respeito à titularidade dos direitos conexos dos artistas-intérpretes que sejam agentes públicos (Cass. 1 civ., 1 de março de 2005: *RIDA* julho. 2005, p. 439; *Comm.com. electr.* 2005, com. 64, obs. C. Caron, *JCP G* 2005, IV, 1822; *RLLDI* 2005/7, 182, nota J.-M. Bruguière).

3. “Os Autores e os artistas-intérpretes ou executantes tendem a estar (consid. 72) ou estão geralmente (consid. 75) numa posição contratual menos favorável ao conceder uma licença ou a transferir os seus direitos.”

4. *V. infra*, II.

destinados a restabelecer, na vida do contrato, o equilíbrio que o seu desempenho prejudicaria ou revelaria inexistente.

Mas esta preocupação louvável pela equidade não deve mascarar que o instrumento contratual é também, para o legislador europeu, um meio de atingir o seu outro objetivo: o “desempenho” do mercado europeu dos direitos de autor, assim se entendendo uma melhor fluidez na circulação de obras no mercado único, graças a uma facilitação acrescida dos seus métodos de exploração.

Assim, a diretiva promove licenças que possam constituir uma alternativa à exceção, que cria, para a utilização de obras e outros temas protegidos no âmbito do ensino digital e transfronteiriços, desde que essas licenças satisfaçam as necessidades e especificidades dos estabelecimentos de ensino em causa e possam ser facilmente obtidas por eles. Por outras palavras, os titulares dos direitos são convidados a oferecer licenças para determinadas utilizações das suas obras para fins de educação digital transfronteiriça; se essas licenças não cumprirem os requisitos previstos na diretiva, os titulares dos direitos ficarão sujeitos à nova exceção introduzida pela diretiva (artigo 5.º da diretiva).

Assim, ainda, os contratos de licenciamento outorgados por entidades de gestão coletiva são o instrumento escolhido pela diretiva para promover a utilização, especialmente transfronteiriça, de obras e outros objetos “indisponíveis”, que estejam nas coleções de instituições do património cultural (artigos 8.º e 9.º da diretiva).

No mesmo sentido, a diretiva visa incentivar as organizações de gestão coletiva a concederem as chamadas licenças de exploração ditas “coletivas”, ou seja, licenças que abrangem, para além do que é acordado ser incluído no “catálogo” destas organizações, obras ou outros objetos protegidos para os quais essas organizações não detenham os direitos (porque os seus titulares não lhes confiaram) (artigo 12.º da diretiva).

Pode ver-se que, longe de ser concebido e regulado como um instrumento de proteção e negociação dos titulares dos direitos, ao serviço da gestão individual e voluntária desses direitos, o contrato é, nestes casos, um meio de liberalizar o mercado, muitas vezes associado, então, à gestão coletiva.

No que tange, ainda, a estas duas orientações da diretiva, podemos, sem dúvida, colocar as disposições relativas às plataformas de partilha de conteúdos em linha, cujo novo texto exige, nomeadamente, que façam os seus melhores esforços para obter dos titulares dos direitos a autorização contratual para comunicar ao público as obras ou outros objetos protegidos (artigo 13.º da diretiva). As licenças que são ou serão concedidas neste contexto pelos titulares dos direitos destinam-se, naturalmente, a promover uma melhor partilha do valor económico gerado por este tipo de exploração, em benefício dos titulares desses direitos; mas a ausência de autorização não implicará a responsabilidade automática destas plataformas, uma vez que colaborarão ativamente para impedir a difusão de obras não autorizadas. A este respeito, o novo dispositivo legal é benevolente para com elas e promove uma ampla circulação de obras e outros objetos protegidos.

Mas o objetivo do presente artigo não é apresentar este dispositivo específico já amplamente comentado nos meios de comunicação social⁵, nem estudar o outro lado da

abordagem aos contratos pela diretiva – a parte de sombra ou o lado negro, dirão alguns – que usa os contratos “coletivizados” como ferramenta para liberalizar o mercado das obras. Em nossa opinião, esta abordagem merece ser estudada por si própria, a tal ponto o seu espírito é tão distinto do espírito mais clássico que anima as regras destinadas a proteger autores e artistas intérpretes como partes fracas nos contratos. Por conseguinte, limitaremos o estudo a esta última questão, apresentando primeiro o âmbito de aplicação da harmonização efetuada pela diretiva nesta matéria (I) e o seu conteúdo, depois (II).

I. Âmbito de harmonização da lei dos contratos de propriedade literária e artística

A aplicação no tempo da harmonização das regras contratuais está expressamente prevista na diretiva (A); o seu âmbito de aplicação material também, mas parece mais difícil de circunscrever (B).

Deve assinalar-se, previamente, que a diretiva não contém uma regra geral quanto à sua aplicação no espaço dos contratos que regula de novo; conclui-se que deve ser feita referência às regras do direito comum do direito internacional privado⁶, a fim de determinar se uma lei nacional harmonizada nos termos da diretiva deve ou não ser aplicável a um determinado contrato. Por outras palavras, apenas os contratos regidos pela legislação nacional de um dos 28⁷ Estados-Membros ao abrigo das regras do direito internacional privado estarão sujeitos às novas regras da diretiva, desde que, naturalmente, entrem no seu âmbito de aplicação. No entanto, o considerando 81 da diretiva contém uma regra especial importante: estabelece que, no caso de a lei escolhida pelas partes no contrato para o reger não ser a de um Estado-Membro, sendo que o contrato era ligado a um deles na aceção do n.º 4 do artigo 3.º do Regulamento (CE) n.º 593/2008, de 17 de junho de 2008, relativo à lei aplicável às obrigações contratuais, conhecido como “Roma I”, devem aplicar-se ao contrato em causa as disposições do Estado-Membro do foro que transpõem as obrigações de transparência e os mecanismos de adaptação dos contratos previstos na Diretiva⁸. Esta solução justifica-se pelo carácter de ordem pública destas novas regras.

5. Mas ainda relativamente pouco nas publicações académicas: v. no entanto, V.-L. Benabou, *La directive droit d’auteur dans le marché unique numérique ou le pendule du sourcier* JCP éd. G., 2019, 693; P. Sirinelli, *Le nouveau régime applicable aux fournisseurs de services de partage de contenus en ligne*, *Dalloz IP/IT* 2019, 288.

6. E assim, em primeiro lugar, o reg. (CE) n.º 593/2008, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, conhecida como “Roma I” – que, por si só, estabelece as suas próprias regras de aplicação no tempo, que terão de ser tidas em conta, se for caso disso.

7. V. *supra*, Introdução.

8. Enquanto o Brexit não for concretizado, é claro.

A. O âmbito de aplicação no tempo

A diretiva terá de ser transposta para a lei dos Estados-Membros até 7 de junho de 2021, ou seja, em pouco menos de dois anos (artigo 29.º da diretiva).

O artigo 26.º, §1 prevê que o texto se aplique a todas as obras e outros objetos (de direito conexo) ainda protegidos nessa data. Este princípio simples e habitual na nossa matéria constitui uma indicação importante, mas não é suficiente para determinar a aplicação ao longo do tempo das regras que regem os contratos, atos jurídicos que geralmente obedecem, devido à sua natureza, a um princípio específico de aplicação da lei ao longo do tempo, por vezes chamado, na lei francesa, de “sobrevivência da antiga lei” (*survie de la loi ancienne*).

