

POSIÇÃO DA GDA – GESTÃO DOS DIREITOS DOS ARTISTAS

RELATIVAMENTE À PROPOSTA DE LEI N.º 114/XIV

O presente documento constitui a tomada de posição da GDA – Gestão dos Direitos dos Artistas (“GDA”) relativamente à Proposta de Lei n.º 114/XIV que, genericamente, concede ao Governo autorização para transpor para ordem jurídica interna a Diretiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE (Diretiva (UE) 2019/790) (“**Directiva MUD**”).

A Proposta de Lei n.º 114/XIV contém junto a proposta de decreto-lei com o texto que o Governo deve adoptar para a transposição da Directiva MUD.

É sobre o texto do decreto-lei que o presente documento se debruça.

NOTAS PRÉVIAS

A GDA é uma entidade de gestão que tem como missão a gestão colectiva dos Direitos Conexos ao Direito de Autor, representando um enorme universo de artistas, intérpretes e executantes.

Não pode, pois, a GDA deixar de apresentar a sua posição relativamente à proposta de documento legislativo mais importante das últimas décadas em sede do Direito de Autor e dos Direitos Conexos e que mais repercussões vai ter nos próximos decénios.

De referir que a GDA já anteriormente havia apresentado a sua posição sobre a transposição da Directiva MUD quando, em resposta à solicitação do Gabinete de Estratégia, Planeamento e Avaliação Culturais (“GEPAC”), a GDA elaborou e remeteu à GEPAC um extenso documento (designado “Contribuição da GDA – Gestão dos Direitos dos Artistas para a Consulta do Gabinete de Estratégia, Planeamento e Avaliação Culturais no Âmbito do Processo de Transposição da Directiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 De Abril De 2019, relativa aos Direitos de Autor e Direitos Conexos no Mercado Único Digital” – “Contributos”) em que: (i) numa primeira secção, apresentava os fundamentos de orientação para as soluções a adoptar no texto de transposição da Directiva MUD; e (ii) numa segunda secção, juntou mesmo uma proposta de redacção do texto de transposição da Directiva MUD no que na referida directiva contende com a sua área de intervenção (também anexo ao presente documento).

O documento que agora a GDA remete para V. apreciação:

(a) Metodologia:

- a. Parte do documento Contributos, no sentido em que reitera alguns dos fundamentos constante deste documento.
- b. Evidencia apenas os pontos que, para a GDA, são absolutamente essenciais e que devem ser tidos em conta no texto de transposição da Directiva MUD e
- c. Nesse sentido, na proposta de revisão que a GDA efectuou ao decreto-lei constante da Proposta de Lei n.º 114/XIV (junto na Secção B), apenas

alterou os artigos que merecem a sua total discordância ou comentários mais acentuados.

Assim, na proposta de revisão que se apresenta no presente documento, não entendeu a GDA por e simplesmente substituir os artigos do decreto-lei com desvios de redacção aos que a GDA tinha proposta no documento Contributos com a sua própria versão, mas pelo contrário, apenas alterar aqueles artigos que, no entender da GDA, (i) desrespeitam o texto da Directiva (como os há); (ii) implementam soluções espúrias ao espírito da Directiva MUD; ou (iii) pecam por não instituir mecanismos ou soluções jurídicas que concretizariam os objectivos da Directiva MUD.

(b) Sistemática: O presente documento tem a seguinte estrutura:

- a. Notas Prévias
- b. Secção A: Notas essenciais para uma transposição efectiva da Directiva MUD (onde se apresentam as razões essenciais para a revisão do decreto-lei constante da Proposta de Lei n.º 114/XIV).
- c. Secção B: Proposta de alteração do decreto-lei constante da Proposta de Lei n.º 114/XIV (sempre, reitera-se, meramente no que contende com a esfera de intervenção da GDA).

Adicionalmente, faremos referência ao documento Contribuição da GDA – Gestão dos Direitos dos Artistas para a Consulta do Gabinete de Estratégia, Planeamento e Avaliação Culturais no Âmbito do Processo de Transposição da Directiva (UE) 2019/790 do



Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 De Abril De 2019, relativa aos Direitos de Autor e Direitos Conexos no Mercado Único Digital”. Este documento seguirá junto com o email de envio do presente documento, para V. registo e consulta.

Secção A: Notas essenciais para uma transposição efectiva da Directiva MUD (no que respeita ao universo de acção da GDA)

O que é que a Directiva MUD quer? O que pretende?