Com efeito, o n.º 2 do artigo 26.º da diretiva, que aplica este princípio, estabelece que este se aplica “sem prejuízo dos atos celebrados e dos direitos adquiridos” antes da mesma data de 7 de junho de 2021.

Daqui resulta que os contratos já celebrados à data de 7 de junho de 2021, como os relativos a obras ou outras prestações, que já não estejam protegidos nessa data, mas ainda em vigor (tais contratos, raros, podem, todavia, existir) não estarão sujeitos às novas regras criadas pela diretiva, independentemente do seu prazo, o que preserva a previsibilidade, para as partes nesses contratos, das modalidades contratuais das suas relações. Ou seja, as novas regras harmonizadas só se aplicam aos contratos celebrados após 7 de junho de 2021. Isto implica também que as negociações iniciadas, mas ainda não concluídas, antes dessa data terão de ter isso em conta.

À primeira vista, o período de quase dois anos deixado pela diretiva às partes interessadas e, em particular, a quem explora obras ou interpretações, para antecipar as novas regras e adaptar-lhes os seus modelos contratuais pode parecer razoável. No entanto, na medida em que esta data é a mesma do prazo para a transposição da diretiva para o direito nacional, existe o risco de uma transposição de última hora, ou mesmo tardia, o que exigirá aos diferentes intervenientes, a fim de adaptarem os seus contratos, agirem precipitadamente ou anteciparem os métodos de transposição concretos que serão escolhidos por cada legislador nacional.

Por outras palavras, poderia ter sido preferível prever, para a aplicação das novas regras contratuais, um prazo diferente, de pelo menos mais alguns meses, a partir desse prazo para a transposição.

Resta determinar o âmbito material destas novas regras.

B. O âmbito de aplicação material

Em primeiro lugar, uma das características mais notáveis da harmonização das regras contratuais efetuadas pela diretiva, já referida na introdução, é que se trata, por um lado, de contratos de exploração, independentemente da sua natureza, e, por outro lado, não só os contratos de autores, mas também os celebrados por artistas intérpretes e, por conseguinte, relativos ao direito conexo que lhes é concedido sobre a sua interpretação.

Já dissemos⁹, que esta assimilação de artistas a autores, em termos das regras que regem os contratos, numa lógica de proteção, foi mais uma ilustração da influência dos direitos

de autor no direito conexo dos artistas-intérpretes. Esta influência, que surge da proximidade das disposições legais que estabelecem estas duas proteções¹⁰ e, mais profundamente, do parentesco das intervenções “criativas” de autores e intérpretes¹¹ não surpreende. Trata-se, legitimamente, de proteger uma parte, uma pessoa singular, colocada na posição de confiar à outra parte, na maioria das vezes uma pessoa coletiva, a exploração da sua criação ou interpretação, tanto de si como do seu cocontratante, que por vezes é tentada a tirar partido da sua posição. A assimilação assim feita não é menos notável, e não deve fazer-nos esquecer que, pelo menos na legislação francesa, existe uma hierarquia entre direitos de autor e direitos conexos a favor dos primeiros, de modo a que o direito conexo de artistas intérpretes, em particular¹², nunca possa infringir os direitos de autor. Daqui resulta, como o indica o artigo L. 211-1 do Código de Propriedade Intelectual, que as disposições deste código relativas aos direitos conexos “nunca devem ser compreendidas de modo a limitar o exercício de direitos de autor pelos seus titulares”. Este aviso aplicar-se-á, evidentemente, à interpretação das futuras regras relativas aos contratos resultantes da transposição da diretiva. Em princípio, estas serão as mesmas para os direitos de autor e direitos conexos dos artistas intérpretes; no entanto, a estrutura existente do Código da Propriedade Intelectual, que trata dos direitos de autor e dos direitos conexos em dois livros distintos, obrigará, sem dúvida, o legislador francês a redundância, o que irá, sem dúvida, incentivar as variações quanto ao conteúdo das próprias regras¹³. Note-se também que a harmonização diz respeito a contratos celebrados por autores e artistas, independentemente da natureza destes contratos (edição, produção audiovisual, contratos de representação, etc.), uma vez que consistem em “contratos de exploração de direitos”¹⁴ pelos quais autores ou artistas “concedem sob

9. Sobre os quais, v. *infra*, II, A, 2, 3 e B.

10. Em particular, a proximidade com as prerrogativas morais e patrimoniais reconhecidas a uns e a outros.

11. Ao ponto de nem sempre serem fáceis de distinguir.

12. A regra aplica-se também, naturalmente, a outros direitos conexos.

13. Podemos confiar nos diferentes grupos de pressão para defender cada uma das nuances favoráveis à sua paróquia quando chegar a altura da transposição, de modo a que o regime unitário da diretiva se transforme provavelmente num camafeu na lei de transposição; a própria natureza das diretivas e o princípio da subsidiariedade devem oferecer uma justificação conveniente para o fenómeno, que sem dúvida nem sempre será injustificado, uma vez que as situações a regular podem por vezes ser diferentes. Além disso, a diretiva, ao autorizar repetidamente os legisladores nacionais a ter em conta as características específicas de cada sector, abre, por si só, uma porta legítima para a diversificação dos sistemas.

14. Dir. art. 20.º; os arts. 18.º, 19.º e 22.º evocam todos a “exploração” da obra ou da interpretação.

licença ou transferem os seus direitos exclusivos”¹⁵. Com efeito, e cingindo-nos ao direito francês, se já existe um direito comum de contratos de autor¹⁶, tal não é o caso dos contratos celebrados por artistas intérpretes. Acima de tudo, o objeto das regras harmonizadas pela diretiva difere, como veremos¹⁷, das que constituem o direito comum dos contratos de autor no direito interno francês. Daqui resulta uma verdadeira novidade para todos os intervenientes em causa, à qual voltaremos analisando estas próprias regras¹⁸ pois se algumas se inspiram em soluções existentes no direito interno para determinadas categorias de contratos¹⁹, a generalidade do seu âmbito de aplicação deve modificar os usos mesmo no seio dos sectores económicos que com elas já estão familiarizados. No entanto, o âmbito de aplicação do novo direito comum sobre os contratos de autores e artistas delineado na diretiva não é absoluto. Tem um limite resultante do propósito deste novo direito comum, que é, como sabemos, proteger a parte considerada fraca no contrato. Esse limite é devido, de acordo com esse propósito, à qualidade das partes contratantes. Por outras palavras, todos os contratos para a exploração de uma obra ou de uma interpretação, independentemente da sua natureza, estão em causa, mas não independentemente das partes nesses contratos. Em segundo lugar, parece-nos resultar implicitamente, mas ainda mais claramente, dos considerandos 72 e 74, da diretiva, que apenas os contratos celebrados por autores e artistas “pessoas singulares” e os celebrados por estas últimas “através das suas próprias sociedades” se enquadram no âmbito do novo regime harmonizado²⁰. Esta solução é do conhecimento do direito francês, onde a *Cour de Cassation*, no seu famoso acórdão *Perrier*²¹, reservou a aplicação das regras formais relativas aos contratos de autor apenas aos contratos celebrados pelo próprio autor com quem explora a obra, com exclusão dos celebrados entre quem os explora *princeps* e os sub-licenciados (e *a fortiori* entre sub-licenciados).