A resposta é simples:

- 1. Regular juridicamente o mercado digital** no que o legislador europeu terá considerado que havia lacunas de previsão jurídica, preenchê-las, criando um novo quadro jurídico.
- 2. As regras a criar não podem criar desfasamentos entre a regulação/protecção do mundo analógico do mundo digital (Mercado Único Digital):** ou seja, não faz sentido que protecções e práticas existente o mundo analógico, quando sejam similares ou iguais às do mundo digital, não se estendam de igual modo ao mercado digital.
- 3. Instituir condições retributivas equilibradas para todas as partes no Mercado Único Digital.** (enão mais importante) Robustecer a posição de autores e artistas (intérpretes e executantes), de modo a que a posição relativa destes em relação aos demais intervenientes no mercado digital (designadamente, editores e plataformas electrónicas, isto é, os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha e demais prestadores de serviços, como serviços de música online e serviços VOD / plataformas OTT) fique no mesmo plano de relevo ou,

pelo menos, não tão desequilibrada face a estes, como, certamente, todos reconhecerão¹.

De referir que a própria Directiva MUD expressamente se refere a essa parte fraca quando, no seu Considerando 72, textualmente dispõem “Os autores e artistas intérpretes ou executantes costumam estar numa posição contratual mais fraca quando concedem uma licença ou transferem os seus direitos, inclusivamente através das suas próprias empresas, para efeitos de exploração em troca de remuneração. Por conseguinte, a presente diretiva deverá prever a proteção dessas pessoas singulares para que as mesmas possam beneficiar plenamente dos direitos harmonizados por força do direito da União” (sublinhado nosso).

Ora, entende a GDA que as soluções constantes do decreto-lei constante da Proposta de Lei n.º 114/XIV falham, de forma quase grosseira, aqueles objectivos.

A ser publicado o decreto-lei constante da Proposta de Lei n.º 114/XIV tal como se encontra (ou com meros ajustes de cosmética de redacção), o Estado Português deixará praticamente “tudo como dantes”, dado que:

¹ Por comparação com a posição dos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha e demais prestadores de serviços (serviços de música online e serviços VOD / plataformas OTT) e a posição dos editores ou produtores de fonogramas, na exploração digital de obras e prestações, tem-se verificado que os autores e artistas intérpretes ou executantes são inegavelmente a parte menos forte em toda a cadeia de valor..., pois que: (a) Por vezes, não controlam as utilizações que são efetuadas das suas obras e prestações; (b) Muitas vezes, encontram-se sujeitos a regras contratuais profundamente desfasadas das novas práticas (em geral, por força da antiguidade dos contratos que celebraram, ainda não adaptados às novas formas de exploração de obras e prestações no domínio digital) e das remunerações que o mercado vem determinando; (c) Quase sempre, sem que tenham informação que lhes permita compreender os critérios de remuneração aplicados a tais utilizações.

- Apesar de transpor para o ordenamento português a Directiva MUD, o decreto-lei constante da Proposta de Lei n.º 114/XIV procede a uma revisão *de minimis* do referido diploma comunitário.
- Não compreendeu que as especificidades de um mercado como o Português (um país com um mercado digital de pequena dimensão e, pior, com um mercado tradicional também ele pequeno – um mercado de consumidores populacional baixo; poucos operadores televisivos; poucos operadores de rádio e/ou com um baixíssimo volume de retorno financeiro) deveriam impor a adopção de regras jurídicas robustas que permitam que os artistas possam ter uma voz activa e sem medo no Mercado Único Digital.

Apesar de outros comentários que poderiam ser incluídos nesta Secção A, entende a GDA apenas realçar os três pontos que não podem deixar de ser considerados por V. Ex.as na transposição da Directiva MUD pelo texto do decreto-lei constante da Proposta de Lei n.º 114/XIV (os último dois, que foram ignorados – apesar de claramente expresso pela GDA no documento “Contributos” –).

1. Da incompreensível exclusão dos artistas do princípio de remuneração adequada, proporcionada e equitativa no Mercado Único Digital:

A instituição do Princípio de remuneração adequada e proporcionada é a pedra-de-toque dos princípios de protecção previstos na directiva MUD no que respeita aos direitos de autores e artistas no Mercado Único Digital.

Até poderá não ser porventura aquele que terá mais relevância prática no futuro para o *enforcement* do equilíbrio dos diversos intervenientes no sector, mas é certamente o princípio basilar da Directiva MUD.

A Directiva MUD declara expressamente que este princípio se deve aplicar a “autores e a artistas intérpretes ou executantes” – sublinhado nosso (cfr. art.º 18.º, n.º 1, da Directiva MUD).

O que é que aconteceu o texto de transposição? Pura e simplesmente omite a aplicação deste princípio aos artistas (cfr. art.º 44.º-A, n.º 1, do decreto-lei constante da Proposta de Lei n.º 114/XIV).

O Estado Português, através do seu legislador, até pode considerar que os milhares de artistas que trabalham diariamente em Portugal, seja em discos, filmes, televisão, concertos, representações, espectáculos ao vivo, etc. (quando essas prestações tenham exploração digital), não devem ter uma remuneração adequada no mercado digital.

Desde já se diga que sempre seria inqualificável uma tal opção legislativa. Mas não se trata de ser inqualificável ou não: é que a Directiva MUD não o permite, impondo que os artistas sejam considerados como os autores.

Se assim não fosse, desde logo, nunca se conseguiriam atingir os segundo e terceiro objectivos da Directiva MUD que referimos anteriormente.

Em suma, a ser adoptado tal como se encontra, o texto do decreto-lei constante da Proposta de Lei n.º 114/XIV constitui uma grosseira violação do Direito Comunitário, não podendo, em consequência, deixar de ser revisto o referido art.º 44.º-A, n.º 1, tal como propõe a GDA na Secção B do presente documento.

2. Dos mecanismos de gestão colectiva:

A intervenção das entidades de gestão é necessária, por três ordens de razão:

- (a) Equilibrar a posição de força de artistas relativamente aos demais intervenientes no Mercado Único Digital
- (b) Tornar coerente os esquemas de remuneração entre o mundo analógico e o mundo digital para os artistas intérpretes na comunicação pública
- (c) Tornar coerente os esquemas de remuneração entre o mundo analógico e o mundo digital para os artistas executantes

Vejamos:

(a) Equilibrar a posição de força de artistas relativamente aos demais intervenientes no Mercado Único Digital

A Directiva MUD reconhece o desequilíbrio entre a posição de autores e artistas intérpretes ou executantes relativamente aos demais intervenientes o mercado

(designadamente editores e plataforma electrónicas) – como se demonstrou previamente, até expressamente no seu Considerando 72.

Para isso, instituiu um quadro jurídico geral para o reforço do autores e artistas intérpretes ou executantes relativamente às utilizações das suas obras e prestações e que é o constante do Título IV, Capítulo 3, da Diretiva MUD (em especial, os seus Artigo 18.º - Princípio da remuneração adequada e proporcionada e Artigo 19.º - Obrigação de transparência).

Tendo em conta este quadro, os Estados Membros ficaram obrigados a salvaguardar que a proteção que deve ser dada a autores, artistas intérpretes ou executantes seja não somente clara, mas também efetiva. Não basta que o texto de transposição se limite a redigir normas prevendo o núcleo de direitos dos referidos artigos. Os Estados Membros devem também prever soluções de *enforcement* eficazes para a concretização desses direitos.

Assim, quando a Directiva MUD o permita, os Estados Membros devem instituir as regras que se considerem convenientes para uma efectiva eficácia daqueles direitos.

Diga-se, aliás, que regras que possam ser recomendáveis em alguns Estados (por exemplo, em grandes mercados como a Alemanha, a França e a Itália) podem ser desprovidas de qualquer eficácia em outros.

Um desses casos será considerar que os artistas possam agir, num mercado como o Português, individualmente contra os editores e as plataformas.

O mercado Português, com a dimensão do mercado que tem, o escassíssimo número de operadores contratantes e até a pequena dimensão de poder económico que a generalidade dos artistas portugueses ostenta (por comparação com os demais artistas de outros países), não possibilita que os artistas possam agir individualmente contra os grandes operadores – as editoras multinacionais e as grandes plataformas - , sem receio de grandes represálias.

A desproporção de poder (económico) e o escasso número de “clientes” a que os artistas possam recorrer se ficarem vedados de trabalhar contra os quais possam agir, levará a que os artistas fiquem tolhidos na sua capacidade de acção perante as situações que considerem manifestamente injustas.

Só uma acção integrada dos artistas pode levar a um equilíbrio entre os diversos intervenientes no Mercado Único Digital.

Como se referiu no documento “Contributos”, tal desiderato só se conseguirá com a intervenção activa e necessária das entidades de gestão colectiva, porque a posição dos artistas será discutida, negociada e objecto de escrutínio, sem que tal possa ser visto pelos operadores como uma acção pessoal do artista “A” ou “B”.