A razão de ser desta solução é, obviamente, a mesma em ambos os casos: na medida em que a *ratio legis* das regras em causa é de proteger o autor (e também, no caso da diretiva, os artistas-intérpretes), é legítimo reservar a sua aplicação apenas aos contratos celebrados por estes últimos.

Por outras palavras, estas regras tornam-se irrelevantes nas relações entre quem explora obras ou de interpretações, pois, nessas situações, não haverá parte considerada fraca para proteger.

Resta saber se a assimilação, sugerida pela diretiva, entre o autor ou o artista e a sua própria sociedade, seria aceite da mesma forma pelos juízes franceses à luz da jurisprudência *Perrier*, que parece mais restritiva. No entanto, na medida em que as futuras regras nacionais terão de ser interpretadas de acordo com a diretiva, pode presumir-se que a ligeira flexibilização jurisprudencial necessária não será difícil.

O considerando 72 refere ainda que a necessidade de proteção (subjacente à solução acabada de apresentar) “não existe quando a outra parte no contrato atua como utilizador final e não explora o trabalho ou a execução propriamente dito, o que poderia, por exemplo, acontecer em determinados contratos de trabalho”. Considera-se que, neste caso, as novas regras harmonizadas não se destinam a ser aplicadas (uma vez que a necessidade de proteção não existe). Mas o âmbito desta outra limitação do seu âmbito de aplicação é mais difícil de cingir.

Sem dúvida, os contratos que permitem a um “utilizador final” aceder à obra ou à interpretação, para seu proveito próprio, escapam às novas regras contratuais. Embora a lógica desta exclusão seja óbvia – não há razão para proteger o autor ou artista como uma parte considerada fraca no contrato²² – refere-se a situações que são bastante raras na prática, na medida em que esses contratos não consistem geralmente em contratos de exploração, nos quais ao “utilizador final” são cedidos ou concedidos direitos de exploração, pela simples razão de que este último não tem vocação para explorar a obra ou a interpretação, mas tão só para utilizá-las na sua esfera privada, o que não implica a realização de atos sujeitos a autorização nos termos dos direitos patrimoniais. A situação em que ao “utilizador final” é concedida uma



15. Dir. art. 18.º Consideramos que a referência aos direitos “exclusivos” desta disposição não deve ser interpretada como excluindo do âmbito de aplicação aos contratos de regras harmonizadas que não concedem exclusividade ao operador; a fórmula, a nosso ver, designa aqui os direitos patrimoniais enquanto tal. Além disso, quando o legislador europeu pretendeu reduzir o âmbito de aplicação de uma determinada regra apenas às cessões ou concessões consentidas “a título exclusivo”, disse-o precisamente nestes termos inequívocos, sem ambiguidades; v. Dir. art. 22.º, comentado *infra*, II, B.

16. Materializado pelos arts. L.131-1 e segs. do CPI.

17. V. *infra*, II.

18. V. *infra*, II.

19. Em particular, nos termos do direito francês, o contrato de edição e o contrato de produção audiovisual, que são os mais regulamentados do nosso direito nacional.

20. Parece-nos que a diretiva aqui se refere à situação em que o autor ou artista criou uma sociedade para o exercício da sua atividade e para a gestão dos seus direitos, mas, na realidade, é apenas um intermediário funcional entre ele e os operadores das suas obras ou intérpretes. O objetivo da diretiva parece ser o de que, nesta situação, o cocontratante desta sociedade não utilize o facto de o autor ou artista não ser uma parte direta do contrato como pretexto para fugir às novas regras que estabelece.

21. Cass. 1re civ., 13 out 1993, recurso n.º 91-11241: *RIDA* abr. 1994, p. 210; *D.* 1994, nota P.-Y. Gautier; *RTD Com.* 1994, 272, obs. A. Françon. – Cass. com., nov. 5 2002, recurso n.º 01-01926: *Comm. com. electra.* 2003, comm. 1, nota C. Caron; *Propri. industr.* 2003, comm. 5, obs., P. Kamina.

22. É antes, possivelmente, o utilizador final quem necessitaria de proteção, mas este é, em princípio, o papel de outro direito especial, o do consumo; a menos que consideremos a hipótese de um contrato celebrado diretamente entre o autor ou o artista e o utilizador final da obra ou interpretação, uma hipótese que é historicamente rara mas que é, sem dúvida, levada a desenvolver-se com as facilidades oferecidas pela tecnologia digital e pela Internet em termos de autoprodução e autodifusão. No entanto, consideramos que esta hipótese se mantém fora do âmbito de aplicação da nova legislação europeia em matéria de contratos para autores e artistas, na medida em que os contratos assim referidos ainda não envolvam, em princípio, a cessão ou a concessão de direitos, quaisquer que sejam as modalidades.

licença de utilização existe, normalmente, apenas no domínio do *software* e, possivelmente, das bases de dados²³, por razões que dizem respeito, em suma, aos usos bem como à definição jurídica extensiva dos direitos de exploração relativos a essas criações²⁴. No entanto, como ainda veremos²⁵ os primeiros estão excluídos do âmbito de aplicação das regras contratuais harmonizadas, se bem que, na prática, a limitação deste âmbito de aplicação resultante do considerando 72 da diretiva pareça essencialmente relacionada com as “licenças de utilização” relativas às bases de dados.

Em segundo lugar, acreditamos que esta hipótese também não diz respeito a licenças do tipo “creative commons”, porque estas, assumindo que podem ser reguladas, no futuro, por uma das legislações nacionais dos Estados-Membros da União, embora concedidas a “utilizadores”, autorizam-nos sempre a partilhar a obra ou a interpretação, ou mesmo as criações que delas derivam, com terceiros, de modo a que esses utilizadores não nos parecem “finais” na aceção do considerando 72 da diretiva. Por outras palavras, estes “exploram”, mesmo que seja de uma forma particular, muitas vezes não comercial, a obra ou a interpretação objeto da licença *creative commons*, e é precisamente por essa razão que uma licença *lhes* é necessária.

Por último, mais misteriosa é a referência, no considerando 72, a “determinados contratos de trabalho”.

Na medida em que a hipótese é que o cocontratante seja então “utilizador final” da obra ou interpretação, parece-nos que são visadas apenas as situações em que o empregador de um autor ou artista obtém deles, no âmbito do contrato de trabalho, a autorização para utilizar a obra ou a interpretação por sua própria conta. Pode pensar-se, por exemplo, na hipótese dos colaboradores do serviço de “Comunicação” de uma empresa, que criam textos ou imagens exploradas, de seguida, por esta empresa exclusivamente no contexto da sua própria comunicação. Numa situação destas, as novas regras contratuais harmonizadas não seriam aplicáveis. Por outro lado, permaneceriam aplicáveis no caso oposto, ou seja, em que ao empregador é conferido pelo autor ou artista o direito de explorar a obra ou a interpretação junto de terceiros, em regra geral, os seus clientes. Há muitas situações concretas: basta pensar nas relações entre as agências de publicidade ou comunicação e os seus assalariados “criadores”, cujas criações se destinam a ser exploradas pelos clientes dessas agências, bem como os diversos estúdios criativos, nos domínios do *design*, arquitetura, audiovisual e videojogos (sob reserva, no direito interno francês, da aplicação do conceito de obra coletiva às realizações em causa²⁶). A razão para esta diferença de tratamento entre as duas situações (a hipótese em que o empregador utiliza o trabalho ou a interpretação apenas para si, a hipótese em que o explora com terceiros) reside, a meu ver, no próprio conteúdo das regras harmonizadas. Com efeito, como veremos, o objeto destas implica, direta ou indiretamente, que a obra ou a interpretação é objeto de exploração por terceiros²⁷.

Por outras palavras, e sob a forma de síntese sobre este ponto, a diretiva limita sistematicamente o âmbito das regras contratuais que harmoniza para os contratos através dos quais o autor ou artista, se for caso disso através da sua própria empresa, autoriza a sua parte contratante a explorar a obra por terceiros, uma vez que é nesse caso, e só nesse caso, que é necessário protegê-lo contra desequilíbrios

contratuais que o privariam de uma partilha equitativa do valor suscetível de ser gerado por essa exploração.

Em terceiro e último lugar, o n.º 2 do artigo 23.º da diretiva coloca fora do âmbito de aplicação das regras relativas aos contratos de propriedade literária e artística “os autores de um programa de computador na aceção do artigo 2.º da Diretiva 2009/24/CE”.

A utilização, ou desvio, da noção de “autor” de um programa de computador não deve ser uma surpresa: está em consonância com o propósito da harmonização realizada, já mencionada longamente acima. Deve compreender-se que esta harmonização não inclui os contratos celebrados por autores de *software*, cujo regime foi também harmonizado pela Diretiva 2009/24/CE. Esta referência aos “autores” de *software* é também consistente com a limitação, acima apresentada, do âmbito das regras harmonizadas aos contratos celebrados por autores (ou artistas-intérpretes, que nada têm que ver com esta matéria do *software*).

No entanto, a exclusão, fora do âmbito de harmonização prevista na diretiva, dos contratos relativos ao *software* não surpreende: sabe-se que, devido à sua natureza particular, mas também pela forte lógica “industrial” que rege a sua criação e exploração, o *software* obedece, no âmbito dos direitos de autor, a um regime específico em quase todos os aspetos. Estas mesmas razões justificam, sem dúvida, a exclusão feita pelo legislador europeu: em especial, os métodos habituais de produção e exploração de *software* e o



23. A evolução que pode ser observada, na prática, no mundo digital, onde se estão a desenvolver licenças de utilização “pessoais e não transferíveis” ou “limitadas, não exclusivas e revogáveis” (subscrição de um serviço de *streaming*, por exemplo: assim, as condições gerais de utilização do Spotify aplicáveis a partir de 12 de fevereiro 2019 incluem tal licença, não só para usar a própria plataforma, mas também o seu “conteúdo”, para fins “não comerciais” e “entretenimento”) procede, na nossa opinião, de uma espécie de contaminação, questionável, de utilizações existentes em termos de *software*; obviamente, esta evolução alarga o âmbito de aplicação da limitação do âmbito do futuro “direito europeu dos contratos de propriedade literária e artística”. Ou seja, induz a uma redução neste campo de aplicação; mas essa redução não tem qualquer significado prático, uma vez que se trata de contratos dos quais o autor ou intérprete não são, na maioria das vezes, partes.

24. Neste sentido, sobre o *software*, A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 5.ª ed., 2017, n.º 722.

25. Cfr. abaixo.

26. Assim sendo, sabe-se que, num caso de classificação como obra coletiva, não é necessário um contrato de exploração entre o autor e o seu comanditário, que é muitas vezes também o seu empregador, uma vez que as situações em causa estão, pelo menos em teoria, fora do âmbito de harmonização do direito dos contratos de autor operada pela diretiva.

27. No entanto, a questão não se esgotou, porque, como também veremos, pelo menos algumas destas regras poderão ser difíceis de aplicar às explorações agora mencionadas: v. *infra*, II.

contexto económico correspondente não se adequam às regras contratuais para a proteção dos seus criadores, pessoas singulares. Para o dizer com franqueza, quem explora essas obras, os que muitas vezes são empregadores destes criadores, pretendem ter todos os direitos relativos ao *software* sem estarem vinculados a regras contratuais destinadas a reforçar o controlo desses criadores sobre a exploração do *software* que ou criaram ou contribuíram para a sua criação e, consequentemente, para limitar a sua liberdade de exploração desse *software*.

Por outras palavras, a lógica industrial do sector dos *software* está em desacordo com a existência de regras para a proteção de autores de *software* suscetíveis de reforçar o seu poder de negociação contratual. O legislador europeu, ao excluir este último do âmbito de aplicação do direito europeu dos contratos de autor que delineou na diretiva, limitou-se a reforçar a natureza específica, neste novo aspeto, do regime a que o *software* está sujeito no âmbito dos direitos de autor.

Não restam dúvidas quanto ao pragmatismo, se não a sabedoria, desta solução, tendo em conta o conteúdo das regras criadas pela diretiva.

II. O conteúdo da harmonização do direito dos contratos de propriedade literária e artística

As regras relativas aos contratos de autores e artistas criadas pela diretiva baseiam-se em dois temas principais: remuneração, controlo e eventual revisão (A) e rescisão desses contratos por falta de exploração (B).

A. As regras relativas à remuneração dos autores e artistas intérpretes

Em conformidade com o título do capítulo 3 do título IV da diretiva, que agrupa as regras relativas aos contratos objeto deste estudo, a maioria destas regras diz respeito, direta ou indiretamente, à remuneração de autores e artistas: o artigo 18.º da diretiva estabelece, em primeiro lugar, em conformidade com o seu título, o “Princípio da remuneração adequada e proporcional” (1). O artigo 19.º da diretiva estabelece, em consequência, um “Princípio da transparência” que consiste concretamente numa obrigação de prestação de contas por parte de quem explora obras ou interpretações (2). Finalmente, o artigo 20.º prevê um mecanismo de revisão dos contratos em que a remuneração inicialmente acordada “se revela excessivamente baixa” (3).

1. Remuneração adequada e proporcional

Nos termos do n.º 1 do artigo 18.º da diretiva, os Estados-Membros devem assegurar que os autores e artistas-intérpretes recebam, como contrapartida da cessão ou concessão dos seus direitos (o texto utiliza, como já dissemos²⁸, os termos “licença” e “transferência”), a uma “remuneração adequada e proporcional”.

O n.º 2 do mesmo artigo especifica que são livres, ao fazê-lo, de “recorrer a diferentes mecanismos”, mas devem

ter em conta “o princípio da liberdade contratual e um justo equilíbrio de direitos e interesses”.

Isto inclui um princípio (a) e modalidades de execução (b), justificando algumas observações.

a) O princípio da remuneração apropriada e proporcional

A diretiva não é muito explícita quanto ao conteúdo deste princípio.

Assim, em primeiro lugar, o comentador perde-se em conjeturas sobre o significado concreto a ser atribuído ao adjetivo “apropriado”; o artigo 18.º não diz nada sobre isso, e os considerandos não ajudam muito. A questão é, obviamente, a do sistema de referência que deve ser utilizado para decidir se a remuneração contratualmente consentida por um determinado autor ou artista é “apropriada”. Na ausência de um sistema de referência deste tipo, a exigência corre o risco de continuar a ser uma fórmula encantatória, de pouco âmbito prático. No máximo, pode presumir-se que o legislador europeu teve em mente uma espécie de “standard”, consistindo na adequação da remuneração à situação específica em que se insere, o que implicaria avaliar essa adequação à luz de todas as circunstâncias dessa situação. Trata-se, aliás, mais ou menos o que a diretiva sugere em relação à segunda condição, a proporcionalidade, prevista no artigo 18.º, sobre a qual o texto é mais prolixo.