Ora, a Directiva MUD permite, como orientação programática e de política legislativa, que os Estados Membros convoquem a intervenção destas entidades.

Mais, casos há em que a Directiva até se lhes refere expressamente (cf. Artigo 8.º, 12.º, 19.º, 20.º), concedendo-lhes expresse espaço de intervenção.

Assim, a Directiva MUD permite uma ampla possibilidade de as entidades de gestão intervirem, no âmbito da utilização de obras e de prestações de autores, artistas intérpretes ou executantes no mercado onde editores e prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha e demais prestadores de serviços actuam.

O mesmo se aplica à efectivação dos direitos previstos no art. 19.º da Directiva MUD, dado que sem a intervenção da entidade de gestão colectiva os artistas intérpretes não terão meios nem a liberdade séria para agirem contra os grandes operadores e assim obterem informações precisas e inteligíveis sobre as utilizações e a respectiva remuneração das suas prestações.

Entende, pois, a GDA que as entidades de gestão têm que ser parte activa naquele processo de salvaguarda dos direitos previstos no Capítulo 3 do Título IV da Directiva MUD, nomeadamente nos seus artigos “centrais” (o Art.º 18.º - Princípio da remuneração adequada e proporcionada e Art.º 19.º - Obrigação de transparência), ainda que com níveis diversos de intervenção.

(b) Tornar coerente os esquemas de remuneração entre o mundo analógico e o mundo digital para os artistas intérpretes na comunicação pública

Como, aliás, bem refere o decreto-lei constante da Proposta de Lei n.º 114/XIV (cfr. art.º 175.º, n.º 1, “atos de comunicação ao público ou de colocação à disposição do público”) relativamente ao tipo de serviços prestados no Mercado

Único, verifica-se que os mesmos se podem dividir em apenas dois tipos de utilizações/direitos inerentes:

- (i) Comunicação pública – nos serviços em que o utilizador recolha de forma passiva e linear a oferta de um determinado operador. Por exemplo, listas do Spotify ou rádios temáticas on-line ou de organismos de radiodifusão temáticos ou conteúdos que o YouTube apresenta a seguir ao visionamento de um conteúdo previamente escolhido pelo utilizador.
- (ii) Colocação à disposição do público – utilização não linear de obras e prestações que foram colocadas à disposição de um utilizador e em que é ele próprio quem a utiliza no momento e no tempo escolhido (cf. a definição clara do artigo 178.º, n.º 1, al. d), (exemplo, a visualização de conteúdos caso a caso no YouTube, a selecção dos séries, documentários ou filmes na Netflix ou na HBO ou a audição de uma lista de músicas criadas pelo próprio utilizador).

Estes dois conceitos não são justapostos, nem o direito de colocação à disposição do público é um ramo do direito de comunicação pública. Nesse sentido, devem os mesmos ser destrinçados.

Assim, relativamente à:

- (i) Comunicação pública: a solução preconizada é de gestão coletiva em sentido puro.

- (ii) Colocação à disposição do público: a solução é a de que este direito seja gerido através de gestão coletiva, mas deve ser permitido aos titulares de direitos um sistema de *opt-out*, que, no entanto, deve ser exercido em termos individuais e não, de forma genérica, por terceiros licenciados a quem tenham cedido direitos

Estas soluções encontram-se expressas na Secção B e melhor explicitadas no nosso documento “Contributos”.

Uma nota especial para referir o seguinte:

O Estado Português e, bem assim, a Directiva MUD consideram que os serviços em linha oferecem serviços de “comunicação pública”.

Este direito de comunicação pública existe já consagrado no âmbito dos direitos conexos para o mundo analógico: no art.º 184.º, n.º 3, do CDADC:

- (a) Passando por uma partilha da remuneração de direitos entre produtores e artistas,

Sendo que,

- (b) Em Portugal, tal esquema passa por um processo de gestão colectiva.

Se um esquema destes já existe para o mercado tradicional, não faz sentido que, pelo menos, uma solução similar não seja a adoptada para o Mercado Único Digital, ainda mais premente, tendo em conta a posição especialmente frágil dos artistas em relação aos demais operadores.

(c) Tornar coerente os esquemas de remuneração entre o mundo analógico e o mundo digital para os artistas executantes

Mas este esquema de gestão colectiva necessária é ainda mais premente no caso dos artistas executantes (por exemplo, músicos de estúdio ou músicos ao vivo que viram as suas prestações fixadas fonograficamente).

Com efeito, os artistas executantes (refira-se que são artistas que não celebraram contratos com editores) nada recebem dos editores pela exploração no Mercado Único Digital de obras em que intervieram.