Em segundo lugar, o considerando estabelece que a remuneração deve ser proporcional ao “valor económico efetivo ou potencial dos direitos licenciados ou transferidos” e que, para avaliar essa proporcionalidade, deve ter-se em conta, nomeadamente, “a contribuição do autor ou do artista-intérprete [...] para o conjunto da obra ou de outro objeto protegido e de todas as outras circunstâncias do caso, tais como as práticas de mercado ou a exploração efetiva da obra”. Ao ler estas fórmulas, o jurista francês de direito de autor entende que a remuneração proporcional da diretiva não é, todavia, a remuneração proporcional das receitas de exploração, as quais lhe são familiares. Se inclui essa hipótese, ela é claramente mais ampla.

Parece que, no espírito do legislador europeu, o conceito de remuneração proporcional não se limita a uma percentagem negociada aplicável a uma base, quer se trate de receitas líquidas de exploração, do preço pago pelo público para aceder à obra, ou mesmo de um volume de negócios.

De uma forma mais vaga e aberta, trata-se de uma referência e não de uma base que é proposta: “o valor económico real ou potencial dos direitos” (em contrapartida do qual a remuneração é estipulada). Tal fórmula deixa-nos, mais uma vez, perplexos. Só pode ser deduzido daí que, na determinação da remuneração, se tenha em conta não só o valor económico identificado da obra ou da interpretação (situação que, em geral, implica que já tenha havido exploração), mas também, se for caso disso, do seu potencial económico... o que será, na maior parte das vezes, adivinhação, a menos que seja *utilizado* um mecanismo de remuneração proporcional, “à la française”, que então parece ser a forma

28.V. *supra*, I, B.

mais segura de respeitar o princípio estabelecido no artigo 18.º da diretiva.

O considerando 73 estabelece que a proporcionalidade ao valor económico da obra ou interpretação é, *in fine*, apreciada à luz de “todas as circunstâncias do caso”, entre as quais refere, de forma não exaustiva, a importância da contribuição do autor ou do artista no âmbito do objeto utilizado, bem como as práticas de mercado ou da exploração efetiva da obra.

A esta lista de critérios pode, sem dúvida, acrescentar-se a maior ou menor notoriedade do autor, a qualidade da sua contraparte (sociedade comercial, associação sem fins lucrativos, estabelecimento cultural, de ensino ou de investigação, etc.), a natureza e a importância das explorações, as suas modalidades económicas no que diz respeito aos mercados em causa, etc.

Resulta assim, em nossa opinião, das orientações estabelecidas no considerando 73 que, no espírito do legislador europeu, o conceito de remuneração “apropriada e proporcional” entende-se mais como uma adequação global remuneração à situação económica específica de que faz parte, do que, estritamente, uma remuneração constituída por uma percentagem dos montantes gerados pela exploração da obra ou pela interpretação, qualquer que seja a base que seja, então, utilizada.

Isto significa que, para o legislador europeu, a remuneração proporcional ao valor económico da obra ou da interpretação pode ser uma remuneração... fixa, sendo isto expressamente aceite no resto do considerando 73, ao mesmo tempo que especifica que esta não deve ser a regra, mas deve permanecer uma hipótese limitada a casos específicos que os Estados-Membros são livres de definir, tendo em conta “as especificidades de cada sector”.

Em resumo, nesta fase, o texto sugere que, na prática, a remuneração do autor ou do intérprete deve consistir preferencialmente numa remuneração proporcional aos montantes gerados pela exploração da obra ou da interpretação, deixando-se toda a liberdade quanto à determinação da base de avaliação a utilizar (desde que esteja em conformidade com a situação em causa, de acordo com os critérios acima referidos), mas que possa igualmente consistir, nos casos que serão definidos pelas legislaturas nacionais, num montante fixo, desde que este pareça proporcionado ao valor económico da obra ou da interpretação, avaliado *in concreto* à luz das circunstâncias pertinentes da situação em causa.

As regras do direito de autor francês sobre a remuneração, previstas no artigo L. 131-4 do Código da Propriedade Intelectual (completado pelo artigo L. 132-6 para o contrato de edição) não devem, por conseguinte, ser perturbadas aquando da transposição da diretiva.

Por outro lado, é provável que esta última crie novos constrangimentos à remuneração dos artistas-intérpretes, na medida em que a remuneração proporcional aos montantes gerados pela exploração da interpretação não é imposta por lei, tal como está, mas apenas no âmbito de contratos entre artistas e produtores de fonogramas, e apenas para explorações “de forma não previsível ou não prevista” à data da assinatura do contrato (artigo L. 212-11 do CPI). Por outras palavras, no direito interno, no que diz respeito à remuneração dos artistas-intérpretes, o princípio é o da remuneração fixa (mesmo que uma remuneração separada seja estipulada

para cada modo de exploração, artigos L. 212-4 e L. 212-13 do CPI), e a remuneração proporcional a exceção. Ora, como vimos, se a diretiva permite a utilização de remunerações fixas, este não deve ser o princípio. É certo que, na prática, a utilização da remuneração proporcional é habitual em alguns contratos (contratos exclusivos de gravação entre o artista-intérprete principal e o produtor discográfico²⁹, e os contratos entre atores “cabeças-de-cartaz” e os produtores de cinema), mas isso está longe de ser generalizado.

Pode presumir-se que o legislador francês, a fim de conformar a remuneração dos artistas-intérpretes com a diretiva, se inspire nas regras em vigor no que respeita ao direito de autor. No entanto, poderá ter em conta as especificidades de cada sector, o que justificaria distinguir, em nossa opinião, não só os sectores da música, do audiovisual e dos espetáculos ao vivo, mas também, dentro deles, de acordo com os “géneros” artísticos (música de variedades, música clássica, etc.) e, assim, dar uma ampla margem à liberdade das partes e para a negociação coletiva; é a isso que a diretiva também convida nas poucas indicações que deixa quanto às modalidades da sua adaptação no que tange ao princípio da remuneração “apropriada e proporcional”.

b) As modalidades de aplicação

O n.º 2 do artigo 18.º da diretiva estabelece que, para a aplicação do princípio da remuneração apropriada e proporcional, os Estados-Membros “serão livres de utilizar diferentes mecanismos e terão em conta o princípio da liberdade contratual e do justo equilíbrio entre direitos e interesses”.

O considerando 73 especifica que os “mecanismos” em causa podem ser já existentes ou novos e que incluem, nomeadamente, a negociação coletiva; em todos os casos, devem cumprir o direito da UE aplicável (o que nos pareceria óbvio).

Estes esclarecimentos sobre a forma como o princípio deve ser aplicado levam-nos a três observações.

Em primeiro lugar, recorda-se, felizmente, que as regras adotadas pelos Estados-Membros não podem ignorar o princípio da liberdade contratual. Isto significa que, embora as futuras regras jurídicas possam enquadrar a remuneração dos autores e dos artistas, não devem substituir-se à liberdade contratual das partes, a ponto de fixarem esta remuneração no seu lugar: as legislações nacionais devem preservar a sua esfera de liberdade.

Em segundo lugar, as futuras regras nacionais em matéria de remuneração terão de ter em conta não só os interesses dos autores e artistas intérpretes, mas também os das outras partes contratantes. Por outras palavras, os legisladores nacionais são convidados pela diretiva a determinar as modalidades do princípio da remuneração “apropriada e proporcional”, balancear os interesses das partes envolvidas,

29. Neste sentido, v. *Droit de la musique*, ss. dir. J. Huet, LGDL 2016, 1.ª ed., n.º 321-11. Sobre esta possibilidade, v. *infra*, 3.

30. V. *supra*, a).

o que é coerente com esse mesmo princípio, tal como entendido pela diretiva: uma vez que a proporcionalidade da remuneração é avaliada à luz de todas as circunstâncias específicas em causa, é coerente ter igualmente em conta, tal como acima referido³⁰, a situação e, por conseguinte, os interesses, do parceiro de contratação do autor ou do artista. Numa palavra, a remuneração deste último deve assegurar-lhes uma remuneração justa sem, no entanto, lesar a outra parte contratante: deve ser equitativa.

Em terceiro e último lugar, entre os “mecanismos” que os legisladores nacionais podem utilizar para assegurar o princípio da remuneração “apropriada e proporcional”, a diretiva menciona expressamente a negociação coletiva. Esta ferramenta já é utilizada pelo legislador francês, quer seja em direito de autor (por exemplo, a remuneração pela exploração de obras criadas pelos jornalistas profissionais, ver Artigos L. 132-38 e L. 132-39 do CPI), ou para o direito conexo dos artistas intérpretes (ver, por exemplo, os artigos L. 212-5 e L. 212-14 do mesmo código). Podemos-nos interrogar, por um lado, sobre a conformidade com a diretiva do procedimento, frequentemente utilizado pelo legislador francês da extensão obrigatória de um acordo coletivo para todo o conjunto dos atores do sector em causa, decidido pelo poder regulamentar ou uma comissão *ad hoc* estabelecida pelo legislador e, por outro lado, a fixação direta de certas remunerações por uma tal comissão (ver, por exemplo, o artigo L. 132-44 do código sempre no que diz respeito aos direitos de autor dos jornalistas e o artigo L. 212-14 para o direito conexo). Na verdade, tais mecanismos podem parecer incompatíveis com o princípio da liberdade contratual recordado pela diretiva, de acordo com a conceção mais ou menos restrita que se faz deste último. O futuro dirá se o legislador francês persiste na sua utilização e, em caso afirmativo, se a sua conformidade à diretiva será objeto de debate.

2. O princípio da transparência

O artigo 19.º da diretiva estabelece uma obrigação de transparência por parte de quem explora obras e interpretações que consiste, na realidade, na obrigação de comunicar aos autores e intérpretes informações pormenorizadas sobre os métodos de exploração das suas obras ou interpretações, o que se assemelha à obrigação de prestar contas habitual em determinados contratos de autor ao abrigo da legislação francesa e, na verdade, em certos casos impostos pelo legislador (ver artigos L. 132-13 do CPI para o contrato de edição e L. 132-28 para o contrato de produção audiovisual).

Os considerandos 74 e 75 da diretiva, estabelecem que esta obrigação é necessária para permitir aos titulares dos direitos “avaliar o valor económico” desses direitos. Na medida em que, como vimos, a remuneração dos autores e intérpretes deve, nos termos do artigo 18.º da diretiva, ser proporcional a esse valor económico, a fórmula indica, em nossa opinião que, pelo menos indiretamente, esta obrigação de transparência deve permitir aos titulares dos direitos controlar o cumprimento pelas suas partes contratantes das modalidades contratuais da sua remuneração e verificar a sua proporcionalidade, tendo em vista, se for caso disso, solicitar a sua revisão em caso de desproporção, uma vez que o artigo 20.º da diretiva prevê essa possibilidade³¹.

O artigo 19.º regula em pormenor esta obrigação de transparência; é também iluminado pelos (longos)

considerandos 74 a 77. No essencial, as regras previstas na diretiva são as seguintes:

Em primeiro lugar, são devidas aos autores e artistas “informações atualizadas, pertinentes e completas” sobre a exploração das suas obras ou interpretações, nomeadamente no que diz respeito aos “modos de exploração, aos rendimentos gerados e à remuneração devida”.

O considerando 75 esclarece que os dados atualizados referem-se a dados recentes, que a sua pertinência é avaliada em relação aos modos de exploração em causa e que a sua completude implica que cobrem todas as fontes de rendimento pertinentes (e, portanto, todos os modos de exploração), provindas do mundo inteiro, se for caso disso, incluindo os rendimentos de produtos derivados se os houver. De acordo com o mesmo considerando, devem ser fornecidos “de uma forma compreensível” para os autores e artistas e permitir-lhes “uma avaliação eficaz” do valor económico dos seus direitos.

A título de exceção, se os encargos administrativos necessários para fornecer todas estas informações parecerem desproporcionadas em relação aos rendimentos gerados pela exploração, a comunicação pode limitar-se aos “tipos e nível de informação que podem razoavelmente ser esperados neste caso” (n.º 2 do artigo 19.º da diretiva).

Em segundo lugar, esta informação deve ser prestada com uma regularidade adequada em relação ao sector em causa (isto implica a possibilidade de regras diferenciadas em função do sector), mas pelo menos uma vez por ano.

Em terceiro lugar, em termos gerais, e não apenas no que se refere à frequência da comunicação de informações, o n.º 3 do artigo 19.º e o considerando 77 indicam que as modalidades da obrigação devem ter em conta as características específicas de cada sector económico e, se for caso disso, a importância da contribuição do autor ou do artista no âmbito da obra ou interpretação explorada. O considerando 77 estabelece que estas disposições podem ser estabelecidas por acordo coletivo, desde que cumpram, *a minima*, as exigências da diretiva.

Em quarto lugar, os parceiros contratantes de autores e artistas-intérpretes são os devedores desta obrigação; se estes cocontratantes tiverem autorizado terceiros a explorar (por exemplo, por meio de sub-licenças), devem igualmente aos autores e artistas intérpretes as informações pertinentes sobre essas explorações, bem como sobre a identidade dos sublicenciados (n.º 2 do artigo 19.º e considerando 76). No caso de as informações assim fornecidas não forem suficientes, os titulares originários dos direitos podem solicitar informações complementares idóneas seja junto do seu cocontratante, seja, eventualmente junto dos sublicenciados,



31. Sobre esta possibilidade, v. *infra*, 3.

sob reserva, nesse caso, do respeito pela confidencialidade das informações em causa³².

Em quinto lugar, o n.º 4 do artigo 19.º permite que os Estados-Membros excluam a aplicação desta obrigação de transparência nos casos em que a contribuição do autor ou do artista-intérprete não seja “significativa” em relação à obra ou interpretação exploradas, a menos que este último demonstre que necessita dessas informações para solicitar uma revisão da sua remuneração, como o artigo 20.º da diretiva lhe reserva a possibilidade de o fazer³³.

Em sexto e último lugar, o n.º 6 do artigo 19.º estabelece que as organizações de gestão coletiva, na medida em que já estão sujeitas a uma obrigação de informação semelhante em relação aos seus aderentes (autores ou artistas-intérpretes) pelo artigo 18.º da Diretiva 2014/26/CE relativa à gestão coletiva do direito de autor e dos direitos conexos, escapam à obrigação de transparência criada pelo novo texto.

Esta obrigação de transparência, tal como está prevista na diretiva, implica, a nosso ver, três alterações no direito francês.