Ora, já não é assim no mercado tradicional, em que por via das regras e práticas implementadas, estes artistas executantes recebem remunerações - designadamente em caso de comunicação pública - por via da gestão colectiva.

Só a gestão colectiva permite gerir e remunerar estes artistas executantes pela utilização digital das suas prestações.

Aqui chegados, as questões que se devem colocar são as seguintes.

1. Faz sentido que um artista intérprete nada aufera da exploração que seja efectuada das prestações no mundo digital?
2. Faz sentido que um artista intérprete aufera da exploração que seja efectuada das suas prestações no mundo analógico, mas já não seja assim no mundo digital?

Creemos que todos concordarão que a resposta a estas questões seja negativa:

1. Não, não faz sentido que um artista intérprete nada aufera da exploração que seja efectuada das obras em que interveio no mundo digital.
2. Não, não faz sentido que um artista intérprete aufera da exploração que seja efectuada das obras em que interveio no mundo analógico, mas já não seja assim no mundo digital.

Se a resposta negativa à primeira questão seria sempre óbvia, então, quanto à segunda nem há qualquer tipo de dúvida, ou, então, estaria o Estado Português a criar uma incrível disparidade entre a exploração no mercado tradicional e no Mercado Único Digital.

Certamente que ao Estado Português não lhe ocorrerá aceitar uma tal disparidade de tratamentos e a implementação no diploma de transposição de regras de gestão colectiva necessária será inevitável: sé esta permitirá que os artistas executantes sejam remunerados pelas suas prestações no Mercado Único Digital.

3. Mecanismo de arbitragem sempre que uma das partes o requeira

A Directiva MUD por diversas vezes refere a possibilidade e/ou necessidade de implementação de soluções alternativas de litígios.

A *ratio* destas disposições assenta no pressuposto mais ou menos unânime de que os prazos processuais judiciais e os prazos de decisão judicial para o dirimir de conflitos no Mercado Único Digital se encontram manifestamente desajustados.

As decisões para conflitos no Mundo Digital têm de ser eficazes o que, desde logo, impõe que sejam céleres.

Naturalmente que existem diversos institutos e meios processuais para o efeito (a GDA propõe mesmo, para uma das situações, o processo de Solução Provisória de Conflitos, já existente em Portugal).

Como é que o decreto-lei constante da Proposta de Lei n.º 114/XIV resolveu esta matéria?

Sempre através do recurso voluntário a resolução extrajudicial de litígios (cf. Art. 175.º-G - Os litígios entre os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha os utilizadores de tais serviços e os titulares de direitos sobre obras e outros materiais protegidos resultantes da aplicação do disposto nos artigos 175.º-B a 175.º-F podem ser submetidos a centro de resolução alternativa de litígios.”).

Ora, esta solução impede qualquer possibilidade de eficácia a soluções alternativas de litígios. Porquê? Porque uma das partes em litígio poderá sempre opor-se a esta solução alternativa de litígios (o que será dizer que a parte que pretenda o postergar a resolução do mesmo imporá sempre a resolução do litígio seja efectuada em sede judicial), com as consequências que se antevêm em termos de prazos.

A solução que a GDA propõe crê ser a mais razoável e adaptada ao ordenamento jurídico português: a intervenção de um mecanismo de arbitragem sempre que uma das partes o requeira.

Ou seja, a GDA não impede que uma parte pretenda iniciar um procedimento num tribunal, mas possibilita que possam ser utilizados meios alternativos aos meios judiciais sempre que inicialmente requerido por uma das partes (ficando as demais vinculadas à decisão desse meio).

Se assim não for e se implementar a proposta do decreto-lei constante da Proposta de Lei n.º 114/XIV, aquilo que resultaria na possibilidade de recurso a um mecanismo de resolução alternativo de conflitos a título voluntário, na prática, fica esvaziado de sentido e eficácia.

Estes são os aspectos que a GDA considera devem merecer uma especial atenção dos Senhores Deputados na transposição para o ordenamento jurídico português da Diretiva MUD que, a GDA reitera, terá um papel absolutamente primordial, para não dizer que será uma oportunidade única, para o recentrar, o requalificar e o reajustar das posições dos diversos operadores sobretudo nos mercados digitais da música e do audiovisual.

Agradecemos antecipadamente a vossa atenção e disponibilizamo-nos para qualquer esclarecimento adicional, e para colaborar com V. Ex.as, no sentido de esclarecer algum teor do presente documento.

Lisboa 8 de Outubro de 2021