Em primeiro lugar, aplicar-se-á de forma obrigatória a todos os contratos de autor, independentemente do sector em causa, mas também à natureza, proporcional ou fixa, da remuneração, o que implica, na prática, uma alteração. Atualmente, alguns contratos que estipulam uma remuneração fixa não preveem a obrigação de prestação de contas nem de fornecer informações sobre as modalidades financeiras da exploração, baseado na ideia de que tal obrigação é o corolário de uma remuneração proporcional³⁴. No entanto, como vimos, o único caso em que a diretiva isenta a contraparte do autor (ou do artista) da sua obrigação de fornecer informações é quando a contribuição deste último não é “significativa” em relação ao objeto explorado. Esta situação corresponde, é certo, a um dos casos em que o nosso Código da Propriedade Intelectual permite uma remuneração fixa (artigo L. 131-4.º do Código), mas essa remuneração também é admitida noutros casos que não correspondem à única situação de isenção prevista na diretiva. Para além desta questão, a aplicação da obrigação de transparência aos contratos pelos quais o autor cede os seus direitos ao seu empregador (agência de publicidade ou de comunicação, por exemplo) para que este seja devolvido a um cliente que explore a obra ou a sua própria conta, no contexto da sua comunicação, sem que esta exploração gere rendimentos diretos, é problemática. Com efeito, para além de não fazer muito sentido, dá origem a dificuldades práticas de aplicação e não está de todo na cultura dos sectores em causa.

Em segundo lugar, será também imposta a obrigação de transparência a todos os contratos dos artistas-intérpretes, o que constitui uma modificação substancial: tal como está, o Código (artigo L. 212-15) impõe uma obrigação de prestação de contas apenas em contratos entre um artista e um produtor de fonogramas que estipulem uma remuneração que seja “em função das receitas de exploração”, ou seja, proporcional (tal remuneração sendo, como vimos, imposta por lei apenas para os modos de exploração não previsíveis ou não previstos à data do contrato – artigo L. 212-11 do Código). Com efeito, os contratos exclusivos de gravação que muitas vezes preveem uma remuneração proporcional,

estipulam uma obrigação de prestação de contas pelo produtor. Mas, em geral, não é o caso de outros contratos da música; e não existe qualquer obrigação, no estado atual da lei francesa, para os outros contratos de artistas, em particular no sector audiovisual.

Esta generalização quase absoluta da obrigação de prestar contas poderia suscitar dificuldades práticas significativas em determinadas situações e, em todo o caso, exigirá que os operadores, em determinados sectores, se adaptem, nomeadamente, dotando-se dos instrumentos necessários, em particular de *software*.

Por último, o conteúdo das informações exigidas pela diretiva, mesmo que possa variar de acordo com situações específicas, parece globalmente mais preciso e completo do que é atualmente na legislação francesa, com exceção dos contratos de edição literária. Isto também deverá conduzir a desenvolvimentos práticos.

A densidade conferida pela diretiva em relação a esta obrigação é igualmente explicada pela razão pela qual, no espírito do legislador europeu, a sua aplicação deve permitir ao autor ou artista, sob determinadas condições, aplicar o direito de solicitar a revisão da sua remuneração, que o artigo 20.º estabelece.

3. Revisão da remuneração

O artigo 20.º da diretiva estabelece um mecanismo de revisão da remuneração inicialmente acordada, sempre que tal se revele, durante a realização do contrato, ser “exageradamente baixa em comparação com todos os rendimentos posteriormente derivados da exploração” das obras ou das interpretações. Nesse caso, o autor ou artista tem o direito a obter do seu cocontratante uma remuneração adicional “apropriada e justa”. Nos termos do artigo 20.º, este mecanismo é supletivo de mecanismos equivalentes que poderiam ser previstos através de acordo coletivo.

O considerando 78 denota que o legislador tinha em mente os contratos de “longo prazo”, em que o valor económico dos direitos transferidos pode revelar-se “consideravelmente superior à estimativa inicial que foi feita dos mesmos”. O artigo 20.º não distingue de acordo com a duração dos contratos, mas é evidente que as hipóteses concretas referidas pelo legislador europeu são claramente definidas: é tipicamente o caso da obra (ou interpretação), que teve um êxito significativo e inesperado ao longo do tempo, enquanto a contrapartida inicial para a transferência de direitos foi modesta. Este considerando afirma que, para avaliar o carácter “excessivamente baixo” da remuneração



32. Mas sem que isso afete, então, o exercício dos direitos que lhes são reconhecidos pela diretiva, consid. 76.

33. Sobre o qual, v. *infra*, 3.

34. No caso de contratos de edição, a obrigação de prestação de contas é imposta por lei, independentemente da natureza, proporcional ou fixa, da remuneração; mas esta regra nem sempre é aplicada; *a fortiori*, não é mais do que noutros sectores em que esta obrigação não é imposta por lei.

inicial, devem ser tomados em consideração todos os rendimentos gerados pela exploração, incluindo os que resultam de produtos derivados. E, logicamente, afirma que, em geral, esta avaliação deve ser feita à luz dos critérios que, de acordo com a diretiva, devem presidir à fixação inicial da remuneração³⁵. Será, pois, necessário ter em conta todas as circunstâncias da situação em causa, incluindo a importância da contribuição do autor ou do artista para o objeto explorado, as especificidades das práticas do sector em causa e a eventual aplicação, por contrato, de um acordo coletivo. O considerando 78 sugere ainda que os representantes de autores ou artistas, “devidamente mandatados nos termos da legislação nacional”, devem poder ajudá-los a negociar a revisão da sua remuneração, preservando o sigilo da sua identidade durante o maior lapso de tempo possível, o que demonstra que, neste domínio, o legislador europeu tem particular confiança na negociação coletiva, numa lógica de direito laboral.

Por último, o n.º 2 do artigo 20.º e o considerando 78 especificam que o mecanismo de revisão não se aplica nas relações entre autores e artistas, por um lado, e organizações de gestão coletiva dos seus direitos, por outro.

Outra indicação fornecida no considerando 78 levanta questões: este mecanismo de revisão da remuneração aplica-se “sem prejuízo da lei aplicável aos contratos nos Estados-Membros”. Em nossa opinião, esta precisão não deve ser interpretada como excluindo o mecanismo da diretiva no caso de a legislação contratual de um Estado-Membro excluir qualquer revisão por imprevisão. Isto privaria, de facto, o texto europeu de todo o alcance e arruinaria o seu objetivo de harmonização. Pelo contrário, em nossa opinião, deve entender-se como significando que, se a legislação contratual de um Estado-Membro já prevê um mecanismo de revisão por imprevisão genérica, válido para todos os contratos, então o mecanismo especial da diretiva, específico dos contratos de autores e artistas, não seria mais do que supletivo. Mas há razões para hesitação e o tempo dirá se pode haver um conflito entre diretiva e leis nacionais sobre este ponto.

Sabemos que, na legislação francesa, o novo artigo 1195.º do Código Civil, resultante da *ordonnance* de 10 de fevereiro de 2016, prevê agora um mecanismo de revisão por imprevisão válido para todos os contratos; mas a hipótese que abrange não é a do artigo 20.º da diretiva, uma vez que é a única, inversa em certa medida, em que a execução do contrato se revela demasiado onerosa para uma das partes.

Por outro lado, sabe-se que a lei especial dos contratos de autores tem um mecanismo de rescisão por lesão, no caso de a remuneração fixa inicialmente estipulada em benefício do autor lhe criar um prejuízo superior a 7/12 no que diz respeito a “toda a exploração pelo cessionário” (artigo L. 131-5 do CPI). Embora, em princípio, esta rescisão por lesão corresponda ao espírito do mecanismo da diretiva, as suas modalidades parecem ser diferentes: por um lado, a fixação, por lei, de um limiar matemático para desencadear a rescisão não nos parece estar em conformidade com o princípio da avaliação *in concreto*, tendo em conta todas as circunstâncias de cada situação, promovido pela Diretiva³⁶; por outro lado, o âmbito de aplicação do mecanismo de revisão previsto pela lei francesa é mais estreito que o da diretiva. Com efeito, está limitado à hipótese de remuneração

fixa, o que não é o caso da diretiva (mesmo se na prática são essencialmente estas as hipóteses que estão em causa) e, sobretudo, não abrange os artistas-intérpretes.

A introdução deste mecanismo de revisão da remuneração no domínio do direito conexo é outro desenvolvimento substancial suscitado pela diretiva. A última regra contratual estabelecida por esta última é também um desenvolvimento significativo para o direito francês.

B. Revogação de contratos por falta de exploração

O artigo 22.º da diretiva introduz, em benefício dos autores e artistas-intérpretes, a possibilidade de rescindir o contrato por falta de exploração dos mesmos.

Este direito de rescisão aplica-se apenas aos contratos que estipulem uma cessão ou concessão de direitos “a título base exclusivo”.

Só pode ser exercido após o termo de um período razoável após a celebração do contrato, o que se entende dever corresponder ao tempo que é legítimo deixar ao cocontratante do autor ou do artista, para o explorar, o que é confirmado no considerando 80 da diretiva. O autor ou artista deve notificar a outra parte da sua intenção de rescindir o contrato, e fixar um prazo “apropriado” no fim do qual a rescisão produzirá efeito. Pode decidir, nessa altura, se em vez de uma rescisão total do contrato, por fim, apenas, à exclusividade inicialmente concedida ao seu parceiro. De acordo com o considerando 80, estas salvaguardas “processuais” destinam-se a evitar abusos.

Se estes princípios deverão ser aplicados em todos os casos, a diretiva deixa, no entanto, alguma margem de manobra para os legisladores nacionais em vários aspetos.

Em primeiro lugar, podem estabelecer disposições específicas que tenham em conta, por um lado, as particularidades dos diferentes sectores, bem como das obras e interpretações em causa e, por outro lado, quando a obra ou a interpretação em causa resulte da colaboração entre vários autores ou artistas, da respetiva importância da sua contribuição, quando a rescisão for invocada apenas por um deles.



35. *V. supra*, 1.

36. Deve acrescentar-se que, ao declarar claramente que o prejuízo é avaliado através da combinação da remuneração inicial com os rendimentos posteriormente gerados pela exploração, a diretiva elimina uma velha controvérsia do direito francês sobre o assunto, nascida da redação obscura do artigo L. 131-5 do Código, aparentando introduzir uma distinção entre a própria lesão e a “previsão insuficiente dos produtos das obras”; sobre esta controvérsia, v. por exemplo, A. Lucas, A. Lucas-Schloetter e C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec 5.ª ed., 2017, n.º 799. Por outro lado, em nossa opinião, o texto europeu não resolve a dificuldade, observada no direito nacional, que surge quando a exploração da obra não gerou qualquer rendimento direto, como é o caso, nomeadamente, das obras publicitárias (v. A. Lucas, A. Lucas-Schloetter e C. Bernault, *op. cit.*, n.º 800). Trata-se, de facto, de uma outra situação em que, em nossa opinião, o âmbito das novas regras é pouco adaptado ao seu conteúdo.

Podem, inclusivamente, excluir-se, neste último caso, as obras ou as interpretações em causa do mecanismo de rescisão. Em segundo lugar, os Estados-Membros podem prever que este mecanismo de rescisão só entre em vigor após um determinado período, se tal se justificar pelas especificidades do sector ou pelas obras ou interpretações em causa. Em terceiro lugar, podem igualmente substituir à possibilidade de rescindir o contrato, a possibilidade de pôr fim à exclusividade inicialmente concedida. Em quarto e último lugar, o texto aceita que os contratos possam derrogar o direito de rescisão por falta de exploração, desde que esta derrogação se baseie num acordo coletivo. Entende-se que se trata, para a diretiva, de preservar os acordos coletivos que regem as situações de falta de exploração através de mecanismos que não o da rescisão do contrato.

As duas últimas opções deixadas aos legisladores nacionais são suscetíveis de reduzir significativamente o âmbito da aplicação da regra estabelecida pela diretiva. A possibilidade de rescindir o contrato por falta de exploração não é desconhecida na legislação francesa.

Está prevista e regulada em pormenor pelo Código da Propriedade Intelectual no que diz respeito aos contratos de edição literária (artigos L. 132-17 e L. 132-17-2), e ensina-se que constitui uma das possíveis consequências da não exploração quando o parceiro contratante do autor estava vinculado à obrigação de explorar a obra³⁷, embora seja, tanto quanto sabemos, raramente abordada pela jurisprudência fora dos casos em que o Código expressamente o prevê. No entanto, mais uma vez, o âmbito de aplicação desta faculdade, tal como previsto no texto europeu, é muito mais vasto do que no direito nacional, uma vez que se trata de todos os contratos celebrados por autores ou artistas, desde que a cessão ou concessão³⁸ tenha sido consentida a título exclusivo. A alteração é novamente importante, para os contratos de muitos autores para além do contrato de edição, e para todos os contratos de artistas, pois o Código da Propriedade Intelectual prevê apenas, para contratos celebrados entre um artista e um produtor de fonograma, que em caso de “abuso notório na não utilização” por um produtor dos direitos de exploração que lhe foram cedidos, a jurisdição civil competente pode prever “qualquer medida adequada” (artigo L. 212-12.º). O mecanismo de revogação previsto na diretiva é mais protetor dos artistas do que este recurso ao juiz confinado a situações de “abuso notório”. Por conseguinte, imporá uma alteração significativa aos sectores em causa.

A título de conclusão, é de notar que o artigo 21.º da diretiva exige que os litígios relativos à obrigação de transparência e ao direito de rever as indemnizações possam estar sujeitos a um modo extrajudicial de resolução de litígios, e que o seu artigo 23.º especifica que essas duas regras, bem como o mecanismo de rescisão por falta de exploração, são de ordem pública, de modo a que as estipulações contratuais não as possam derrogar.

Aguardamos agora com expectativa o projeto de lei que transpõe estas novas regras para o direito nacional, o que certamente dará origem a muitos comentários e à mobilização de representantes das partes interessadas em cada sector de atividade, uma vez que todos estarão, sem dúvida, interessados em incentivar o legislador a ter em conta as suas características específicas, como se prevê na diretiva.

Caberá ao legislador nacional encontrar um equilíbrio entre a manutenção de um direito comum dos contratos de propriedade literária e artística e tomar em consideração as contingências práticas dos diferentes sectores económicos em causa.



37. Neste sentido, P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. droit fondamental, 11.ª ed., 2019, n.º 605, sobre o contrato de produção audiovisual.

38. Em nossa opinião, isto inclui a hipótese dos contratos celebrados por prazos mais curtos do que a duração legal dos direitos.